



Universidad de Granada

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

“La Dimisión Provocada: Estudio Sistemático del art. 50 del Estatuto de los Trabajadores”

Tesis Doctoral presentada por: *Rosa M^a González de Patto*

Director: *Dr. D. Jose Luis Monereo Pérez*

Granada, noviembre 2008

Editor: Editorial de la Universidad de Granada
Autor: Rosa María González de Patto
D.L.: GR. 1736-2009
ISBN: 978-84-692-1328-5

INDICE SISTEMÁTICO

PARTE I. EL ARTÍCULO 50 LET. CONTEXTUALIZACIÓN Y CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LA INSTITUCIÓN RESOLUTORIA LABORAL.	<i>Pág. 17</i>
--	----------------

I. INTRODUCCION. LA CONTEXTUALIZACIÓN DE LA DIMISIÓN PROVOCADA. EL BLOQUE NORMATIVO DE LAS VICISITUDES EXTINTIVAS DEL CONTRATO DE TRABAJO POR VOLUNTAD DEL TRABAJADOR	<i>Pág. 19</i>
II. ANTECEDENTES NORMATIVOS Y APUNTES DE DERECHO COMPARADO	<i>Pág 24</i>
III. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA DIMISIÓN PROVOCADA:	<i>Pág. 33</i>
<ol style="list-style-type: none"> 1. ART. 50 LET Y RESOLUCIÓN CIVIL (EX ART. 1124 CC) 2. ART. 50 Y DESPIDO INDIRECTO. 	
IV. REGIMEN JURÍDICO DE LA INSTITUCIÓN RESOLUTORIA LABORAL. PANORÁMICA GENERAL	<i>Pág.43</i>
<ol style="list-style-type: none"> 1. Las causas justas de resolución ex art. 50.1 LET. La cuestión de la configuración unitaria de las aperturas causales 2. La vertiente procedimental: <ol style="list-style-type: none"> 2.1 Resolución <i>ope judicis</i> vs. protocolo dimisivo de autotutela inmediata. Puntos críticos 2.2 El procedimiento resolutorio. Problemas aplicativos <ol style="list-style-type: none"> 2.2.1 Garantías procesales en el procedimiento resolutorio. La “tesis integrativa” o de exportabilidad de las garantías del proceso de amparo ordinario 2.2.2 Interacción de la acción resolutoria y procesos previos de exigencia del cumplimiento empresarial 2.2.3 Interacción de acción resolutoria y despido. 	

3. La vertiente resarcitoria. La dialéctica entre el sistema de indemnización tasada y principio general de resarcimiento íntegro: problemas sustantivos y procesales

V. DIMISIÓN PROVOCADA, EXTINCIÓN CONTRACTUAL Y DESEMPLEO *Pág 89*

PARTE II. ESTUDIO SISTEMÁTICO Y JURÍDICO CRÍTICO DE LAS APERTURAS CAUSALES EX ARTÍCULO 50.1. LET *Pág.93*

CAPITULO I. MODIFICACIONES SUSTANCIALES CUALIFICADAMENTE LESIVAS *Pág 95*

I. INTRODUCCIÓN. LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO COMO MANIFESTACIÓN DEL PODER EMPRESARIAL Y SUS LÍMITES JURÍDICOS *Pág.95*

II. DELIMITACIÓN DEL SUPUESTO DE HECHO: LOS ELEMENTOS CONFIGURADORES DE LA CAUSA EXTINTIVA EX ART. 50.1 A) LET *Pág. 101*

1. El concepto jurisprudencial de modificación sustancial
2. El perjuicio “cualificado”: La formación profesional y a la dignidad del trabajador y las consecuencias de su incardinación en la noción de los conceptos jurídicos indeterminados
 - 2.1 El perjuicio a la formación profesional
 - 2.2 El menoscabo de la dignidad
 - 2.3 Carga de la prueba del perjuicio “cualificado”
3. Precisiones en torno al ámbito material de operatividad de las modificaciones sustanciales “cualificadamente lesivas”

III. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA CAUSA EXTINTIVA *Pág.132*

1. La problemática reconducción del supuesto extintivo a la figura de la resolución por incumplimiento ex. art. 1124 CC.

2. Modificaciones sustanciales “cualificadamente lesivas” y la doctrina del abuso de derecho.

3. La hipótesis de su reconducción a la figura civil de la rescisión por lesión

4. Conclusiones críticas

IV. LA CUALIFICACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO RESOLUTORIO: LAS NOTAS DE GRAVEDAD Y CULPABILIDAD *Pág. 147*

1. Consideraciones generales. Gravedad y culpabilidad como pretendida manifestación modalizadora de la resolución por incumplimiento empresarial

2. Fundamentación jurídica de la exigencia de cualificación de los incumplimientos empresariales resolutorios del art. 50.1 ET

3. Incidencia de las notas de gravedad y culpabilidad en el supuesto de modificaciones sustanciales “cualificadamente lesivas”. Las claves del debate doctrinal y jurisprudencial

4. Conclusiones

V. CESE ANTICIPADO DE LA PRESTACIÓN DE TRABAJO Y RESOLUCIÓN CONTRACTUAL. EL IUS RESISTENTIAE Y LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL DE LA “AUTOTUTELA INMEDIATA”*Pág. 163***VI. PARTICULARIDADES DE LA TUTELA RESARCITORIA: INDEMNIZACIÓN TASADA Y EL PRINCIPIO GENERAL DE RESARCIMIENTO INTEGRO DE DAÑOS***Pág. 169***VII. OTRAS OPCIONES REACTIVAS DEL TRABAJADOR: LA EXIGENCIA DEL CUMPLIMIENTO Y SUS CAUCES JURÍDICOS** *Pág. 169*

1. El *ius resistentiae*: la desobediencia lícita del trabajador

2. La acción de exigencia del cumplimiento. impugnación de la medida modificativa lesiva y dimisión provocada

CAPITULO II. INCUMPLIMIENTOS DE LA OBLIGACION SALARIAL (Art.

50.1.b) ET

Pág. 175

I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DEL INCUMPLIMIENTO

RESOLUTORIO: “EL SALARIO PACTADO”

Pág. 177

1. El “pacto” como fuente de determinación del salario objeto del incumplimiento
2. Concepto, caracteres y estructura del salario
 - 2.1 El salario base y los complementos salariales
 - 2.2 Referencia a los denominados “salarios de inactividad”
 - 2.3 Condiciones más beneficiosas de carácter salarial
 - 2.4 Conceptos remuneratorios de naturaleza jurídica controvertida y dimisión provocada
 - 2.5 El salario en especie
3. El art. 50.1.b) ET como norma implícitamente excluyente de los incumplimientos relativos a percepciones económicas extrasalariales
4. Tipología legal de los incumplimientos de la obligación salarial con eficacia resolutoria ex art. 50.1.b) ET.
 - 4.1 La falta de pago del salario
 - 4.2 Los retrasos continuados en el abono del salario

II. REQUISITOS DEL INCUMPLIMIENTO RESOLUTORIO

Pág. 224

1. Exigibilidad de la deuda salarial. Especial referencia a los supuestos de deuda salarial controvertida y de acuerdos dilatorios del pago del salario y su incidencia en la resolución del contrato de trabajo

2. La cualificación del incumplimiento de la obligación salarial. Estudio específico de las notas de gravedad y culpabilidad y su incidencia en los incumplimientos empresariales en materia salarial

2.1 La gravedad del incumplimiento de la prestación salarial

2.2 La culpabilidad: subjetividad vs objetividad en la ponderación del incumplimiento de la prestación salarial.

III. PARTICULARIDADES DEL CESE PREMATURO DE LA PRESTACIÓN LABORAL *Pág. 239*

IV. DIMISIÓN PROVOCADA POR INCUMPLIMIENTOS SALARIALES Y CRISIS DE EMPRESA (REMISIÓN PARTE III) *Pág. 241*

CAPITULO III. LA NEGATIVA DEL EMPRESARIO A REINTEGRAR AL TRABAJADOR EN SUS ORIGINALES CONDICIONES DE TRABAJO TRAS SENTENCIA QUE DECLARE INJUSTIFICADA LA MEDIDA MODIFICATIVA EMPRESARIAL *Pág. 243*

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES *Pág. 246*

II. DELIMITACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO RESOLUTORIO

Pág. 246

1. Cauces procesales de impugnación de medidas de movilidad geográfica y de modificación sustancial de condiciones de trabajo

1.1 La impugnación individual a través de la modalidad procesal ex art. 138 LPL. Especial referencia a la impugnación, individual o plural, de modificación sustancial productora de perjuicio cualificado: problemas sustantivos y procesales

1.1.1 Consideraciones generales. El objeto y el fundamento de la impugnación

1.1.2 El perjuicio “cualificado” como fundamento de la impugnación. Puntos críticos: el ámbito cognitivo del proceso especial ex

art. 138 LPL y el juego de las excepciones de litispendencia y cosa juzgada

1.2 La impugnación colectiva. El proceso de conflicto colectivo y su modalización como cauce impugnativo de modificaciones sustanciales

1.3 La impugnación, individual o colectiva, a través de la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales

2. La calificación judicial de la medida modificativa. Convergencias y divergencias entre el ET y la LPL

2.1. Declaración judicial de justificación de la medida modificativa: causas y efectos jurídicos. La desestimación de la demanda impugnativa y dimisión provocada ex art. 50.1.a) ET

2.1.1. Causas y efectos de la sentencia que declara justificada la medida modificativa

2.1.2 Desestimación de la pretensión impugnativa y dimisión provocada ex art. 50.1.a) ET

2.2 Declaración judicial de injustificación de la medida modificativa: causas y efectos jurídicos

2.3 Declaración judicial de nulidad de la medida modificativa: causas y efectos. Especial consideración de la calificación judicial de la modificación sustancial productora de perjuicio cualificado

3. Incumplimiento empresarial de la sentencia que declara injustificada la medida modificativa y dimisión provocada. Puntos críticos.

3.1 El incumplimiento de la sentencia dictada en el proceso impugnativo individual del art. 138 LPL y dimisión provocada

3.2 El incumplimiento de la sentencia recaída en el proceso de conflicto colectivo y dimisión provocada

3.3 Incumplimiento parcial de la sentencia que declare injustificada la modificación y dimisión provocada

4. Incumplimiento empresarial de la sentencia que declara nula la medida modificativa y dimisión provocada. Problemas de encuadramiento ex art. 50.1 c) *in fine* ET.

4.1 Incumplimiento empresarial de la sentencia de nulidad recaída en la modalidad procesal del art. 138 LPL y dimisión provocada

4.2 Incumplimiento de la sentencia de nulidad recaída en el proceso especial de tutela de derechos fundamentales y dimisión provocada

III. PARTICULARIDADES RELATIVAS A LA CUALIFICACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO RESOLUTORIO

Pág. 316

CAPITULO IV. OTROS INCUMPLIMIENTOS EMPRESARIALES GRAVES DEL EMPRESARIO CAUSA JUSTA DE DIMISIÓN PROVOCADA

Pág. 319

I. INTRODUCCIÓN. LA CLÁUSULA GENERAL DE CIERRE DEL ART. 50.1 ET

Pág. 321

II. ELEMENTOS CONFIGURADORES DEL SUPUESTO DE HECHO.

Pág. 321

1. El carácter contractual del incumplimiento empresarial. Problemas interpretativos
2. La gravedad del incumplimiento
3. La exclusión de los supuestos de fuerza mayor y el problema de la culpabilidad del incumplimiento resolutorio. Reflexiones jurídico-críticas y propuestas *lege ferenda*
 - 3.1 Fuerza mayor, incumplimiento empresarial por imposibilidad sobrevenida fortuita de la prestación y dimisión provocada
 - 3.2 Alteración sobrevenida de las circunstancias, incumplimiento empresarial y dimisión provocada
 - 3.3 Conclusión jurídico-crítica

III. IDENTIFICACIÓN Y SISTEMATIZACIÓN DE INCUMPLIMIENTOS EMPRESARIALES ESPECÍFICOS SUBSUMIBLES EN EL ART. 50.1. C) LET.

Pág. 356

1. Incumplimientos conectados pero no subsumibles en los tipos de los apartados a) y b) y c), segundo inciso del art. 50.1 ET

1.1 Perjuicio cualificado sin modificación sustancial

1.2 Incumplimiento de obligaciones económicas de naturaleza extrasalarial. Especial referencia a los incumplimientos de obligaciones en materia de Seguridad Social y salarios de tramitación en despidos improcedentes o nulos

1.3 Modificaciones no sustanciales lesivas de la formación profesional y/o la dignidad del trabajador

2. Otras conductas empresariales lesivas de la formación profesional y/o la dignidad del trabajador. En especial, la falta de ocupación efectiva y dimisión provocada

2.1 El derecho a la ocupación efectiva como concreción particularizada del derecho constitucional al trabajo y su centralidad en la relación laboral. Contenido y límites legales

2.2 Otros mecanismos de tutela jurídico-laboral del derecho de ocupación efectiva: la tutela restitutoria, la tutela represivo-sancionadora y la tutela reparadora

2.3 Falta de ocupación efectiva y dimisión provocada. Problemas sustantivos y puntos críticos procesales: despido tácito y dimisión provocada

3. Dimisión provocada y lesión de derechos fundamentales. Especial referencia a la afectación de la cláusula de conciencia de los profesionales de la información y la doctrina constitucional de la “autotutela inmediata”

PARTE III.

CAPITULO V. DIMISIÓN PROVOCADA Y CRISIS DE EMPRESA: EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INSTITUCIÓN RESOLUTORIA EX ART. 50 ET EN LOS SUBSISTEMAS NORMATIVOS ESTATUTARIO Y CONCURSAL REGULADORES DE LAS REESTRUCTURACIONES EMPRESARIALES

Pág. 420

I. INTRODUCCIÓN. EL CONTEXTO: LA CRISIS DE EMPRESA Y LAS MEDIDAS LABORALES DE REESTRUCTURACIÓN EN EL RÉGIMEN ESTATUTARIO Y EL NUEVO RÉGIMEN CONCURSAL

Pág. 420

1. Los presupuestos fácticos del fenómeno de las crisis y reestructuraciones de empresa. Formas de instrumentación jurídico-económica de las reestructuraciones de empresa
2. Los conceptos de crisis/reestructuración de empresa e instrumentación jurídico-laboral de la crisis
3. El Derecho del Trabajo, el Derecho Concursal y la gestión del interés social en la crisis de la empresa

II. DIMISIÓN PROVOCADA EX ART. 50.1.b) LET Y REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL EN LOS SUBSISTEMAS NORMATIVOS ESTATUTARIO Y CONCURSAL

Pág. 436

1. La acción resolutoria ex art. 50.1.b) ET y su dinámica en la crisis extraconcursal de empresa. El régimen jurídico estatutario y la vigente jurisprudencia interpretativa
 - 1.1 Objeto y requisitos del incumplimiento resolutorio ex art. 50.1.b) ET
 - 1.2 La cuestión de la culpabilidad del incumplimiento resolutorio. Especial referencia a los supuestos de crisis y reestructuración empresarial en la jurisprudencia unificada
 - 1.3 Procedimiento y efectos de la resolución contractual ex art. 50 ET. El carácter judicial de la figura resolutoria
2. La acción resolutoria ex art. 50.1.b) y su dinámica en el marco de la crisis de la empresa formalizada en concurso: el nuevo régimen jurídico concursal de la Ley 22/2003, Concursal
 - 2.1 Presupuestos de la colectivización de las resoluciones contractuales ex art. 64.10 LC

- 2.1.1 Las resoluciones individuales objeto de la colectivización concursal
- 2.1.2 El umbral cuantitativo-numérico. Puntos críticos
 - 2.1.2.1 Resoluciones individuales computables
 - 2.1.2.2 El problema de la extensión competencial del juez del concurso
- 2.2. El procedimiento de las resoluciones colectivizadas del art. 64.10 LC
 - 2.2.1 La ampliación indirecta de los sujetos legitimados para la iniciación del procedimiento
 - 2.2.2 El criterio de tratamiento (apreciación) judicial de las resoluciones colectivizadas en el marco del procedimiento concursal
- 2.3 Implicaciones sustantivas. Los problemas del régimen indemnizatorio de las resoluciones colectivizadas
 - 2.3.1 El *quantum* indemnizatorio: la indemnización mayor del art. 50.2 ET *versus* indemnización menor del art. 51.8 ET
 - 2.3.2 La viabilidad de pacto colectivo de mejora de la indemnización legal tasada
 - 2.3.3 Tiempo y título jurídico de las indemnizaciones vinculadas a las resoluciones contractuales colectivas. Problemas aplicativos
- 2.4 La resolución del juez del concurso: el auto judicial y sus efectos jurídicos. Especial referencia a las resoluciones colectivizadas ex art. 64.10 LC
- 2.5 Las impugnaciones del auto judicial resolutorio del procedimiento de regulación de empleo concursal
 - 2.5.1 La impugnación del auto vía “incidente concursal laboral” y las resoluciones contractuales ex art. 64.10 LC
 - 2.5.2 La impugnación del auto del juez mercantil vía recurso de suplicación. El recurso de

suplicación concursal y las resoluciones contractuales impropias ex art. 64.10 LC

2.5.3 Dimisiones provocadas impropias e impugnación del auto: reflexiones finales

2.6 Conclusiones

III. LAS PARTICULARIDADES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA DIMISIÓN PROVOCADA EX ART. 50.1.a) ET EN CONTEXTO CONCURSAL

Pág. 523

1. Modificaciones sustanciales individuales/plurales en contexto concursal y dimisión provocada
2. Modificaciones sustanciales colectivas en contexto concursal y dimisión provocada.
 - 2.1 Las medidas modificativas sujetas al procedimiento judicial de regulación de empleo concursal. Aspectos conceptuales
 - 2.2 Modificación sustancial y resolución contractual. Limitaciones en contexto concursal
 - 2.3 Dimisión provocada ex art. 50.1.a) LET y la regla prohibitiva de acciones rescisorias ex art. 64.9 LC
 - 2.4 Modificaciones sustanciales cualificadamente lesivas acordadas por el juez mercantil en el ERE concursal. Puntos críticos
 - 2.5 El problema de la imputabilidad del incumplimiento al empresario-deudor
 - 2.6 Aspectos procesales de la dimisión provocada ex art. 50.1.a) ET en el concurso: la competencia jurisdiccional

CAPITULO VI. ACOSO MORAL EN EL TRABAJO Y DIMISIÓN PROVOCADA. UNA RECONSTRUCCIÓN DEL ARTÍCULO 50 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES EN LA LÓGICA CONSTITUCIONAL

GARANTISTA DE DERECHOS DE CIUDADANÍA DEL TRABAJADOR Pág. 551

I. CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO: ACOSO MORAL EN EL ÁMBITO DEL EMPLEO “PRIVADO” Y SU TUTELA JURÍDICO-LABORAL. EN PARTICULAR, TUTELA ANTIACOSO MORAL EN EL TRABAJO Y DIMISIÓN PROVOCADA EX ARTÍCULO 50 LET. Pág. 554

II. INTRODUCCION. LA CONTEXTUALIZACIÓN DEL ILÍCITO: EL PROBLEMA SOCIAL DE EMERGENCIA DEL ACOSO MORAL Y LA NECESIDAD DE MECANISMOS DE TUTELA JURÍDICA. Pág. 559

III. APUNTES SOBRE EL PROCESO DE JURIDIFICACIÓN DEL ACOSO MORAL EN EL TRABAJO Pág. 566

1. Inexistencia de tipificación jurídica por vía heterónoma y colectiva en el ordenamiento español
2. Aportaciones normativas a la tipificación jurídica y tutela frente al acoso moral en el Derecho Comunitario
3. Aproximaciones conceptuales y garantistas al acoso moral laboral en el ordenamiento jurídico español
 - 3.1 La nueva legislación española antidiscriminatoria. Carencias y aportaciones a la configuración jurídica del acoso moral en el trabajo
 - 3.2 Aportaciones conceptuales del nuevo Estatuto del Empleado Público y del Proyecto de Reforma del Código Penal
 - 3.3 El tratamiento del acoso moral en la negociación colectiva
4. Concepto y caracterización jurídica del acoso moral en la doctrina judicial. Apuntes críticos

IV. LOS BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS Y DERECHOS AFECTADOS. LA CONSABIDA PLURIOFENSIVIDAD DEL ACOSO. Pág. 609

V. LA PLURALIDAD DE TÉCNICAS JURÍDICO-LABORALES DE TUTELA ANTIACOSO MORAL: UNA PANORÁMICA GENERAL. ESPECIAL REFERENCIA A LA TUTELA JUDICIAL A TRAVÉS DE LA MODALIDAD PROCESAL DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Pág. 618

VI. ACOSO Y DIMISIÓN PROVOCADA. LAS CLAVES DE UNA “RECONSTRUCCIÓN” DEL ART. 50 LET EN LA LÓGICA CONSTITUCIONAL GARANTISTA DE DERECHOS DE CIUDADANÍA DEL TRABAJADOR EN LA EMPRESA

Pág. 637

1. Introducción: la dimisión provocada, ¿última *ratio* en la tutela jurídica frente al acoso moral?
2. Aspectos estructurales de la facultad resolutoria ex art. 50 LET y desajustes funcionales para la efectividad de la tutela antiacoso moral. Una visión de conjunto.
3. El acoso como incumplimiento empresarial y su encuadramiento en las aperturas causales del art. 50 LET: la viabilidad del art. 50 en el acoso horizontal y “externo”
4. El procedimiento resolutorio y tutela procesal antiacoso. Puntos críticos

4.1 El alcance de los efectos constitutivos de la sentencia

4.1.1 El problema del protocolo procedimental: resolución *ope judicis* vs. protocolo dimisivo de “autotutela inmediata”

4.1.2 Las medidas cautelares

4.1.3 La ejecución provisional de la sentencia estimatoria

4.2 Legitimación pasiva en el procedimiento resolutorio. Especial referencia al acoso horizontal

4.3 La exportabilidad de las garantías procesales del procedimiento especial de tutela al procedimiento resolutorio: la “tesis integrativa”

4.4 Acumulación de la acción extintiva e indemnizatoria en el procedimiento resolutorio

5. Dimisión provocada y resarcimiento de los daños producidos por el AMT. La quiebra del sistema legal de tasación indemnizatoria por violación de derechos fundamentales

5.1 Acoso moral en el trabajo, lesión de derechos fundamentales y vertebración de los conceptos indemnizables

5.2 El resarcimiento Indemnizatorio del AMT en el art. 50 LET. El principio de resarcimiento íntegro vs. modelo de tasación legal indemnizatoria

5.3 El problema de la acreditación de los “daños colaterales” en la resolución contractual casualizada en AMT. El desmantelamiento de la doctrina de la “no automaticidad de los daños”

VII. ACOSO MORAL EN EL TRABAJO Y OTRAS FORMAS DE ACOSO LABORAL. EL ACOSO SEXUAL *Pág. 717*

CONCLUSIONES GENERALES *Pág. 732*

BIBLIOGRAFÍA *Pág. 759*

PARTE I.**EL ARTÍCULO 50 LET. CONTEXTUALIZACIÓN Y CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LA DIMISIÓN PROVOCADA COMO VICISITUD EXTINTIVA DEL CONTRATO DE TRABAJO**

- I. LA CONTEXTUALIZACIÓN DE LA DIMISIÓN PROVOCADA. EL BLOQUE NORMATIVO DE LAS VICISITUDES EXTINTIVAS DEL CONTRATO DE TRABAJO POR VOLUNTAD DEL TRABAJADOR**
- II. PRECEDENTES NORMATIVOS Y APUNTES DE DERECHO COMPARADO**
- III. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA DIMISIÓN PROVOCADA:**
 - a. El art. 50 LET y resolución civil por incumplimiento (ex art. 1124 CC)
 - b. El art. 50 LET y despido indirecto.
- IV. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INSTITUCIÓN RESOLUTORIA LABORAL. PANORÁMICA GENERAL**
 - a. Las causas justas de resolución ex art. 50.1 LET. La cuestión de la configuración unitaria de las aperturas causales
 - b. La vertiente procedimental:
 - 2.1. Resolución *ope judicis* vs. protocolo dimisivo de autotutela inmediata. Puntos críticos
 - 2.2. El procedimiento judicial resolutorio. Problemas aplicativos
 - 2.2.1. Garantías procesales en el procedimiento resolutorio. La “tesis integrativa” o de exportación de las garantías del proceso de amparo ordinario
 - 2.2.2. Interacción de acción resolutoria y procesos previos de exigencia del cumplimiento empresarial

2.2.3. Interacción de acción resolutoria y despido

- c. La vertiente resarcitoria. La dialéctica entre el sistema de indemnización tasada y principio general de resarcimiento íntegro: problemas sustantivos y procesales

V. DIMISIÓN PROVOCADA, EXTINCIÓN CONTRACTUAL Y DESEMPLEO

I. LA CONTEXTUALIZACIÓN DEL ART. 50 EN EL MARCO DE LAS VICISITUDES EXTINTIVAS DEL CONTRATO DE TRABAJO POR VOLUNTAD DEL TRABAJADOR

Aunque el estudio de la institución extintiva ex art. 50 LET, objeto de esta investigación, ha sido abordado doctrinalmente bien específicamente, bien tangencialmente en el marco general de las vicisitudes extintivas del contrato de trabajo por voluntad del trabajador¹, la carencia de un previo análisis dogmático y unitario del desistimiento unilateral – de trabajador y empleador – como fórmula de extinción de la relación laboral ha dificultado aquella labor. Quizá la principal razón de esta laguna doctrinal reside en la desviación de la atención normativa, doctrinal y jurisprudencial hacia la extinción por voluntad del empleador debido, por un lado, a la temprana dualización del régimen jurídico de la voluntad unilateral extintiva del contrato de trabajo con el objeto de limitar el despido, estableciéndose a tal efecto una disciplina jurídica diferenciada para el mismo contrapuesta a la establecida para el desistimiento unilateral del trabajador (dimisión), y, por otro lado a la creciente importancia de éste en el desarrollo de las relaciones laborales y en la propia ordenación del mercado de trabajo. Todo ello ha determinado la centralidad del despido en el debate científico en el ámbito de las vicisitudes extintivas, desplazando la

¹ Vid. ALBIOL MONTESINOS, I.: La resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador; GARCIA FERNÁNDEZ, M.: La terminación del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, Palma Mallorca, 1983; MONTOYA MELGAR, A.: La extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, Sevilla, 1967; DE LA VILLA GIL, L.E: La extinción del contrato de trabajo, Madrid, 1960; SUAREZ GONZÁLEZ, F.: La terminación del contrato de trabajo, Madrid, 1967; PENDAS DIAZ, B.: La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, Madrid, 1987; ALONSO OLEA, M.: Un problema cada vez más complejo: la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, Coimbra, 1989; VIQUEIRA PEREZ, C.: La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador por incumplimiento del empresario, Madrid, 1994; DE MIGUEL LORENZO, A.M.: La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, Madrid, 1993; PLA RODRIGUEZ, A.: El despido indirecto, Estudios Kahn Freud, Munich, 1980; BORRAJO DACRUZ, E.: “Reinterpretación jurisprudencial del art. 50 del Estatuto de los Trabajadores”, en Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo, Madrid, 1990; RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. y FERNÁNDEZ LOPEZ, M.F.: La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo, Madrid, 1998; SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTIN MAZZUCCONI, C.: El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, Cuadernos Aranzadi Social nº 8, 2001.

atención doctrinal y jurisprudencial a su estudio en perjuicio de la extinción por voluntad del trabajador o dimisión en sus diversas modalidades.

Para abordar, pues, el análisis sistemático y jurídico-crítico de la institución extintiva regulada en el art. 50 LET –para la que se postula el *nomen iuris* de dimisión provocada, siguiendo la propuesta ya por la doctrina desde la regulación de la figura por la antigua LCT de 1944² -, habría que empezar por efectuar someramente un “mapa de situación”, es decir, contextualizarla en el marco del art. 49.1 LET regulador de las causas extintivas del contrato de trabajo y efectuar el deslinde de otras figuras o modalidades de dimisión.

En efecto, el art. 49. LET, como ya lo hiciera la precedente LCT 1944, regula la extinción del contrato por voluntad del trabajador atendiendo al interés de éste de desvincularse del compromiso contractual, pero diversifica el tratamiento en función de que haya o no una causa justificativa de su decisión, así como en función de que esta justa causa constituya o no un incumplimiento empresarial que lleve anudado un régimen indemnizatorio específico. Esta diversificación del régimen de la dimisión se aprecia en el precepto estatutario no sólo a nivel sistemático, por su ubicación en apartados diversos del precepto, sino también terminológico: se reserva el término dimisión para hacer referencia únicamente al desistimiento unilateral *ad nutum* del trabajador - dimisión “ordinaria” ex art. 49.1.d) LET - , pero se sustrae tal denominación a la extinción por su voluntad del trabajador basada en incumplimiento del empleador – a la que aquí denominaremos dimisión “provocada” como hiciera ya la doctrina durante la vigencia de la antigua LCT 1944 – prevista en el art. 49.1.j) y 50 LET³ -. El resultado es, pues, que pese a la existencia de un denominador común en ambas figuras, ya que el fundamento jurídico de la extinción del contrato es en ambos casos la voluntad del trabajador, el legislador opta por dotarlas de una diversa denominación y por una dualización de su régimen jurídico que, como se verá, tiene ondas repercusiones a nivel

² BAYON CHACÓN, G. y PEREZ BOTIJA, E.: Manual de Derecho del Trabajo, 3ª edición, Madrid, 1962, pg. 542.

³ Durante la tramitación parlamentaria se intentó, sin resultados, restablecer la concondancia terminológica entre los apartados d) y j) del art. 49, ya que de no ser por el procedimiento específico previsto en el art. 50 LET, en ambos casos –dimisión *ad nutum* y dimisión ruscada- la voluntad unilateral del trabajador produciría el efecto extintivo; vid., en este sentido El Estatuto de los Trabajadores , Trabajos parlamentarios , Madrid, 1980, pp. 820 y ss.

teórico y práctico: en el primer caso, la sola voluntad del trabajador tendrá efectos extintivos constitutivos, en tanto que en el segundo se impone un procedimiento complejo de carácter judicial por el que los efectos constitutivos de extinción contractual los despliega la sentencia estimatoria de la doble pretensión –extintiva e indemnizatoria – ejercida por el trabajador. Esta opción de política legislativa, tributaria como se verá de la plasmada en su antecedente inmediato: la LCT 1944, ha sido fuente de no pocos problemas dogmáticos y aplicativos en su momento advertidos por la doctrina⁴, problemas que ahora se recrudecen en el marco de la relevancia funcional que la dimisión provocada ex art. 50 LET ha adquirido en los últimos tiempos en el sistema de tutela jurídica de los derechos fundamentales y, en general, derechos de la personalidad del trabajador.

El art. 49.1.d) es la norma referida a la institución dimisiva en sentido estricto y es para la que el legislador ha reservado el término dimisión (en lugar de denuncia, disenso o desistimiento unilaterales) en la misma línea de opción del ordenamiento italiano. Aunque el precepto no agrega nada acerca de su caracterización dogmática, es fácil inferir que en lo atinente a su naturaleza jurídica se trata de un desistimiento unilateral *ad nutum*: una declaración de voluntad unilateral y recepticia del trabajador que no precisa causa justificativa –es un acto de libertad del asalariado- con efectos extintivos constitutivos o inmediatos del contrato laboral⁵. En contraposición a esta dimisión ordinaria, el apartado j) del mismo precepto, eludiendo ya el término dimisión, prevé como causa diversa de extinción del contrato de trabajo, “la voluntad del trabajador, fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario”. La inexistencia de una regulación complementaria dentro del mismo precepto, al margen de las previsiones del art. 50 LET, plantea problemas interpretativos centrados, sobre todo, en si el art. 49.1.j LET está exclusiva y unilateralmente anudado al art. 50 LET, esto es a la figura de la resolución contractual por incumplimiento a instancia del trabajador o si, por el contrario, comprende una categoría intermedia entre ambas instituciones extintivas que un sector

⁴ ALONSO OLEA, M.: Un problema cada vez más complejo: la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, cit.

⁵ Para un detallado análisis de la caracterización jurídica de la dimisión ordinaria, vid. RODRIGUEZ-PIÑERO/FERNANDEZ LOPEZ: La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo, cit., pp. 54-99.

doctrinal identifica como “dimisión extraordinaria” de efectos constitutivos inmediatos como la dimisión ordinaria y con efectos resarcitorios vinculados a la justa causa que la fundamentaría que en todo caso sería de distinta naturaleza a los incumplimientos cualificados previstos en el art. 50.1 LET⁶.

Para esta doctrina, la diferencia entre la dimisión ordinaria y la denominada “dimisión extraordinaria” – que podría incluso tener cabida en el propio art. 49.1. j) LET y a la que, no obstante, se le reconoce un campo de operatividad muy limitado en nuestro ordenamiento – radicaría, además de en el componente resarcitorio que aparece en ésta última en algunos supuestos – señaladamente, en la dimisión antinovatoria ex arts. 40 y 41 LET – , en su diversa funcionalidad: en el primer caso, se trataría de un medio “fisiológico” de garantía para el trabajador de la temporalidad del contrato o de su ruptura *ante tempus*, mientras que en el segundo estaríamos ante un mecanismo de autotutela inmediata que viabiliza la liberación del vínculo contractual sin preaviso ni responsabilidades indemnizatorias a cargo del trabajador cuando una justa causa sobrevenida haga imposible o excesivamente onerosa para éste la continuidad del vínculo⁷. Por su parte, la diferencia entre la dimisión extraordinaria y la resolución contractual ex art. 50 LET residiría en la fuente del efecto extintivo: si en el primer caso la extinción contractual es efecto directo de la voluntad unilateral del trabajador (autotutela inmediata), de modo que la intervención judicial se limita a valorar el cumplimiento de los requisitos de operatividad del resarcimiento indemnizatorio; en el segundo, aunque la iniciativa de la ruptura corresponda al trabajador, el efecto extintivo (y el consustancial resarcitorio) es producido por el pronunciamiento judicial de efectos constitutivos.

⁶ Para esta construcción de la figura de la “dimisión extraordinaria”, vid. RODRIGUEZ-PIÑERO/FERNANDEZ LOPEZ, op. cit. pp. 103-120, aunque admitiendo su limitado campo de operatividad en nuestro ordenamiento. La dimisión extraordinaria, sería una dimisión por justa causa, distinta a los incumplimientos cualificados a los que se refiere el art. 50 LET, con una función eminentemente liberadora de las obligaciones contractuales, que viabiliza la ruptura *ante tempus* de los contratos de duración determinada y los indefinidos sin necesidad de preaviso que operaría en algunas relaciones laborales especiales –como la de los altos cargos ex art. 10.1 RD 1382/1985–, así como la ruptura por voluntad del trabajador del contrato de trabajo común frente a medidas modificativas empresariales lícitas ex art.40.1 y 41.3 LET(dimisión antinovatoria) , supuesto en el que además de la función liberadora la dimisión cumple una función resarcitoria, al ser imputable al empresario el motivo de la extinción, anudándole las indemnizaciones menores previstas en los citados preceptos. Para los autores, también los supuestos de cese prematuro de la prestación laboral, excepción de la regla general exigente de la continuidad del trabajo propia del art. 50 LET, serían constitutivos de una dimisión extraordinaria de efectos constitutivos.

⁷ RODRIGUEZ-PIÑERO/FERNANDEZ LÓPEZ, op. cit., pg. 32.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria vincula indisolublemente el art. 49.1.j) al art. 50 LET, de forma que sólo una interpretación sistemática e integrada de ambos preceptos permite determinar el tipo y alcance de la operatividad del primero; es decir, el primer precepto carece de autonomía propia, ya que las causas que sirven de fundamento a la extinción son las determinadas en el segundo y es en éste también donde se establecen las consecuencias indemnizatorias del supuesto de hecho extintivo. Conforme a ello, es el art. 50 LET el que ha de servir de criterio hermenéutico para la interpretación de lo dispuesto en el art. 49.1.j) –que carece, por sí mismo, de ámbito de operatividad propio – y en particular, en lo que concierne al alcance de la voluntad del trabajador respecto a la extinción contractual indemnizada. Desde este entendimiento, los términos del art. 50 LET evidencian que, al contrario de lo que pudiera inferirse de la lectura aislada del primer precepto, la voluntad del trabajador carece de virtualidad, por sí misma, en orden a la extinción del contrato, siendo precisa una intervención judicial y correlativo pronunciamiento estimatorio de la pretensión del trabajador, pronunciamiento que es el que, en puridad, opera el doble efecto extintivo de la relación laboral y resarcitorio con la indemnización equivalente a la del despido improcedente.

Desde esta perspectiva, pues, lo que el ordenamiento laboral atribuye aquí al trabajador no es una facultad o derecho a extinguir el contrato a través de una declaración de voluntad de efectos constitutivos como sucede en la dimisión ordinaria, sino una facultad o derecho a “solicitar” esa extinción – como establece explícitamente el art. 50.1 LET –, esto es, a “ejercitar una acción (judicial) de resolución contractual”, con lo que la naturaleza del mecanismo extintivo es sustancialmente diversa a la dimisión prevista en el art. 49.1.d) LET: ya no puede hablarse de un desistimiento unilateral y, por tanto, de un supuesto de derogación de la regla general de irrevocabilidad del contrato ex art. 1256 CC que impide que el cumplimiento de éste quede al arbitrio de uno de los contratantes –como es la dimisión ordinaria –, sino que, bien al contrario, la exigencia de un procedimiento resolutorio en el que el juez verifique la existencia del incumplimiento empresarial justificativo y pondere su entidad como presupuesto de la extinción y de la correlativa indemnización que operan, en verdad, por

efecto de la sentencia estimatoria que lo resuelva, hacen de la figura extintiva del art. 50 LET una manifestación más de la regla general de vinculabilidad del contrato e, incluso, de la de conservación del negocio jurídico –de signo inverso a la excepción de la irrevocabilidad contractual antes mencionada respecto a la dimisión ordinaria –.

Por todo ello, el art. 50 más que completar al art. 49.1.j) LET en el que entronca⁸, transforma la naturaleza jurídica del mecanismo extintivo que, *prima facie*, pudiera inferirse que regula el primer precepto que, literalmente, hace reposar en la voluntad del trabajador la extinción del contrato de trabajo⁹. El juego de ambos preceptos evidencian, pues, que aquí estamos ante un supuesto en que el contrato se extingue a iniciativa del trabajador aunque no por su voluntad, sino por obra de una resolución judicial de efectos constitutivos, si bien con algunas excepciones relativas a supuestos vejatorios y depresivos para el trabajador que serán analizadas más adelante.

II. ANTECEDENTES NORMATIVOS Y APUNTES DE DERECHO COMPARADO

El proceso de dualización del régimen legal del despido y la dimisión comienza a darse a partir de las primeras normas reguladoras del contrato de trabajo. En este sentido, habremos de remontarnos a los diversos Anteproyectos de Ley de Contrato de trabajo que se sucedieron entre la R.O. de 9 de noviembre de 1902 de Bases para la reforma del arrendamiento de servicios y el Código de Trabajo de 1926¹⁰. Los citados Anteproyectos partían de la idea de la libertad de dimisión en los contratos de duración indefinida con la única limitación del preaviso para evitar al patrono el perjuicio derivado de una extinción intempestiva, de modo que la obligación de indemnización a cargo del obrero sólo se preveía para la dimisión *ante tempus* en los contratos de duración determinada sin mediar causa justificada, considerándose a tal efecto en todos ellos como causas justificativas del “derecho de rescisión del

⁸ Vid. BORRAJO DACRUZ, E.: “Reinterpretación jurisprudencial del art. 50 del Estatuto de los Trabajadores”, en Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo, Madrid, 1990, pg. 18.

⁹ En este sentido, RODRIGUEZ-PIÑERO/FERNANDEZ LOPEZ, op. cit., pg. 132.

¹⁰ Para la consulta de los sucesivos Proyectos de Ley de Contrato de trabajo y legislación laboral histórica posterior, vid. Legislación social en la historia de España. De la Revolución liberal a 1936 (dir. MARTIN VALVERDE, A.), Congreso de los Diputados, Madrid, 1987.

contrato” del obrero: “las injurias o malos tratamientos por parte del patrono o de sus dependientes; por falta de pago o de puntualidad en el abono de la remuneración convenida; por la exigencia del patrono de trabajos distintos del pactado y por las modificaciones del Reglamento establecido para el trabajo al celebrarse el contrato”¹¹. Para tales supuestos de incumplimiento patronal no se preveía ningún tipo de indemnización específica a favor del asalariado, si bien los citados Proyectos establecían con carácter general la recíproca obligación de las partes “de indemnizar a la otra (parte) de los perjuicios que le irroguen por el incumplimiento de las obligaciones contraídas”, lo que suponía la remisión implícita a la normas civiles correspondiente en calidad de derecho supletorio¹².

El Código de Trabajo de 1926 evita cualquier referencia a la denuncia ordinaria y se limita a regular la extinción del contrato de trabajo de duración determinada en el que la dimisión (como el despido) sólo podrá operar por justa causa (art. 20), que en relación con la dimisión serán los incumplimientos patronales ya señalados previamente establecidos en los Proyectos citados (art. 22), confirmando así la regla general del Derecho común de que en los contratos temporales no cabe el desistimiento unilateral *ad nutum*. La justa causa de la dimisión operaría sólo, al parecer, para obviar la exigencia del preaviso y las eventuales indemnizaciones por perjuicios derivados de la ruptura intempestiva del contrato, pero no para vincularle, a salvo de la ya mencionada aplicación supletoria de la institución civil correspondiente, una indemnización específica a cargo del patrono por el incumplimiento justificativo de la decisión extintiva del obrero.

La posterior Ley de Contrato de Trabajo republicana de 1931 marca el comienzo de la limitación legal del despido ahora ya de forma indiferenciada para los contratos de duración determinada e indefinidos (art. 89.6 LCT) y con ello el proceso de dualización de la disciplina jurídica de éste frente a la

¹¹ Vid. Base XXIII de las Bases para un Proyecto de Ley de contrato de Trabajo (PROYECTO AZCÁRATE 1904); art. 26 del Proyecto de Ley de contrato de Trabajo (Proyecto DAVILA 1906); art. 10.4 Proyecto DE LA CIERVA 1908); art. 26 (Proyecto MERINO 1910); Art. 26 Proyecto SANCHEZ GUERRA 1914; art. 26 Proyecto RUIZ GIMENEZ 1916; art. 92 Proyecto BURGOS MAZO 1919 y art. 58.8º Proyecto 1922.

¹² Vid. Base XXV Proyecto Azcárate; art. 28 Proyecto DAVILA 1906); art. 12 Proyecto DE LA CIERVA 1908); art. 28 Proyecto MERINO 1910; Art. 28 Proyecto SANCHEZ GUERRA 1914; art. 28 Proyecto RUIZ GIMENEZ 1916.

dimisión que aparentemente, según la norma, operaría *ad nutum* y sin requisitos formales dados los términos del primer inciso del art. 89.7^o, sin perjuicio de la figura de la dimisión basada en justa causa (segundo inciso del art. 89.7^o) que aquí vuelven a ser, con algún retoque poco significativo, los mismos incumplimientos empresariales previstos en el Código de Trabajo y como en él sigue ausente cualquier previsión específica de indemnización a favor del trabajador que se vea forzado a la ruptura del contrato.

Hasta este momento, pues, es de subrayar que el legislador laboral regula la dimisión (provocada) por incumplimiento empresarial configurándola como derecho del trabajador a extinguir el contrato por una declaración unilateral de voluntad de efectos constitutivos, es decir como un mecanismo extintivo de autotutela inmediata que no precisa intervención judicial alguna, aunque carente de compensación indemnizatoria, al menos específica. Otra cosa es que ante la ausencia de previsión a este respecto en la norma laboral especial (*lex specialis*) hubiera de aplicarse a este supuesto, con carácter supletorio, la legislación civil y en particular la figura de la resolución por incumplimiento ex art. 1124 CC, al que indirectamente remitía el Proyecto de Ley de Contrato de Trabajo de 1908 (Proyecto de la Cierva), aunque dicha previsión expresa desapareciera finalmente en el Código de 1926¹³.

No obstante, los cambios de mayor calado en la regulación de la dimisión por justa causa vinculada a incumplimientos del empresario – como, en general, en materia de extinción del contrato de trabajo – vienen dados por la legislación franquista de postguerra. En primer lugar, se produce una modificación del art. 89.7 de la LCT 1931 por obra de la Ley de 6 de noviembre de 1941 en la que aparte de subrayar la imputabilidad empresarial de las causas justificativas de la dimisión, se anuda a la misma una indemnización a favor del trabajador que acordará con carácter potestativo y discrecionalmente el Magistrado de Trabajo en la sentencia con un montante máximo equivalente al importe del sueldo o jornal de un año. La reforma del precepto supone, por tanto, dos cambios cualitativos de enorme significación: por un lado, la dimisión provocada se conecta por vez primera con una indemnización

¹³ El art. 12 del Proyecto DE LA CIERVA de 1908 establecía que “la indemnización que una parte deba satisfacer a la otra por incumplimiento de las obligaciones contratadas se regirá, como todo lo no previsto en esta Ley, por las disposiciones generales de los Códigos civil y mercantil”

cuantitativamente limitada legalmente, aunque no se reconozca como un derecho subjetivo del trabajador, sino más bien como una facultad discrecional del juzgador en base a la ponderación de las circunstancias concurrentes y, en segundo lugar y por otro lado, se introduce un enfoque judicial en el mecanismo extintivo que implica el inicio de la desnaturalización de la dimisión provocada a base de la pérdida de los efectos extintivos constitutivos de la voluntad extintiva del trabajador víctima del incumplimiento y la correspondiente exigencia de la intervención judicial que habrá de constatar la existencia y ponderar el incumplimiento y determinar, a su arbitrio, la indemnización que corresponda. Por otra parte, con esta nueva y diversa configuración de la dimisión que implica la introducción del principio indemnizatorio en la operatividad de la facultad resolutoria del trabajador se aprecia el paralelismo con el afianzamiento de la opción político-jurídica de limitación del despido: se refuerza el perfil de la dimisión por incumplimiento empresarial como acto provocado por el empleador con el objeto de desvincularse sin causa del trabajador y en consecuencia se le anuda la indemnización que sanciona a aquél por la transgresión de los límites impuestos legalmente a la facultad de despido¹⁴; esto es, la figura se consolida como dimisión “provocada” y se aproxima a la del despido indirecto de otros ordenamientos jurídicos, aunque, como contrapunto, ésta se caracteriza por los efectos constitutivos de la voluntad del trabajador.

La LCT de 1944 no hace sino profundizar en este esquema: reproduce el reformado art. 89.7 de la LCT 1931 cuyo contenido se plasma en el nuevo art. 78 que establece “las justas causas para que el trabajador *pueda, por su voluntad*, dar por terminado el contrato”. Pese a que una interpretación literal de este primer inciso del precepto pudiera hacer pensar que se recupera el tradicional protocolo dimisivo de autotutela inmediata, el legislador en realidad afianza el enfoque judicial de la dimisión por incumplimiento, es decir, consolida la transformación de la institución de la dimisión por justa causa en una resolución operada *ope iudicis*, tal y como se infiere de la letra e) del art. 78 LCT 1944, así como de una interpretación sistemática de dicho precepto en relación con el art. 81.4 de la misma Ley.

¹⁴ En este sentido, RODRIGUEZ-PIÑERO/FERNÁNDEZ LÓPEZ, op.cit., pg. 41.

En efecto, la LCT amplía el listado de causas justas de dimisión provocada incorporando junto a los supuestos específicos que, con apenas retoques, habían venido contemplando las normas precedentes, una cláusula general que convierte en abierta lo que hasta ese momento parecía ser lista cerrada de incumplimientos empresariales justificativos de la ruptura contractual. Lo hace a través del apartado e) del citado art. 78 por el que a los tratos vejatorios por parte del empleador o de sus empleados (letra a)), la falta de pago o impuntualidad en el pago de la remuneración convenida (letra b)), la modificación de la prestación de trabajo pactada (letra c)) y la modificación del Reglamento de trabajo (letra d)), se añade a modo de cierre de las restantes aperturas causales una norma abierta a la que son reconducibles “cualquier otra causa análoga o semejante a las anteriores que el Magistrado de Trabajo considere justificada por ser reveladora de una situación depresiva o vejatoria para el trabajador”. De este modo, el último apartado del art. 78 LCT –al igual que ahora el art. 50.1.c) LET–, aparte de adoptar una formulación abierta que vuelve a aproximar la figura a la noción clásica de resolución por incumplimiento de las obligaciones bilaterales¹⁵, viene a cumplir una doble función: por un lado, de “escoba” o residual, incluyente de conductas empresariales no subsumibles en los requisitos de los apartados anteriores y, por otro lado, ampliadora de la gama de incumplimientos que pueden servir de fundamento al efecto resolutorio.

Pero, con todo, lo más significativo de la reformulación legal de la figura reside, como se ha dicho, en dos aspectos: el primero, la transformación del protocolo extintivo, que del modelo estrictamente dimisivo (efectos constitutivos de la voluntad del trabajador) pasa a un protocolo resolutorio equiparable al esquema tradicional del art. 1124 CC; y segundo, la conexión directa entre extinción e indemnización específica. En lo atinente a lo primero, los términos del apartado e) del art. 78 permiten inferir que la intervención judicial, a la que se refiere expresamente, comprende la constatación de la existencia y la ponderación de gravedad de cualquiera de los incumplimientos empresariales a las que se liga el efecto extintivo del contrato, solución que venía a confirmarse a través de la interpretación conjunta de esta norma y la previsión del art. 81.4

¹⁵ RODRIGUEZ-PIÑERO/FERNÁNDEZ LÓPEZ, op. cit., pg. 190.

LCT¹⁶, en el que de nuevo se atribuye a la autoridad judicial la facultad, aquí, de fijar la indemnización a favor del trabajador que todavía, sin embargo, no se configura como un derecho del mismo, sino como potestad del juzgador que ejercerá a su arbitrio a tenor de la circunstancias concurrentes, tanto respecto a su reconocimiento como respecto al *quantum*, si bien con un tope máximo legal. En definitiva, todos los datos legales confluían en sustento de la tesis de que la dimisión provocada dejaba de ser un derecho del trabajador a extinguir unilateralmente el contrato –un desistimiento unilateral de efectos constitutivos–, para dar paso a un derecho a ejercer una acción judicial resolutoria en el que se ventilará una doble pretensión: la extinción del contrato y el eventual resarcimiento, con la consiguiente obligación de pervivencia del contrato –con la correspondiente obligación de continuidad de la prestación laboral – en el momento de su ejercicio y durante toda la sustanciación del proceso, aunque la jurisprudencia no lo advirtiera así desde un primer momento¹⁷. Esta solución legal, seguramente conectada con una marcada línea de tendencia de limitación del *ius resistendae* del trabajador frente al poder directivo del empresario¹⁸, implicó en el plano técnico-jurídico una deformación de la naturaleza jurídica de la institución extintiva: de la dimisión constitutiva a la resolución *ope* iudicis.

Por su parte, y en relación con la vertiente resarcitoria, la doctrina vinculó la indemnización prevista en el art. 81.4 LCT sólo a las causas “cualificadas” de dimisión previstas en el art. 84, atribuyéndosele además una doble función: resarcitoria de los daños inflingidos al trabajador y a la vez “sancionadora” del

¹⁶ Aunque el art. 81.4 LCT regulaba la vertiente indemnizatoria remitiendo a las causas de extinción del art. 79, doctrina y jurisprudencia terminaron concluyendo que se trataba de un error material del legislador y que la referencia debía entenderse hecha al art. 78, esto es a la dimisión por justa causa.

¹⁷ Sin embargo, pese a los contundentes datos legales, la jurisprudencia interpretó inicialmente que la intervención judicial era, por lo general, meramente potestativa, a excepción de los supuestos en que el empresario se opusiese a la resolución o hubiera discrepancia en torno al abono o montante de la indemnización; vid. al respecto, MENENDEZ PIDAL: “Breves consideraciones sobre el despido por voluntad del trabajador”, RDT, 1961, pp. 8 y ss. Posteriormente, la evolución jurisprudencial discurrirá hacia la tendencia contraria: la obligación del trabajador de ejercicio conjunto de la acción extintiva y de resarcimiento y, en consecuencia, la necesidad de pervivencia del contrato para su ejercicio y, por ello, de continuidad de la prestación laboral durante la sustanciación del proceso. Vid., al respecto, MONTOYA MELGAR, A.: La extinción del contrato de trabajo por abandono del trabajador, cit. pp. 107 y ss.; ALBIOL MONTESINOS, I.: La resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, cit., pp. 157 y ss..

¹⁸ Probablemente ello obedezca a que la línea de tendencia de limitación del *ius resistendae* del trabajador frente al poder directivo del empresario durante la ejecución del contrato se decide trasladar también al momento extintivo en dónde el sometimiento del asalariado a la “autoridad” del empleador ya carece de sentido. Vid. en este sentido, RODRIGUEZ-PIÑERO/FERNÁNDEZ LOPEZ: La voluntad del trabajador.. cit., pg. 45.

incumplimiento empresarial en simetría con el supuesto de despido injustificado previsto también en el mismo artículo, por lo que la doctrina definitivamente acuñó para la figura la denominación de “dimisión provocada” o “despido indirecto”¹⁹, pese a las diferencias entre ambas instituciones radicadas, principalmente, en los efectos constitutivos de la voluntad del trabajador en esta última. La caracterización de la institución extintiva, como puede comprobarse, empieza ya a bascular entre su equiparación a la resolución civil por incumplimiento ex art. 1124 CC – en lo que se refiere a la formulación del fundamento jurídico como incumplimiento empresarial y el protocolo extintivo – y a la figura del despido indirecto del derecho comparado – en lo atinente a la dimensión sancionadora de la indemnización respecto a la conducta empresarial que aboca al trabajador a su “autodespido”.

La Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales corrobora ya de forma literal y explícita este modelo legal e interpretativo “deformador” desde un punto de vista dogmático de la dimisión por justa causa que la configura como resolución judicial del contrato a iniciativa del trabajador. En efecto, los términos legales de su art. 21.2 no dejan lugar a dudas: “El trabajador podrá *solicitar la resolución* del contrato de trabajo, con derecho a indemnización como si se tratase de despido improcedente, cuando, entre otros supuestos legalmente reconocidos²⁰, se produzcan modificaciones en las condiciones de trabajo que sean sustanciales o que puedan redundar en perjuicio grave de su formación profesional o en menoscabo de su dignidad”; de modo que si el trabajador pretende no sólo la extinción contractual sino que ésta lleve anudado el efecto resarcitorio representado por la indemnización, es obligado el cumplimiento del protocolo de intervención judicial y la continuidad de la prestación de trabajo (y por supuesto del contrato), salvo en situaciones especialmente vejatorias o depresivas en que la jurisprudencia comienza a admitir excepcionalmente el cese anticipado. Este es el modelo normativo que encuentra y recepciona el Estatuto de los Trabajadores a través del bloque normativo formado por los artículos 49.1.j) y 50 LET.

¹⁹ BAYÓN CHACÓN, G. y PEREZ BOTIJA, E.: Manual de Derecho del Trabajo, 3^o edic., cit., pg. 542.

²⁰ La referencia legal se interpreta como una remisión implícita a las justas causas de dimisión previstas en el art 78 LCT.

En el derecho comparado, sin embargo, el modelo jurídico de la dimisión por incumplimiento empresarial (dimisión provocada) discurre por otros derroteros en los que prevalece su configuración dogmática como despido indirecto con un tratamiento que se inserta en el marco de la tutela frente al despido injustificado. La figura es contemplada en diversos ordenamientos, pero entronca en el Derecho anglosajón y particularmente el ordenamiento norteamericano en donde se comenzó con la aplicación de los mecanismos de tutela de derechos civiles a conductas empresariales discriminatorias que forzaban al trabajador al abandono del trabajo, determinando así unos efectos equiparables a los del despido discriminatorio²¹. De ahí, la institución de la “constructive dismissal” se extiende en el Derecho británico a los supuestos en que las circunstancias concurrentes –incumplimientos empresariales graves – guían al trabajador a terminar el contrato sin preaviso “por razón de la conducta del empleador”, reconociéndosele además en tal caso el derecho a la indemnizaciones correspondientes al despido injustificado y observando los mismo trámites procedimentales exigibles a éste (art. 55.2 de la Employment Protection (Consolidation Act. 1974), aunque ya con anterioridad la jurisprudencia venía acogiendo la figura de la dimisión forzada por una “contractually repudiatory conduct”, es decir fundada en conductas empresariales injustificables que se consideran incompatibles con el programa contractual y que por ello mismo conforman una *facta concludentia* de la que se infiere una voluntad empresarial de ruptura contractual o de despido, aunque intencionalmente se traslada al trabajador la iniciativa de hacerla efectiva para eludir así los límites legales del despido. De este modo, en un principio, sólo la prueba de la existencia de esta intencionalidad del empresario de forzar al trabajador a la ruptura del vínculo le legitimaban para considerarse a su vez desvinculado de la relación obligatoria y obtener el resarcimiento correspondiente como si hubiera sido objeto de un despido injustificado²². Posteriormente en el ordenamiento irlandés y en general en la jurisprudencia anglosajona la figura evoluciona en el sentido de no exigirse la intencionalidad empresarial de provocar la iniciativa del trabajador de ruptura del contrato a

²¹ Vid. extensamente al respecto DE MIGUEL LORENZO, A.: La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, cit., pp. 155 y ss.

²² ANDERMAN, S.D.: The law of unfair dismissal, Londres, 1965, pp. 69 y ss.

base del incumplimiento de sus obligaciones contractuales; el fundamento de la dimisión, como ocurre en nuestro ordenamiento con la dimisión provocada del art. 50 LET, lo será además del incumplimiento empresarial tendencioso en el sentido apuntado, toda aquél que por su gravedad haga imposible la pervivencia del contrato o frustre objetivamente el interés del trabajador en su prosecución. Interesa, no obstante, subrayar que en el despido indirecto aunque la extinción es imputable al empleador por su incumplimiento, es la voluntad del trabajador la fuente inmediata del efecto extintivo pero sólo mediata del efecto resarcitorio ya que éste entronca en el incumplimiento empresarial que justifica la dimisión, de modo que aunque el contrato se extinga por la mera declaración de voluntad del trabajador de efectos constitutivos, la intervención judicial se hace precisa pero sólo para ponderar si el incumplimiento del empleador es merecedor de que la ruptura del vínculo le sea imputable y con ello la condena al pago de la indemnización del despido.

En efecto, en gran parte de los ordenamientos comparados el despido indirecto se configura a base de una técnica que conjuga la inmediatez de la extinción por voluntad del trabajador que opera, incluso, como requisito o presupuesto de la posterior acción de resarcimiento para la obtención de la indemnización, dado que la continuidad de la prestación laboral y del contrato durante la sustanciación de este procedimiento judicial sería contradictoria con el fundamento de la iniciativa del trabajador²³. No obstante, como este modelo de control judicial a posteriori tiene el inconveniente de hacer recaer sobre el trabajador el riesgo de que el incumplimiento no se estime existente o de entidad suficiente como para hacer imputable la extinción al empresario y justificar la indemnización, con lo que podría verse así abocado a la pérdida del empleo fruto de su dimisión sin indemnización compensatoria por apreciarse judicialmente la inimputabilidad del empleador, algunos sistemas, como el nuestro, han optado por una técnica distinta en la que extinción e indemnización se vinculan indisolublemente, de modo que el control judicial opera *a priori* y sólo si en él se otorga relevancia resarcitoria al incumplimiento

²³ La doctrina ha señalado que dado que la iniciativa del trabajador se funda en una conducta empresarial constitutiva de un despido indirecto que hace imposible o desproporcionadamente gravosa la prosecución del contrato, con la continuidad de la prestación laboral “estaría demostrando prácticamente que no es imposible continuar (con el contrato)”. Vid. al respecto, MARTIN CATHARINO: “Dimisión provocada por el empresario”, RDT, Madrid, 1955, pg. 5 y con cita del anterior, PLA RODRIGUEZ, A.: El despido indirecto, Estudios Kahn Freud, Munich, 1980, pg. 637.

empresarial se operará el efecto extintivo que será ya fruto de la sentencia y no de la voluntad del trabajador. Pero, con todo, no puede ocultarse que esta solución desvirtúa en parte la esencia del despido indirecto como acto de libertad del trabajador, como mecanismo de autotutela inmediata en situaciones en donde se ven comprometidos valores inherentes a la dignidad e, incluso, derechos fundamentales: la legitimidad de la ruptura inmediata del contrato por parte del trabajador ante una conducta empresarial equiparable al despido por buscar intencionadamente poner fin a la relación laboral eludiendo las limitaciones legales o convencionales impuestas al mismo, o simplemente conductas que independientemente del móvil, hacen imposible o extraordinariamente gravosa su continuidad.

III. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA DIMISIÓN PROVOCADA

Uno de los muchos problemas interpretativos que plantea la figura de la dimisión provocada y que aun hoy es objeto de debate doctrinal, es el relativo a su fundamentación jurídica. En efecto, la inclusión en el listado de las causas justas que legitiman la iniciativa extintiva del trabajador de la prevista en la letra a): la modificación sustancial lesiva de la formación profesional y/o la dignidad, que para algún sector doctrinal no puede ser considerada técnicamente como incumplimiento empresarial, suscita la cuestión de si el art. 50 LET es susceptible de una construcción dogmática unitaria compatible con la resolución contractual civil por incumplimiento o si, por el contrario, la diversa naturaleza de sus aperturas causales hacen imposible hablar de una fundamentación jurídica unívoca de la figura.

1. ART. 50 LET Y RESOLUCIÓN CIVIL POR INCUMPLIMIENTO (EX ART. 1124 CC)

Es mayoritaria la doctrina y consolidada la jurisprudencia que ve en la institución extintiva ex art. 50 LET la traslación modalizada al ámbito laboral de la resolución por incumplimiento de los contratos bilaterales regulada en el art.

1124 del CC²⁴. No obstante, las voces discrepantes de la doctrina en orden a esta equiparación apelan, además de a ciertas diferencias estructurales – cuales las relativas al ámbito subjetivo de ambos preceptos, su ámbito objetivo, esto es, las facultades que atribuye al contratante cumplidor y a los ámbitos procedimental y resarcitorio, a las que seguidamente se hará referencia²⁵ –, a la distorsión representada por la causa justa prevista en el apartado a) del art. 50: la modificación sustancial lesiva de la formación y/o la formación profesional del trabajador, que para un sector doctrinal no podría considerarse técnicamente como incumplimiento contractual equiparable a sus restantes aperturas causales por tratarse de una medida organizativa legítima adoptada conforme a las prescripciones legales del art. 41 LET.

Sin embargo, a pesar de la particularidad representada por esta apertura causal del art. 50.1 LET y las disparidades de régimen jurídico -no obstante muy relativizadas unas y otras por la doctrina y, sobre todo, por la jurisprudencia interpretativa más reciente del precepto, como seguidamente se verá -, todo intento de entroncar la dimisión provocada en otras instituciones extintivas comparables del Derecho común, diversas a la prevista en el art. 1124 CC, resulta baldía. Así sucede, en particular, si se pretende acudir al mecanismo de la rescisión contractual (arts. 1.290-1.299 CC) y más concretamente a la rescisión por lesión (art. 1.291. 1^o y 2^o CC), respecto a la cual y sin perjuicio de su más detallado análisis al hilo del estudio de la primera apertura causal del art. 50 LET, valga por ahora adelantar que existen, en efecto, serias objeciones de orden estructural para afirmar la correspondencia

²⁴ En la doctrina, vid. DE MIGUEL LORENZO, A.: La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, Civitas, Madrid, 1.993, pgs.24 y ss.; SUAREZ GONZÁLEZ, F.: La terminación del contrato de trabajo, cit., pp. 76 y ss.; ALBIOL MONTESINOS, I: "Causas y efectos de la extinción por voluntad del trabajador", Comentarios a las Leyes Laborales, T. IX, vol. I, RDP, 1983, pp. 195 y ss.; BORRAJO DACRUZ, E.: "Reinterpretación jurisprudencial del art. 50 del Estatuto de los Trabajadores" en VV.AA, Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo, Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al Prf. Manuel Alonso Olea, Madrid (MTSS), 1.990, pgs.18.; PENDÁS DIAZ, B.: La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, ACARL, Madrid, 1992, pg.31. En la jurisprudencia es también mayoritaria esta construcción, vid., en este sentido, entre otras muchas, STS (ud) 3-4-1997 (RJ 3047); SSTSJ Cataluña 14-6-1997 (AS 2453); 19-7-1997 (AS 3563); 30-6-1999 (AS 2839); STSJ Navarra 5-2-1999 (AS 515); SSTSJ Cataluña 18-3-1999 (AS 1820); 22-7-1999 (AS 3163); SSTSJ Madrid 3-12-2007 (JUR 55731) y 25-2-2008 (AS 1117). La más reciente doctrina unificada del TS sobre el art. 50 LET ratifica la construcción dogmática de la STS 3047/1997; vid. SSTS 3-04-2004 (RJ 3041), 25-11-2004 (RJ 1058) calificando literalmente el art. 50 LET como "la transcripción en el derecho laboral del art. 1124 CC", si bien admitiendo algunas modalizaciones en materia procedimental y resarcitoria.

²⁵ SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, Cuadernos Aranzadi Social, n^o 8, pg. 29-30.

de la extinción contractual a instancias del trabajador ex. art. 50.1.a) ET y la figura civil de la rescisión extensivas, incluso, a los supuestos de extinción contractual previstos en los arts. 40 y 41.3 LET en respuesta a modificaciones sustanciales productoras de perjuicio “simple” y ello, a pesar de que el legislador laboral utilice en estos últimos preceptos, expresa pero atécnicamente, el *nomen iuris* de “rescisión” al referirse a la facultad extintiva conferida al trabajador²⁶. La primera divergencia reside en su presupuesto y ámbito de operatividad, ya que el mecanismo de la rescisión es un supuesto de ineficacia del contrato válidamente celebrado en base al hecho de que el negocio jurídico, desde el mismo momento de su celebración, “contribuye a obtener un resultado injusto, inicuo o contrario a Derecho: un fraude de acreedores o una lesión”, diversamente, pues, al art.50 LET en el que el fundamento objetivo reside también en un desequilibrio de las prestaciones, pero aquí este es sobrevenido y derivado no del propio contrato sino del incumplimiento de las obligaciones contractuales del empleador que es el que produce el resultado antijurídico. En segundo lugar, está la absoluta falta de correspondencia entre las aperturas causales del precepto estatutario y las que fundamentan la rescisión por lesión (ex art. 1.291. 1º y 2º CC)²⁷, así como, por último, en el plano de los efectos: mientras en la rescisión consisten en la ineficacia *ex nunc* del contrato, sin que quepa indemnización de daños y perjuicios, ya que la lesión se resarce, precisamente, con la extinción de la relación obligatoria, la indemnización es, junto al extintivo, efecto jurídico consustancial al art. 50 LET.

Volviendo, pues, a la correspondencia entre el art. 50 LET y el art. 1124 CC, procede ahora centrarnos en las disparidades estructurales achacadas a ambos preceptos y ponderar su entidad. Empezando por el ámbito subjetivo, en la norma civil la facultad resolutoria se reconoce a cualquiera de las partes

²⁶ Vid., en este sentido, por la doctrina científica, RIVERO LAMAS, J: “Modificación de las condiciones de trabajo, cit., pp. 202 y ss.; CRUZ VILLALÓN, J.: Las modificaciones de la prestación de trabajo, cit. pg. 323; PALOMO BALDA, E.: “Modificación sustancial de las condiciones de trabajo y ejercicio de acciones individuales”, cit., pg. 186; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., op. cit., pg. 217. Por la doctrina judicial, vid. STSJ Andalucía 22-2-1993 (AS 1149).

²⁷ El precepto establece que el mecanismo rescisorio es aplicable a los contratos celebrados en representación de sujetos sometidos a tutela legal o de ausentes, cuando éstos hayan sufrido un perjuicio económico cuantificado en mas de un 25% del valor de las cosas objeto de aquéllos; y, por otro lado (art. 1.293), que “ningún contrato se rescindirá por lesión” fuera de los casos indicados”. Supuesto especial, no obstante, es el de la rescisión por lesión enorme o *ultra dimidium*, ausente en nuestro CC pero conservada en el Derecho Catalán y Foral de Navarra.

del contrato bilateral afectada por el incumplimiento, mientras que en la laboral sólo al trabajador. En lo concerniente a las facultades conferidas por uno y otro, es claro que el art. 1124 CC, fiel a las características de los contratos de tracto único para los cuáles está principalmente dirigido²⁸ otorga a la parte cumplidora una doble facultad en clave de opción: la exigencia del cumplimiento o la resolución contractual, con derecho en ambos casos al resarcimiento de daños. En cambio el precepto laboral, dada la caracterización del contrato de trabajo como contrato de tracto sucesivo, sólo atribuye al trabajador la facultad extintiva, sin perjuicio de que pueda también reclamar el cumplimiento de la obligación en sus propios términos (*in natura*), no sólo en régimen de alternativa como en el precepto civil, sino simultáneamente a la acción extintiva en algunos casos, aunque esto último lo sea al amparo de otros mecanismos diversos al previsto en el art. 50 LET²⁹.

Con todo, el principal argumento que alimenta el debate en torno a la fundamentación jurídica de la dimisión provocada estatutaria se centra, como se ha dicho, en su primera apertura causal: la modificación sustancial cualificadamente lesiva. Sin perjuicio de la especial problemática planteada a este respecto por la reforma del régimen jurídico de este mecanismo modificativo operada en 1994, de la que se tratará en el capítulo específico dedicado a esta causa justa de dimisión provocada³⁰, baste decir por ahora que para este sector doctrinal en el marco de la resolución contractual ex art. 50 LET operan dos tipos diversos de causas: un incumplimiento contractual en sentido estricto – ex art. 50.1.b), ejemplificativo de la formulación general prevista en su apartado c) – y otras que son más bien defectos de conducta o manifestaciones del ejercicio defectuoso o abusivo de los poderes empresariales – ex art. 50.1.a) –³¹, a la que habría que calificar por ello, más

²⁸ Así sucede en los casos de impago o retrasos en el abono del salario (art. 50.1.b) LET), en los que el trabajador tiene el derecho a instar el cumplimiento mediante la acción de reclamación de cantidad, además del derecho a la acción resolutoria por tal causa. Vid. al respecto, RIOS SALMERON, B. en Comentarios al Estatuto de los Trabajadores (MONTOYA, A., GALIANA, J., SEMPERE A.V.), Aranzadi, 2000, pg. 326

²⁹ El art. 1124 CC toma el contrato de compraventa como modelo implícito de referencia para la regulación de la institución resolutoria, con una marcada influencia, además, de los perfiles propios de la condición resolutoria entroncada en la *lex commissoria*, por lo que su dinámica presenta distorsiones en su aplicación a los contratos de trato sucesivo, como el contrato de trabajo. Vid. al respecto, RODRIGUEZ-PIÑERO Y FERENÁNDEZ LOPEZ: La voluntad del trabajador...cit., pg. 31.

³⁰ Vid. *supra* Parte II, Cap. I.

³¹ MARTÍN VALVERDE- RODRIGUEZ SAÑUDO- GARCÍA MURCIA, Derecho del Trabajo, 9 edic., Tecnos, 2000, pg. 742; RODRIGUEZ-PIÑERO- FERNÁNDEZ LÓPEZ, op. cit., pg.148; VIQUEIRA

apropiadamente, de un “ilícito contractual”. Este último dato entrañaría, pues, la imposibilidad de equiparación de este mecanismo extintivo del contrato de trabajo con la resolución civil o, al menos, la negación de la posibilidad de una construcción dogmática uniforme de la resolución laboral.

Sin embargo, sin negar la modalización operada en la institución resolutoria en su proyección en el ordenamiento laboral, que a la vista de la más reciente reconstrucción interpretativa del art. 50 LET se ve además muy relativizada, no resulta convincente para negar o abundar en la falta de conexión entre ambas figuras – la civil y la laboral – el argumento de que el supuesto de hecho previsto en el apartado a) del art. 50 LET no es propiamente un incumplimiento, lo que determinaría la quiebra de una construcción dogmática uniforme del precepto. Contrariamente y sin cuestionar la teoría del ilícito contractual, resulta más sólida, en mi opinión, la tesis de que dicha conducta constituye, además, un incumplimiento en cuanto que implica una infracción de obligaciones legales básicas del empleador correlativas de derechos del trabajador del mismo carácter (ex art. 4.2.b) y d) LET): el derecho a la formación y promoción profesional en el trabajo y el derecho a la consideración debida a su dignidad³² que, a mayor abundamiento, cuentan, así mismo, con proyección constitucional (arts. 35, 40.2 y 10 CE); obligaciones legales del empleador, pues, que dado el carácter normado del contrato de trabajo se insertan en su contenido, tornándose así, también, en obligaciones contractuales cuya transgresión no puede ser calificada sino de incumplimiento empresarial resolutorio.

PÉREZ, C.: La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador por incumplimiento del empresario, Civitas, Madrid, 1.993, pp. 28 y ss. Aunque la jurisprudencia se decanta mayoritariamente por la tesis de la equiparación unitaria de la resolución laboral con la resolución civil por incumplimiento, algún pronunciamiento de suplicación recepciona la tesis de la dispar naturaleza de las aperturas causales del art. 50 LET, si bien con una contradictoria construcción; vid. al respecto STSJ País Vasco 6-11-2007 (JUR\2008\40279) en la que tras afirmar que la figura es la “*Adaptación, a este concreto contrato, de una regla que, con carácter general, recogen nuestras Leyes para cualquier supuesto de incumplimiento sustancial de las obligaciones convenidas por uno de los contratantes (art. 1124 CC)*”, contradice esta equiparación dogmática al sostener que “*Los incumplimientos empresariales graves no son los únicos supuestos previstos en nuestro ordenamiento jurídico para que el trabajador extinga unilateralmente el contrato de trabajo con derecho a una indemnización de esa cuantía, ya que ha estimado oportuno equiparar al mismo los casos en que el trabajador es objeto de una modificación sustancial de sus condiciones de trabajo, impuesta unilateralmente por su empresario en legítimo ejercicio de las facultades que le reconoce nuestro ordenamiento jurídico, cuando el cambio en cuestión le perjudique en su formación profesional o menoscabe su dignidad (art. 50-1-a ET)*”.

³² En este mismo sentido, DE MIGUEL LORENZO, A.M. op. cit., pg.68; BEJARANO HERNÁNDEZ, A., op. cit., pp.48-50.

Así mismo, se han esgrimido como argumentos contrarios a la vinculación del art. 50 LET y el modelo civil de resolución contractual ex art. 1124 CC la diversidad de ambos institutos en lo relativo al mecanismo o protocolo extintivo y en lo atinente al plano resarcitorio. Atendamos brevemente ahora a estas dos vertientes.

Con respecto a la primera cuestión, se apela a la reinterpretación más reciente del precepto civil que abre paso a la resolución extrajudicial³³, pero no puede desconocerse, sin embargo, que la interpretación jurisprudencial clásica del art. 1124 CC apunta al dominante carácter judicial de la resolución civil – opción por la que también se decanta, aquí expresamente, el legislador laboral al configurar la dimisión provocada a partir de la LCT 1944 y que confirma reiterada jurisprudencia con carácter general³⁴. Por otra parte, deben tenerse en cuenta, además, los matices introducidos en la concepción más rigorista de la naturaleza judicial de la resolución laboral. Así, la doctrina unificada del TS (Social) viene admitiendo, como se sabe, desde tiempo atrás excepciones a la regla general de pervivencia del contrato y consecuente continuidad de la prestación laboral del trabajador hasta la resolución judicial estimatoria de la extinción en situaciones depresivas o vejatorias del trabajador o en otras diversas a éstas en que, en todo caso, tornándose imposible o insoportable la prosecución de la prestación de trabajo se haga imprescindible evitar toda convivencia laboral, en términos que no neutralizan pero si flexibilizan el rigor inherente al carácter judicial de la resolución laboral³⁵; en tales casos, sin que

³³ En este sentido, JORDANO FRAGA, F.: La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria, Madrid, 1992, pp. 38 y 39, si bien advirtiendo de que caso de que sea discutida por la parte incumplidora o bien en caso de que ésta se negara al resarcimiento de los daños reclamados haya de estarse al pronunciamiento judicial firme que de verificar la conformidad a derecho de la resolución tendría meros efectos declarativos. También la jurisprudencia de la Sala 1^a TS contempla la posibilidad de la resolución extrajudicial, vid. SSTS I 05/07/71; 28/02/89 [RJ 1989, 1409] ; y 30/03/92 [RJ 1992, 2308]

³⁴ Vid., entre otras muchas, SSTS 23/06/83 [RJ 1983, 3041] ; 26/11/86 [RJ 1986, 6516] ; y 18/09/89 [RJ 1989, 6455]

³⁵ Vid. SSTS 26-11-86 (RJ 6516); 18-7-1990 (RJ 6425); 23-4-1996 (RJ 3403); 1594); SSTSJ Madrid 27-5-1997 (AS 1594); 20-5-1999 (AS 2542); STSJ Andalucía/Sevilla de 15/2/99 [AS 1999, 943] STS 8-11-2000 (RJ 1419, 2001). En particular, con una interpretación inusualmente amplia de estas excepciones, incluyente de los supuestos de impago de salarios o de menoscabo de la formación profesional del trabajador, vid. SSTS de 18/9/89 (RJ 1989, 6455) – y en similar sentido STS de 18/7/90 (RJ 1990, 6425) – que señalan que «en supuestos en que el incumplimiento contractual del empresario que motiva y justifica la voluntad resolutoria del trabajador se manifiesta mediante el impago total de salarios o en términos que perjudican su dignidad, integridad física o formación profesional o cualesquiera otros también excepcionales que generen situación insoportable, puede el mismo instar dicha resolución sin necesidad de mantenerse en su puesto de trabajo pues tal conducta empresarial justifica una suspensión o incluso interrupción de la relación laboral». En el mismo sentido para un caso de AMT, apelando al

pueda hablarse de una dimisión extrajudicial de efectos constitutivos inmediatos, se daría el reconocimiento al trabajador de un derecho a un cese prematuro de la prestación laboral, esto es, una suerte de *ius resistentiae* frente a la conducta empresarial gravemente atentatoria de derechos de la personalidad o que haga imposible o desproporcionadamente gravosa y por ello insoportable la convivencia laboral³⁶. Por otro lado, y a mayor abundamiento, pese a la general rechazo del derecho de autotutela del trabajador frente al incumplimiento contractual, se viene abriendo paso en la doctrina judicial la tesis de la viabilidad de una dimisión provocada constitutiva en términos técnico-jurídicos, recepcionando la reciente doctrina constitucional de la “autotutela inmediata”³⁷ para los supuestos en que la conducta empresarial justificativa de la extinción contractual ex art. 50 LET comprometa gravemente derechos fundamentales del trabajador³⁸. La argumentación precedente evidencia, pues, la inconsistencia de las pretendidas diferencias entre el art. 1124 CC y la dimisión provocada en lo atinente al protocolo o procedimiento extintivo: en ambos casos la regla general es su operatividad *ope iudicis*, aunque con posibilidad en clave de excepción de la resolución extrajudicial de efectos constitutivos.

Recalemos, por fin, en la disparidad que se alega entre ambas figuras en el plano del resarcimiento. La jurisprudencia unificada interpretativa del art. 50 LET ha venido insistiendo desde mucho tiempo atrás – en contra del criterio mantenido respecto al despido nulo por vulneración de derechos fundamentales – en que tratándose de extinción del contrato por voluntad del trabajador al amparo de aquel precepto, el criterio a mantener es el de

criterio de la “imposibilidad de cumplimiento de la obligación” ex art. 1124 CC, cuando “su ejecución pudiera afectar a los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana del trabajador”, vid. STSJ Madrid 21-1-2008 (AS 947).

³⁶ Sobre la práctica forense relativa al *ius resistentiae* frente a conductas empresariales vulneradoras de derechos fundamentales o discriminatorias, Vid. BAYLOS GRAU, A.: “La autotutela del trabajador frente a extralimitaciones del poder de dirección del empresario”, en: Las limitaciones de los poderes empresariales y las responsabilidades por su utilización ilegítima” (CABEZA PEREIRO, LOUSADA AROCHENA y MOVILLA GARCÍA, coord.), Comares, Granada, 2002, pg. 40-45.

³⁷ Vid. STC 225/2002 de 9 de diciembre, que si bien referida ad casum a la cláusula de conciencia de los profesionales de la información y su alcance como facultad extintiva del contrato de trabajo del periodista para preservar el derecho a libre información, es de incuestionable aplicación análoga al art. 50 LET en supuestos de conculcación de los derechos de la personalidad del trabajador en el marco de la relación laboral.

³⁸ Vdi. SSTSJ Cataluña 10-03-2003, Fj. 5º (AS 2353); Asturias 13-04-2007 FJ. 3º (AS 1938); Madrid 21-01-2008, Fj. 6º (AS 947).

considerar que diversamente al ámbito civil del art. 1124 CC en el que la indemnización resarcitoria de los daños y perjuicios a la parte cumplidora es acordada y determinado su quantum, previa acreditación de los mismos, de forma discrecional por el juez, en la institución laboral la indemnización viene tasada legalmente sin margen alguno para el arbitrio judicial; se afirma, incluso, que a cambio de no requerirse prueba del daño –presumido *iuris et de iure*- la indemnización laboral absorbería todos los daños que pudieran derivar del incumplimiento empresarial³⁹.

Sin embargo la actual doctrina unificada ha matizado, honda aunque parcialmente, este criterio: admite ahora con rotundidad que la indemnización prevista en el art. 50 ET es compatible con otra adicional sólo para los supuestos en que la causa extintiva implique la lesión de derechos fundamentales que, no obstante, no estaría fundamentada en el ordenamiento civil (arts. 1101 y 1124 CC) sino en el art. 180.1 LPL: la ratio decidendi es que la indemnización del art. 50.2 sólo repara el daño vinculado a la pérdida forzada del empleo, mientras la complementaria resarciría los daños colaterales – patrimoniales, biológicos y/o morales – que la lesión del derecho fundamental haya podido ocasionar⁴⁰. Por lo demás, se sostiene que esta indemnización adicional, cuando proceda, será acordada –al igual que en el art. 1124 CC en relación con el art. 1101CC– por el juzgador a su prudente arbitrio, previa acreditación de los elementos objetivos en que se basa esa pretensión resarcitoria, esto es, aportando al menos indicios de la conducta lesiva y de las bases y elementos clave de la indemnización que se reclama⁴¹,

³⁹ La doctrina unificada del TS vigente hasta ahora se resumía en la tesis de que la indemnización del art. 50 LET es tasada, de forma que si se «opta» por la extinción e indemnización establecida en su apartado segundo no puede reclamarse una nueva indemnización con fundamento en los arts. 1101 y 1124 CC (SSTS 03/04/97 [RJ 1997, 3047] -rcud 3455/96-; 11/03/04 [RJ 2004, 3401] -3994/02-, de Sala General; 25/11/04 [RJ 2005, 1058] -rcud 6139/03-; el planteamiento se reitera obiter dicta en la de 07/02/07 [RJ 2007, 2195] -rcud 4842/05-), pues otra solución vulneraría el principio non bis in idem [«conduciría... a sancionar dos veces un mismo hecho e incumplimiento»]

⁴⁰ STS 17/05/06 [RJ 2006, 7176] -rcud 4372/04-) con voto particular que extiende la compatibilidad a los daños causados por cualquier género de incumplimiento empresarial comprometa o no derechos fundamentales; SSTS 20/09/2007 (RJ 8304) y 07/02/07 -rcud 4842/05-, ésta en obiter dicta.

⁴¹ En efecto, el TS considera que “para poder adoptarse el mencionado pronunciamiento condenatorio es de todo punto obligado que, en primer lugar, el demandante alegue adecuadamente en su demanda las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, que justifiquen suficientemente que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto de que se trate, y dando las pertinentes razones que avalen y respalden dicha decisión; y en segundo lugar que queden acreditados, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar una condena de tal clase” [SSTS 22/07/96 [RJ 1996,

si bien, como después se verá, la derogada doctrina jurisprudencial de la “automaticidad de los daños” relativa a tutela judicial de derechos fundamentales vuelve a recobrar vigencia implícitamente a través de la doctrina de suplicación y, recientemente, de la doctrina constitucional.

Han de reconocerse, no obstante, la existencia de cierta diferencia funcional entre ambos institutos, consecuencia de una probable disparidad de lógicas: así, si en este último (art. 1124 CC) el principal objetivo es la garantía del sinalagma contractual y por eso su función primaria es liberatoria y sólo secundariamente resarcitoria a favor del contratante cumplidor⁴², por el contrario, en el art. 50 LET, partiendo de la diversa dinámica del sinalagma funcional en el contrato de trabajo⁴³, la función liberatoria se atenúa para dejar paso a una finalidad inmediata y prevalente: el resarcimiento del perjuicio que al trabajador le ocasiona la pérdida forzada del empleo consecuencia del grave incumplimiento empresarial que torna imposible o desproporcionadamente gravosa la prosecución del contrato, con lo que de forma mediata y secundaria cumple también una función preventivo-punitiva de conductas antijurídicas del empleador equiparables al despido injustificado; el objeto central de la tutela ya no es, pues, el interés del trabajador como acreedor, sino su interés a no perder su puesto de trabajo sin su voluntad y sin concurrir una causa que lo justifique, es decir el interés tutelado se conecta sobre todo a la estabilidad en el empleo⁴⁴. Pero de conformidad a la línea argumental desarrollada previamente, ni siquiera esa matizada divergencia funcional, las particularidades de la causa prevista en el apartado a) del art. 50 LET, las

6381] -rco 7880/95-; 20/01/97 [RJ 1997, 620] -rcud 2059/96-; 02/02/98 [RJ 1998, 1251] -rcud 1725/97-; 09/11/98 [RJ 1998, 8917] -rco 1594/98-; 28/02/00 [RJ 2000, 2242] -rcud 2346/99-; 23/03/00 [RJ 2000, 3121] -rcud 362/99-; 17/01/03 [RJ 2004, 1478] -rcud 3650/01-; 21/07/03 [RJ 2003, 6941] -rcud 4409/02-; 06/04/04 [RJ 2004, 5150] -rco 40/03-] y STS 24/04/07 [RJ 2007, 6371] -rcud 510/06-). El quantum queda, así, al arbitrio judicial, sin perjuicio de que pueda acudir postestativamente y a título orientativo a los módulos relativos al resarcimiento de daños por accidentes de circulación (Anexo introducido por la DA Octava de la Ley 30/1995 [8 /noviembre [RCL 1995, 3046]] en la LRCSCVM [Decreto 632/1968, de 21 /marzo).

⁴² En esta línea argumental, se afirma que el modelo al que responde el art. 1124 CC gira en torno a la situación del acreedor y la satisfacción de sus intereses, vid. RODRIGUEZ-PIÑERO y FERNÁNDEZ LOPEZ, op. cit., pg. 135.

⁴³ Vid. RIVERO LAMAS, J.: “Tipificación y estructura del contrato de trabajo”, ADC, 1972, pg. 175; ZOPPOLI, L.: *L corresponsabilità nel contratto di lavoro*, Nápoles, 1991, pg. 256.

⁴⁴ RODRIGUEZ-PIÑERO/FERNÁNDEZ LOPEZ, op. cit., pg. 136 y 148. MARTÍN VALVERDE-RODRIGUEZ SAÑUDO- GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, 9 edic., Tecnos, 2000, pg. 742; VIQUEIRA PÉREZ, C.: *La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador por incumplimiento del empresario*, Civitas, Madrid, 1.993, pp. 28 y ss.

diferencias de régimen jurídico de ambas instituciones, como se ha visto muy relativizadas por la vigente jurisprudencia interpretativa del dicho precepto, pueden considerarse, ni mucho menos, sustanciales como para justificar la quiebra de una fundamentación jurídica unitaria del art. 50 LET y su entronque en la resolución civil por incumplimiento del art. 1124 CC⁴⁵.

2. ART. 50 Y DESPIDO INDIRECTO

No obstante, los particulares matices de la lógica subyacente en el art. 50 LET, en concreto su ya señalada función preventivo-punitiva de conductas antijurídicas del empleador equiparables al despido injustificado – ya que, intencionalmente o no, provocan la autoexclusión del trabajador –, y el bien jurídico en el que se centra la tutela que dispensa: el derecho al trabajo y la estabilidad en el empleo, ponen de manifiesto la conexión de esta vicisitud extintiva también con la figura del despido indirecto acuñada en el derecho anglosajón⁴⁶.

En este sentido y sin perjuicio de su entronque en la resolución civil por incumplimiento, que creo ha quedado suficientemente acreditada, el art.50 LET se inscribe en el marco de mecanismos jurídicos de protección frente al despido y buena muestra de ello es que la indemnización tasada que se le reconoce al trabajador como compensación de la ruptura contractual (apartado 2) sea, precisamente, la del despido improcedente. Esta conexión no queda desvirtuada por el hecho de que en la dimisión provocada no sea requisito la presencia del elemento subjetivo de intencionalidad del empleador de forzar la autoexclusión, ni tampoco porque aquí la regla general sea la de exigencia de un protocolo o procedimiento judicial, ya que, como en su momento se comentó, también el despido indirecto ha experimentado una evolución en ese mismo sentido: por un lado, la superación progresiva del elemento subjetivo – de la necesaria tendenciosidad de la conducta del empresario, que obligaba al trabajador a la prueba diabólica de que la dimisión no era “voluntaria”, a la objetivación de la misma – e intervención judicial, aunque en este caso, y esto

⁴⁵ En contra, RODRIGUEZ-PIÑERO/FERNÁNDEZ LOPEZ, op. cit., pg. 138.

⁴⁶ Para una construcción dogmática y conceptual del despido indirecto, vid. COGLIOLO: “Forme indirette di licenziamento”, Riv. Imp. Priv., 1927; ALTAVILLA, R.: Le dimisión del lavoratore, Milano, 1987, pp. 20-42; PLA RODRIGUEZ, A.: El despido indirecto, Estudios Kahn Freud, Munich, 1980.

sí supone una modulación relevante respecto a la dimisión provocada de nuestro ordenamiento, lo sea normalmente a posteriori para ponderar el alcance del incumplimiento a efectos indemnizatorios, de modo que la extinción se produce aquí, a diferencia del art. 50, por la sola voluntad del trabajador de efectos constitutivos.

Pero aún aceptando tal simetría con el despido y la figura anglosajona del despido indirecto, desde aquí se postula una denominación de la institución resolutoria del art. 50 LET más neutra y autónoma como la de “dimisión provocada”, en línea con la más clásica doctrina sobre la figura extintiva⁴⁷. Su acierto reside, en mi opinión, en poner el acento en que la voluntad extintiva operante en este caso es la del trabajador y, al mismo tiempo, rompe con la lógica de la dimisión pura o *ad nutum* al enfatizar, con el término “provocada”, su carácter eminentemente causal o inducido por una conducta empresarial gravemente incumplidora de sus obligaciones contractuales que sitúa a la contraparte en una posición forzada de dimisión, aunque “evita que el asalariado quede sin recibir la indemnización propia del despido improcedente o injustificado”⁴⁸.

IV. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INSTITUCIÓN RESOLUTORIA LABORAL. PANORÁMICA GENERAL

1. Las causas justas de resolución ex art. 50.1 LET. La cuestión de la configuración unitaria de las aperturas causales

Ya se comentó, al hilo de la problemática relativa a la fundamentación jurídica, que un significativo sector doctrinal sostiene que en el art. 50 LET operan dos tipos diversos de causas: un incumplimiento contractual en sentido estricto – ex art. 50.1.b), ejemplificativo de lo la formulación general prevista en su apartado c) – y otras que son más bien defectos de conducta o

⁴⁷ BAYON-CHACÓN, G. y PEREZ-BOTIJA, E.: Manual de Derecho del Trabajo, 3ª edic., Madrid, 1962, pp. 542-543, que se refieren a los supuestos de “dimisión provocada” o “despido indirecto por el empresario cuando se rebasa la variable paciencia del trabajador”.

⁴⁸ Esta última argumentación, aunque sin recurrir a la denominación postulada, en STS (ud) 3-4-1997 (RJ 3047).

manifestaciones del ejercicio defectuoso o abusivo de los poderes empresariales – ex art. 50.1.a) –⁴⁹. En este sentido se afirma que la modificación sustancial productora de perjuicio cualificado por la afectación de la formación profesional y/o la dignidad es una causa resolutoria que habría más bien que calificar de “ilícito contractual”, lo cual entrañaría, pues, la imposibilidad de equiparación de este mecanismo extintivo del contrato de trabajo con la resolución civil o, cuando menos, la negación de la posibilidad de una construcción dogmática uniforme de la resolución laboral.

Sin embargo, no puede compartirse la tesis mantenida por esta doctrina consistente en que el factor del cualificado daño individualizado que la medida modificativa ocasiona al trabajador no permite la equiparación de la conducta empresarial con un incumplimiento, porque, como ya se ha dicho, si bien es cierto que con ello se produce una ilicitud sobrevenida de una medida empresarial que pudiera ser lícita *in origine* por cumplimiento de los requisitos legales y convencionales de orden causal y formal⁵⁰, no es menos cierto que además de esa “ilicitud contractual” queda integrado un incumplimiento en cuanto que tal conducta implica una infracción de obligaciones legales básicas del empleador correlativas de derechos del trabajador del mismo carácter (ex art. 4.2.b) y d) LET): el derecho a la formación y promoción profesional en el trabajo y el derecho a la consideración debida a su dignidad⁵¹ que, a mayor abundamiento, cuentan, así mismo, con proyección constitucional (arts. 35, 40.2 y 10 CE). Estas obligaciones legales del empleador se insertan en el

⁴⁹ MARTÍN VALVERDE- RODRIGUEZ SAÑUDO- GARCÍA MURCIA, Derecho del Trabajo, 9 edic., Tecnos, 2000, pg. 742; RODRIGUEZ-PIÑERO- FERNÁNDEZ LÓPEZ, op. cit., pg.148; VIQUEIRA PÉREZ, C.: La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador por incumplimiento del empresario, Civitas, Madrid, 1.993, pp. 28 y ss. Aunque la jurisprudencia se decanta mayoritariamente por la tesis de la equiparación unitaria de la resolución laboral con la resolución civil por incumplimiento, algún pronunciamiento de suplicación recepciona la tesis de la dispar naturaleza de las aperturas causales del art. 50 LET, si bien con una contradictoria construcción; vid. al respecto STSJ País Vasco 6-11-2007 (JUR\2008\40279) en la que tras afirmar que la figura es la “Adaptación, a este concreto contrato, de una regla que, con carácter general, recogen nuestras Leyes para cualquier supuesto de incumplimiento sustancial de las obligaciones convenidas por uno de los contratantes (art. 1124 CC)”, contradice esta equiparación dogmática al sostener que “Los incumplimientos empresariales graves no son los únicos supuestos previstos en nuestro ordenamiento jurídico para que el trabajador extinga unilateralmente el contrato de trabajo con derecho a una indemnización de esa cuantía, ya que ha estimado oportuno **equiparar** al mismo los casos en que el trabajador es objeto de una modificación sustancial de sus condiciones de trabajo, impuesta unilateralmente por su empresario en legítimo ejercicio de las facultades que le reconoce nuestro ordenamiento jurídico, cuando el cambio en cuestión le perjudique en su formación profesional o menoscabe su dignidad (art. 50-1-a ET)”.

⁵⁰ RODRIGUEZ-PIÑERO/FERNÁNDEZ LÓPEZ, op. cit, pg. 159.

⁵¹ En este mismo sentido, DE MIGUEL LORENZO, A.M. op. cit., pg.68; BEJARANO HERNÁNDEZ, A., op. cit., pp.48-50.

contenido del contrato de trabajo dado su carácter normado, tornándose así, también, en obligaciones contractuales cuya transgresión no puede ser calificada sino de incumplimiento contractual de eficacia resolutoria.

Por lo demás, en la Parte II de este trabajo se efectúa un análisis particularizado y detallado de cada una de las aperturas causales o causas justas de la dimisión provocada, al cual nos remitimos.

2. La vertiente procedimental de la dimisión provocada

2.1. Resolución *ope judicis* vs. protocolo dimisivo de autotutela inmediata. Puntos críticos

Ya se ha puesto de manifiesto que conforme al tenor literal del primer inciso del art. 50.1 LET la jurisprudencia viene sosteniendo el carácter judicial de la dimisión provocada estatutaria. De este modo, el trabajador sólo tendría reconocido por el legislador el derecho a “solicitar” una declaración judicial de extinción contractual de efectos constitutivos, lo que comportaría, a su vez, el deber de continuidad de la prestación laboral necesaria para mantener viva la relación de trabajo hasta la sentencia firme⁵². Se rechaza, así, con carácter general –no así para algunas relaciones laborales de carácter especial⁵³ –, que sea la sola voluntad del trabajador fundada en el incumplimiento la que produzca el efecto extintivo del contrato y, por ello, la viabilidad de una dimisión de efectos constitutivos inmediatos, alejándose de este modo, como ya se ha visto, del que había sido el modelo en los antecedentes normativos del

⁵² Vid., entre otras muchas, SSTs 23/06/83 [RJ 1983, 3041] ; 26/11/86 [RJ 1986, 6516] ; 18/09/89 [RJ 1989, 6455] 12-7-89 (RJ 1989, 5461) ; 18/7/90 (RJ 1990, 6425) ; 22/10/96 (RJ 1996, 5878) ; 26/11/96 (RJ 1996, 6516) ; (STS 23/4/96 [RJ 1996, 3403]). En similar sentido las sentencias de ese mismo Tribunal de 24-5-00 (RJ 2000, 4629) y 22-5-00 (RJ 2000, 4623).

⁵³ Es el caso particular de la relación laboral especial de altos cargos, conforme a la previsión del art. 10.1 RDAD 1382/85 en contraste con lo que la doctrina considera distinto mecanismo extintivo del apartado 3 del mismo precepto: en el primer caso, se reconocería un derecho dimisión constitutiva, mientras en el segundo estaríamos ante una resolución judicial equiparable a la del art. 50 LET para el contrato de trabajo común. Vid, en este sentido, FERNÁNDEZ LOPEZ, M.F/ RODRIGUEZ-PIÑERO. M.: “La relación laboral especial del personal de alta dirección y el Real Decreto 1.382/1985», *Relaciones Laborales*, 1988, pg. 212; BORRAJO DACRUZ, E.: “La nueva regulación de la relación especial del personal de alta dirección, *Documentación Laboral*, núm. 17, sept./dic. 1985 pp. 30-31; PRADAS MONTILLA, R.: «La relación laboral especial del personal de alta dirección», *Documentación Laboral*, nº 17 cit., pg. 111.

precepto anteriores a la LCT de 1944 y del representado por la figura del despido indirecto del Derecho anglosajón⁵⁴.

No obstante, la doctrina unificada del TS (Social) viene admitiendo desde tiempo atrás excepciones a la regla general de exigencia de continuidad de la prestación laboral del trabajador hasta la resolución judicial estimatoria de la extinción en situaciones o circunstancias especiales, cuales las situaciones depresivas o vejatorias, o de concurrencia de riesgo físico o agravio a la dignidad del trabajador que hagan imposible la convivencia de las partes o cuando, en general, el abandono del puesto de trabajo se produzca ante la realidad de una situación insoportable que haga imprescindible evitar toda convivencia laboral o la continuidad de la prestación contractual para eludir un mal o riesgo cierto, comprensiva, incluso, de supuestos de impago de salarios, en términos que no neutralizan, desde luego, pero si flexibilizan el rigor inherente al carácter judicial de la resolución laboral⁵⁵. En tales casos, en efecto, no es que se le reconozca al trabajador un derecho de dimisión extrajudicial de efectos constitutivos inmediatos, alternativo al de instar la resolución judicial puesto que la sentencia constitutiva es la que en verdad los produce, sino un *ius resistentiae* expresado aquí en el abandono del puesto de trabajo y de la actividad laboral frente a la conducta empresarial gravemente atentatoria de derechos de la personalidad (dignidad, integridad personal, riesgo para la salud) o que, por otros motivos como el impago de salarios, hagan imposible o insoportable la prosecución de la prestación y la convivencia

⁵⁴ Ya se ha puesto de manifiesto cómo primero la modificación del art. 89.7 de la LCT 1931 por obra de la Ley de 6 de noviembre de 1941 y después la LCT 1944 a través de la interpretación sistemática de sus arts. 78. e) y 81.4, implican la desvirtualización o deformación de la primigenia formulación legal estrictamente dimisiva de la figura optando explícitamente por el necesario protocolo o procedimiento judicial.

⁵⁵ Vid. SSTS 26-11-86 (RJ 6516); 18/9/89 (RJ 1989, 6455); 18-7-1990 (RJ 6425); 23-4-1996 (RJ 3403); 1594); SSTSJ Madrid 27-5-1997 (AS 1594); 20-5-1999 (AS 2542); STSJ Andalucía/Sevilla de 15/2/99 [AS 1999, 943] STS 8-11-2000 (RJ 1419, 2001). En particular, con una interpretación inusualmente amplia de estas excepciones, incluyente de los supuestos de impago de salarios o de menoscabo de la formación profesional del trabajador, vid. SSTS de 18/9/89 (RJ 1989, 6455) – y en similar sentido STS de 18/7/90 (RJ 1990, 6425) – que señalan que «en supuestos en que el incumplimiento contractual del empresario que motiva y justifica la voluntad resolutoria del trabajador se manifiesta mediante el impago total de salarios o en términos que perjudican su dignidad, integridad física o formación profesional o cualesquiera otros también excepcionales que generen situación insoportable, puede el mismo instar dicha resolución sin necesidad de mantenerse en su puesto de trabajo pues tal conducta empresarial justifica una suspensión o incluso interrupción de la relación laboral». En el mismo sentido para un caso de AMT, apelando al criterio de la “imposibilidad de cumplimiento de la obligación” ex art. 1124 CC, cuando “su ejecución pudiera afectar a los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana del trabajador”, vid. STSJ Madrid 21-1-2008 (AS 947).

laboral que, por tanto, no comporta una mutación de la naturaleza del mecanismo extintivo⁵⁶.

Pero pese al general rechazo jurisprudencial a la viabilidad de un derecho de autotutela inmediata del trabajador en el marco del art. 50 LET, el Tribunal Constitucional ha sentado una doctrina que, aunque aplicable en principio *ad casum* para la cláusula de conciencia de los periodistas en relación con la tutela del derecho fundamental a la libertad de información, es perfectamente extrapolable a la dinámica del art. 50 LET cuando opere como mecanismo de respuesta jurídica frente a incumplimientos empresariales lesivos de derechos fundamentales. Para el TC (STC 225/2002 de 9 de diciembre), en efecto, -expuesta ahora su doctrina sobre la “autotutela inmediata” de forma resumida – , la respuesta a la duda interpretativa acerca de la posibilidad de una dimisión extrajudicial de efectos constitutivos inmediatos en el marco del art. 50 LET, alternativa al procedimiento resolutorio judicial clásico, debe darse atendiendo a los intereses que dan vida al derecho o derechos conculcados por la conducta empresarial con el objeto de que resulten real y eficazmente garantizados. Desde esta perspectiva, “la posibilidad de una dimisión previa, con posterior reclamación judicial de la indemnización (...) «no es sólo una cuestión procedimental o accesoria sino que afecta decisivamente al *contenido del derecho*, tal como deriva de los caracteres que la doctrina constitucional le viene reconociendo». Conforme a ello y teniendo en cuenta que en este contexto “la única realidad relevante (...) radica en que no puede padecer el derecho fundamental...”, se acepta la viabilidad de este protocolo extintivo dimisivo en clave opcional con el tradicional de carácter judicial, al que puede recurrirse si el trabajador prefiere obviar la incertidumbre de que el juzgador no aprecie el incumplimiento lesivo alegado y ello aboque en la pérdida del empleo y de la indemnización.

Dicho en otras palabras, el TC rechaza la imposición de un único procedimiento extintivo judicial de naturaleza heterocompositiva que obligue al trabajador a mantener viva la relación laboral, forzando así la prestación de

⁵⁶ Vid. STS de 18 de septiembre de 1989 [RJ 1989, 6455) y con cita de ésta STSJ Madrid 3-12-2007 (JUR 55731) para la que “Naturalmente que ello (la suspensión de la prestación laboral) no impediría que la extinción de la relación laboral deba fijarse a todos los efectos -por ejemplo, cómputo del tiempo de antigüedad o reconocimiento de la prestación de desempleo- en la fecha en que la sentencia resolutoria gane firmeza, al tener dicha sentencia carácter constitutivo”.

trabajo durante la tramitación del proceso en el que se ventile la vulneración de un derecho fundamental imputable al empresario hasta que se dicte la sentencia constitutiva, ya que ello implicaría amparar, aunque sea transitoriamente, la lesión de dicho derecho por parte del empleador. Desde este punto de vista, pues, este criterio debe ser, en mi opinión, el de referencia en la reformulación *lege ferenda* del art. 50 LET o, al menos, en su reconstrucción vía interpretativa, para su depuración constitucional cuando en la dimisión provocada se ventilen derechos fundamentales del trabajador en sentido amplio, esto es, tanto lo sean en un sentido técnico jurídico (derechos a la igualdad, integridad física y moral, honor, intimidad y a la propia imagen) , cuanto los que lo sean en un sentido jurídico material (derecho al trabajo, a la salud). Por otra parte, la tesis de que el art. 50 ET debe atribuir al trabajador la facultad opcional de extinguir extrajudicialmente la relación laboral reconociéndole un derecho de autotutela inmediata ante el incumplimiento empresarial⁵⁷, permite retrotraer esta figura extintiva a los perfiles propios de su antecedentes normativos, pasando así de una dimisión provocada meramente “propuesta” al órgano judicial hasta una dimisión provocada directa o de efectos constitutivos inmediatos que sólo sería revisable judicialmente *ex post* si es objeto de impugnación por parte del empleador cuando alegue la inexistencia del incumplimiento, o a instancia del trabajador en el caso de que el empleador se negare al pago indemnizatorio.

Con todo, la solución de la vía de la autotutela inmediata plantea algunas cuestiones de orden formal que conviene al menos apuntar. La primera de ellas se refiere a si admitida la resolución extrajudicial o, como se ha propuesto, la dimisión provocada directa, ésta debería someterse a ciertos requisitos formales. Pese a la inexpresividad al respecto tanto del art. 50 ET cuanto del propio art 1.124 CC en coherencia, éste último, con el antiformalismo tradicional del Derecho civil, así como al silencio al respecto de la doctrina constitucional de referencia, ha de entenderse que sería precisa una, al menos mínima, “formalización” de la voluntad extintiva por parte del trabajador. En

⁵⁷ En perfecta simetría con el "reconocimiento jurídico de poderes extraordinarios de autodefensa" al empleador frente a presuntos incumplimientos contractuales del trabajador en el supuesto de despido disciplinario tal y como reconocen MONERÉO PÉREZ, J.L.- MORENO VIDA, M.N.: "Forma y procedimientos del despido disciplinario", Comentarios a las Leyes Laborales. La Reforma del Estatuto de los Trabajadores, T.II, Edersa, 1994, pp.311 y 312.

efecto, en simetría con las exigencias formales del despido (art. 55.1 ET) en cuanto que resolución contractual basada en un incumplimiento contractual del trabajador, la dimisión provocada directa o extrajudicial, fundada en un incumplimiento contractual del empleador, debería ser también un acto formal y recepticio: es decir notificado por escrito al empresario haciéndose constar los hechos y causas que lo motivan y la fecha de sus efectos⁵⁸, preservándose así los principios de seguridad jurídica e interdicción de la indefensión, que de otro modo podrían quedar vulnerados. Cabe incluso apelar al formalismo propio de la dimisión ad nutum ex art. 49. d) LET.

La segunda de las cuestiones a las que antes se aludía, se refiere a los efectos que deban derivarse de esta dimisión causal notificada en orden a una eventual acción posterior del trabajador derivada de la negativa empresarial a hacer efectivo el pago de la indemnización correspondiente y dirigida a que el juzgador declare el derecho de aquél al resarcimiento monetario. Sin entrar ahora en el debate, de contornos más procesales, en torno a cuál debe ser el plazo de ejercicio no ya de la acción resolutoria, sino de esta acción declarativa de la resolución operada directamente por el trabajador, entendemos que sería el plazo general señalado en el art. 59.1 ET para las acciones derivadas del contrato de trabajo: un año de prescripción. Pues bien, la notificación al empleador de la resolución causal operada por el trabajador que anteriormente se apuntaba, tendría efectos interruptivos de la prescripción a que está sometido el plazo para accionar⁵⁹.

Volviendo al eje de esta argumentación, ha de afirmarse que tanto las excepciones jurisprudenciales a la regla de la continuidad de la prestación (*ius resistentiae*) en el marco de la resolución judicial, cuanto la proyección de la teoría de la autotutela inmediata a la dinámica del art. 50 LET plantean otros muchos y trascendentes problemas aplicativos que los de orden formal señalados. Así, en el primer caso, se suscita la cuestión de la naturaleza de ese periodo de inactividad laboral que se mantiene hasta la firmeza de la

⁵⁸ En este sentido y en lo referente a los medios de notificación de la decisión extintiva, conviene hacer notar que algún pronunciamiento judicial ya ha admitido la conformidad a ley de la notificación de dimisión al empresario a través del correo electrónico sin bien en un supuesto de relación laboral especial de alta dirección en donde la norma específica aplicable no exige formalidades concretas, Cfr. STSJ Madrid 13-3-2001, cit.

⁵⁹ Sobre la interrupción de la prescripción, vid., por todos, OROZCO PARDO, G.: De la prescripción extintiva y su interrupción en el Derecho Civil.", Comares, Granada, 1993.

sentencia constitutiva que declare extinguido el contrato e, incluso, su calificación de ser esta sentencia desestimatoria de la pretensión extintiva por entender que no se ha dado el incumplimiento empresarial alegado. En definitiva, la cuestión a dilucidar reside en si de la aplicación de estas excepciones devendría una transformación sobrevenida de la figura resolutoria que perdería su carácter judicial para volverse una dimisión constitutiva o, por el contrario, si la naturaleza judicial del mecanismo extintivo permanece inalterado.

También punto crítico es el que supone el “peligroso factor de incertidumbre” que, parafraseando al propio TC, se introduce en los supuestos en que admitida una dimisión constitutiva previa a la acción de resarcimiento en supuestos de afectación de derechos fundamentales del trabajador, el juzgador no aprecie en esta posterior acción el incumplimiento empresarial merecedor de la extinción indemnizada, lo que abocará en el reconocimiento de una ruptura contractual *ad nutum* o dimisión simple del trabajador no indemnizada, o de faltas de asistencia injustificadas causa de despido o, en el peor de los casos, de un supuesto de abandono con la consecuente responsabilidad indemnizatoria frente al empleador por haberse efectuado dicha ruptura de forma intempestiva o sin preaviso, es decir, el trabajador se vería a abocado a la pérdida inexorable del empleo sin indemnización y expuesto, incluso, a una eventual acción de responsabilidad por daños y perjuicios del empresario

En cuanto al derecho al cese prematuro de la prestación (*ius resistendae*) reconocido jurisprudencialmente al trabajador en los supuestos excepcionales antes mencionados en que el incumplimiento empresarial resolutorio genera situaciones que tornan imposible o insoportable la prosecución de la prestación laboral, se ha especulado en la doctrina acerca de si en tales supuestos se produciría una transformación del mecanismo extintivo que comporte un cambio de calificación jurídica del mismo, esto es, si la inexecución de dicha prestación abocaría a que lo que *prima facie* habría de ser una resolución judicial deje de serlo para convertirse en una dimisión “extraordinaria” de efectos constitutivos inmediatos⁶⁰. Sin embargo, la doctrina jurisprudencial al

⁶⁰ Esta es la tesis sostenida por RODRIGUEZ-PIÑERO/FERNÁNDEZ LÓPEZ, La voluntad del trabajador..., cit., pg. 117.

respecto deja claro que esa transformación habría de depender en su caso no tanto de la ejecución o inejecución de la prestación de trabajo, sino de la pervivencia o no de la relación laboral a consecuencia de dicha inejecución. Por consiguiente, si a resultas de la valoración judicial posterior – en el contexto del procedimiento judicial resolutorio – se considera justificada la medida adoptada unilateralmente por el trabajador la relación laboral seguiría viva hasta la sentencia, de modo que sólo cuando de la ponderación judicial del cese prematuro éste se califique de injustificado habría una ruptura anticipada del vínculo y podría hablarse de una transformación del mecanismo extintivo, pero en ninguna de las dos hipótesis cabría sostener la existencia de una dimisión extraordinaria causal constitutiva, en el sentido apuntado por esta doctrina. En la primera hipótesis, porque no hay ruptura alguna previa del contrato por voluntad del trabajador en el momento del abandono del puesto de trabajo: sigue siendo la sentencia constitutiva el título que produce el efecto extintivo (e indemnizatorio), es decir sigue operando una resolución judicial del contrato, tal y como lo confirma la doctrina de suplicación explícitamente que, en consecuencia, difiere al momento de la sentencia la fecha de cómputo de la antigüedad del trabajador a efectos de determinación de la indemnización y de la situación legal de desempleo ⁶¹. En la segunda hipótesis, sí que se produciría una transformación del mecanismo extintivo, pero tampoco aquí podríamos hablar de una dimisión extraordinaria, sino en todo caso de una mera dimisión simple o *ad nutum* o de un abandono desde la fecha de la inejecución de la prestación por parte del trabajador sin efectos indemnizatorios en ninguno de los casos.

Así las cosas, aflora el segundo problema interpretativo que atañe a la primera de las hipótesis barajadas: la calificación del lapso temporal durante el cual, vigente el contrato, no se desempeñó el trabajo objeto del mismo hasta la fecha de la sentencia constitutiva. En este sentido existen pronunciamientos del TS en los que se admite la viabilidad de una suspensión e, incluso de una

⁶¹ STSJ Madrid 3-12-2007 (JUR 55731) para un supuesto de cese prematuro de la prestación laboral por decisión del trabajador: “Naturalmente que ello (el cese prematuro en calidad de suspensión o mera interrupción de la prestación) no impediría que la extinción de la relación laboral deba fijarse a todos los efectos -por ejemplo, cómputo del tiempo de antigüedad o reconocimiento de la prestación de desempleo- en la fecha en que la sentencia resolutoria gane firmeza, al tener dicha sentencia carácter constitutivo”.

interrupción de la prestación laboral⁶², si bien la decisión unilateral del trabajador carece de efectos constitutivos suspensivos o interruptivos ya que la calificación jurídica del cese corresponderá efectuarla en puridad al juzgador que a posteriori, con ocasión del enjuiciamiento del incumplimiento empresarial alegado por el trabajador, considere la decisión del trabajador justificada y la califique previa ponderación de las circunstancias concurrentes. En aplicación de tal criterio jurisprudencial alguna doctrina de suplicación viene aceptando, en efecto, esta solución admitiendo expresamente que la decisión suspensiva adoptada por el trabajador que insta la resolución no requiere de autorización previa del Tribunal, es decir puede ser en principio unilateral, si bien advirtiendo de que, no obstante, se asume el riesgo de que las circunstancias excepcionales que le llevan a adoptar la misma no sean apreciadas o valoradas así por el Juez que es el que a posteriori debe declararla justificada al hilo del enjuiciamiento del incumplimiento o, en otro caso, estimar que tal medida fue constitutiva de una previa ruptura del contrato por voluntad del trabajador o presupuesto de despido disciplinario⁶³.

Pero es que aparte del problema de la incertidumbre o inseguridad jurídicas que genera este escenario – ya que, como se ha dicho, el juicio acerca de la corrección de la medida de suspensión se difiere a un momento ulterior y se supedita al criterio subjetivo del juzgador de instancia –, subyace también el

⁶² SSTSud de 18/9/89 (RJ 1989, 6455) – y en similar sentido STS de 18/7/90 (RJ 1990, 6425) para las que «en supuestos en que el incumplimiento contractual del empresario que motiva y justifica la voluntad resolutoria del trabajador se manifiesta mediante el impago total de salarios o en términos que perjudican su dignidad, integridad física o formación profesional o cualesquiera otros también excepcionales que generen situación insoportable, puede el mismo instar dicha resolución sin necesidad de mantenerse en su puesto de trabajo pues *tal conducta empresarial justifica una suspensión o incluso interrupción de la relación laboral*»

⁶³ SSTSJ Comunidad Valenciana 16 de enero del 2003 (AS 2003, 824) y 20-01-2006 (AS 874) para las que «La valoración de dichas circunstancias, como causas de suspensión, no exigen, como razona la sentencia de la instancia, la previa autorización del tribunal que conoce de la extinción, si bien ello sería exigible en los casos en que se pretenda mantener el cobro del salario, pues puede el propio trabajador, ateniéndose a las consecuencias que pudieran resultar, estimar que el mantenimiento de su prestación es insostenible y suspender la misma, incluyéndose también, si la sentencia expresamente lo recoge, el cobro del salario. En estos supuestos solo la valoración posterior del juez que conoce de la extinción sobre los hechos motivadores de la suspensión puede determinar, bien la justificación de su decisión suspensiva o bien la existencia de una dimisión o de una ausencia que justifique un posterior despido disciplinario (...), aunque es evidente que dicha valoración puede resultar teñida de subjetivismo por lo actuado en el propio proceso de rescisión, además de reñida con la seguridad jurídica, pues solo con la sentencia que se pronuncie sobre la extinción es posible analizar si concurrían o no las causas de justificación alegadas...». También la STSJ 20-1-2006 (AS 874) califica de suspensión el cese prematuro de la prestación de trabajo por impago prolongado del salario. En el mismo sentido reconociendo el derecho a una suspensión previa, aunque obiter dicta, vid. SSTSJ Cataluña 10-02-2003 (AS 2353); 27-5-2005 (AS 1907) y 20-6-2005 (AS 1606).

problema técnico de la ausencia de apertura causal ad hoc dentro del listado legal de causas de suspensión contractuales (ex art. 45.1 LET) en la que pudieran subsumirse las circunstancias excepcionales presupuesto del cese anticipado de la prestación, además del carácter tasado de las mismas que determinan el derecho del trabajador a la percepción de las prestaciones por desempleo que paliara la pérdida de rentas salariales durante su duración de la suspensión del contrato. En estado de cosas, lo mejor sería apelar a una previsión expresa, *lege ferenda*, de una causa suspensiva específica relativa a los supuestos de indicios razonables de situaciones vejatorias, de riesgo cierto para la salud y dignidad del trabajador o de grave ilegalidad manifiesta del empleador, bien en el propio art. 45 LET, o bien en el art. 50 LET.

Como alternativa a la suspensión del contrato, una figura más acorde con los intereses del trabajador afectado por el incumplimiento sería la de la interrupción de la prestación por causa imputable a la empresa (ex art. 30 LET), ya que con ella se salvaguardaría al menos sus derechos económicos durante la tramitación del procedimiento resolutorio. Esta última solución postulada por alguna doctrina⁶⁴, viene siendo rechazada con carácter general por el TS en relación con el art. 50 LET desde tiempo atrás al entender que el cese de la actividad laboral responde aquí a la voluntad del trabajador y no a un impedimento empresarial⁶⁵, lo que no ha impedido que sea admitida *obiter dicta* por algunos pronunciamientos de suplicación si bien apelando en este caso al criterio de la "imposibilidad de cumplimiento" de la obligación a que se refiere el artículo 1.124 del CC en lugar de al art. 30 LET⁶⁶

En todo caso, cualquiera que fuese el resorte utilizado para dar cobertura jurídica al periodo de inactividad laboral – suspensión o interrupción retribuida – subsiste la cuestión de la inseguridad jurídica comentada, también señalada por el TC al formular su doctrina de la “autotutela inmediata” para los supuestos de dimisión extraordinaria constituida por vulneración de derechos fundamentales, que viene dada por la incertidumbre de estar a la valoración y

⁶⁴ FERNANDEZ COSTALES, J.: La imposibilidad de la prestación de servicios del trabajador por causas imputables al empresario, Secretariado Publicaciones, Universidad de León, 2003, pg. 125; GARCÍA RODRIGUEZ, B. y MARTINEZ MORENO, C.: “La tutela jurisdiccional frente al acoso laboral. Una aproximación al estado de la cuestión”, en Acoso Moral en el Trabajo (CORREA CARRASCO, coord.), THOMSON-ARANZADI, 2006, pg. 223.

⁶⁵ STS 27-11-1989 (RJ 8265).

⁶⁶ Vid., al respecto, STSJ Madrid 21-01-2008 (AS 947), Fj. 6º.

calificación que de ellas (cese prematuro o dimisión constitutiva) haga a posteriori el Juez que conozca de la pretensión extintiva, por lo que probablemente lo más recomendable en estos casos sería acudir a la institución cautelar bien con fundamento jurídico- procesal en la aplicación supletoria del art. 727.11 LEC ⁶⁷, bien en el art. 178.1 LPL de invocarse afectación de derechos fundamentales, de conformidad aquí con la tesis integrativa o de exportación de las garantías procesales de la modalidad de tutela a los procedimientos extintivos –entre ellos el resolutorio – previstos en el art. 182 LPL ⁶⁸.

Este podría ser, en efecto, un buen remedio para evitar este indeseable margen de inseguridad jurídica que abre la decisión unilateral de cese prematuro de la prestación laboral por parte del trabajador, aunque no puede ocultarse el hecho de que ambas soluciones interpretativas – el apoyo en el art. 727. 11^a LEC o 178.1 LPL – plantean dificultades de orden técnico-jurídico.

En lo concerniente a la primera solución interpretativa, no parece que haya obstáculo alguno para la aplicación supletoria de la LEC, a falta de una regulación específica de la institución cautelar para esta materia en la legislación procesal laboral. Teniendo en cuenta, pues, la finalidad de esta figura, que no es tanto asegurar la ejecución de la sentencia cuanto el aseguramiento de su efectividad, quedando así vinculada al derecho a la tutela judicial efectiva, su operatividad se torna trascendental en el ámbito laboral donde el principio de protección o tuitivo del trabajador debe abocar a una interpretación lo más amplia posible a favor del derecho procesal de cautela del

⁶⁷ Vid. esta explícita sugerencia en STSJ Comunidad Valenciana 20-01-2006 cit: “Seguramente sería más seguro (sic) que la defensa de tales accionantes solicitase la suspensión del contrato de trabajo como medida cautelar del art. 727 (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) que en su apartado 11^a prevé, con carácter abierto, la posibilidad de adoptar «aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las Leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que recayese en el juicio», pero, aparte de las reticencias que tales pretensiones pudieran suscitar dado que éstas se adoptarían ante una demanda o papeleta, que difícilmente podría injustificar el incumplimiento que aquí se analiza, nada impide que una vez dictada sentencia, que debe entrar a conocer de la pretensión resolutoria, se analice, a la vista de las pruebas practicadas en el juicio, ya en sentencia, establecer si la conducta de abandono o cesación en el trabajo se hallaba o no justificada”.

⁶⁸ Para la doctrina constitucional integrativa, vid. SSTC 257/2000 y 10/2001, recepcionada por el TS: SSTSud 593/2001 y 8304/2007. Por la doctrina vid. MOLINA NAVARRETE, C.: La tutela judicial frente al acoso moral en el trabajo, cit., pg. 16 y NAVARRO NIETO, F.: La tutela jurídica ..., cit., pg. 183..

trabajador⁶⁹, sobre todo en el marco del procedimiento donde se ventilan incumplimientos empresariales graves vulneradores de derechos básicos del mismo. No obstante, el primer y principal escollo a la aplicación supletoria postulada lo respresenta la limitación objetiva de la institución cautelar ex art. 727 LEC incluyente de las sentencias de condena y excluyente de las declarativas y constitutivas, lo que haría inviable su implementación respecto a la que resuelve el procedimiento resolutorio, como se sabe de carácter constitutivo. Sin embargo, la doctrina procesalista más autorizada salva este obstáculo conviniendo que, desde una interpretación teleológica, la cautela ex art. 727 LEC debe entenderse viable también para las sentencias declarativas y constitutivas, por cuanto la institución no persigue sólo, como se ha dicho, asegurar la ejecución de la sentencia, sino además y sobre todo su plena efectividad (art. 726.1 LEC)⁷⁰. Conforme a ello y teniendo en cuenta los particulares perfiles de la acción resolutoria cuando concurren las circunstancias especiales que justificarían la no prosecución de la prestación de servicios –en particular, cuando se trate de situaciones vejatorias, atentatorias contra la dignidad, la integridad física o psíquica del trabajador o, en general, derechos de la personalidad –, se trataría de recabar medidas innovativas o anticipatorias de los efectos de un ulterior fallo estimatorio favorable al trabajador, teniendo en cuenta, además, que en estos casos la duración del proceso puede producir perjuicios que resten efectividad a la sentencia⁷¹. Es decir, reconociendo que en el procedimiento resolutorio el efecto de la estimación de la pretensión del trabajador, esto es la extinción contractual indemnizada, no se vería impedida por la ausencia de medidas cautelares, no ha de perderse de vista que no es esa la finalidad que aquí se busca satisfacer sino evitar que las circunstancias o situaciones que se

⁶⁹ BLASCO PELLICER, A.: “Proceso Laboral y efectividad judicial”, RDS, nº 12, 2000, pg. 62.

⁷⁰ Vid. en este sentido, con carácter general, MONTERO AROCA J.: Introducción al proceso laboral, MARCIAL PONS, 2000, pp. 444-445; BLASCO PELLICER, A.: “Proceso laboral y efectividad judicial”, RDS, nº 12, 2000, pg. 65; ARAMENDI SANCHEZ, P.: “Acoso moral: su tipificación jurídica y su tutela judicial”, AS, nº 2, 2002, pg. 17.

⁷¹ En contraposición a las medidas cautelares meramente conservativas, que tienden a mantener inalterado el estado de cosas previo al proceso, las innovativas o anticipatorias modifican tal estado precisamente para adelantar algunos de los efectos de la futura sentencia cuando ello sea el único modo de asegurar la efectividad del fallo del proceso. En este sentido, vid. BLASCO PELLICER, A., op. cit., pg. 66, que con acierto afirma que de lo contrario se privaría de utilidad práctica al precepto (art. 727,11ª LEC) ya que las medidas cautelares sirven en gran medida a supuestos en que la solución fáctica ha quedado alterada por la actitud de una de las partes.

produzcan durante la pendencia del proceso – la persistencia de la vulneración de derechos alegada – puedan hacer perder efectividad al fallo estimatorio de la pretensión y con ello a la tutela judicial del trabajador.

En cualquier caso, no pueden desconocerse, por otro lado, las reticencias que a priori pueda suscitar al juzgador de instancia que haya de conocer de la pretensión extintiva la adopción de medida cautelar de este tipo – suspensión o interrupción retribuida de la relación laboral durante la tramitación del proceso – sólo con el endeble soporte de los indicios del grave deterioro de la convivencia laboral que puedan aportarse en la demanda resolutoria. Cabe, no obstante, argüir en contrario que pese a que las citadas medidas cautelares correspondería adoptarlas al inicio del proceso en base a la mera aportación de indicios o principios de prueba de el grave deterioro de la situación que sufre el trabajador en la empresa, este requisito debiera entenderse cumplido a base de todas las circunstancias referidas en el relato fáctico de la demanda resolutoria del trabajador que, ponderadas por el juzgador de instancia, pueden llevarle a formarse un juicio positivo acerca de su probabilidad y verosimilitud⁷².

En lo concerniente a la segunda vía de implementación de medidas cautelares en el procedimiento resolutorio –ex art. 178 LPL –, resulta, así mismo, técnicamente problemática teniendo en cuenta el ámbito restrictivo que a la medida cautelar de suspensión le otorga el art. 178.1 LPL en el marco del procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales. Un inconveniente nada desdeñable, si bien podría verse atemperado a la luz de la doctrina constitucional acerca del instituto cautelar⁷³, según la cual las medidas cautelares forman parte del contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y, por consiguiente, deben ser adoptadas por el juzgador cuando estime que la duración del proceso puede provocar daños de imposible o difícil reparación, así como en caso de que se tenga la certeza o la fundada sospecha de que su denegación supondrá el quebranto de la tutela judicial a la que el demandante pueda tener derecho⁷⁴.

⁷² En este sentido, para los supuestos de AMT, aunque extensibles a otros supuestos de afectación de derechos fundamentales vinculados a la dignidad e integridad personal del trabajador, vid. NAVARRO NIETO, F.: La tutela jurídica del acoso moral laboral, cit., pg. 150.

⁷³ STC 14/92 de 10-2.

⁷⁴ Vid. GONZALEZ DE PATTO, R.M.: “La resolución del contrato a instancia del trabajador..”, cit., pg. 172.

Sin embargo, la doctrina de suplicación, con alguna contada excepción en supuestos de acoso moral en el trabajo (AMT)⁷⁵, se muestra reacia a recepcionar esta línea argumental –sin embargo mayoritaria en la doctrina científica para supuestos de afectación de derechos fundamentales en el marco del incumplimiento resolutorio – acogiéndose a una rigorista interpretación funcional del instituto cautelar en el marco del procedimiento resolutorio según la cual el objeto de la pretensión - aquí, la extinción contractual indemnizada -, no se vería impedida o dificultada durante la pendencia del proceso ni con un eventual recurso⁷⁶. Es decir, se hace prevalecer, en mi opinión reprochablemente, un aspecto puramente formalista, cual es la finalidad procesal de la institución cautelar, en detrimento de otro de orden material y de mayor calado: el servicio a la lógica que, desde la perspectiva constitucional, debe primar en el marco de la resolución contractual en la que se ventile la protección de derechos fundamentales o, más genéricamente, derechos de la personalidad del trabajador aunque estén desprovistos del valor jurídico-formal de derechos fundamentales: superar “las limitaciones que lo hagan impracticable, lo dificulten más allá de lo razonable o lo despojen de efectiva protección”⁷⁷.

Pero el carácter generalmente judicial de la dimisión provocada y los efectos constitutivos de la sentencia que lo resuelve tiene consecuencias no sólo en el lapso que media entre la interposición de la demanda resolutoria y la sentencia de instancia estimatoria, sino durante toda la pendencia del proceso hasta la fecha en que recaiga sentencia firme tras la formulación de un eventual recurso por parte del empleador, de modo que aun estimada la pretensión extintiva y disuelto formalmente el vínculo entre la partes del contrato, el trabajador no queda sin embargo materialmente exonerado del cumplimiento de su obligación de prestación laboral, dado que si a resultados del recurso la sentencia de instancia queda revocada y la sentencia firme es desestimatoria de su acción, la falta de prosecución de la prestación de trabajo determinaría que la extinción se entendiera producida desde la fecha del cese

⁷⁵ STSJ Cataluña 10-02-2003 (AS 23 53), con suspensión cautelar de la relación laboral; Auto JS nº 4 Sevilla 1-8-2002 (AS 3025), con medidas cautelares de alejamiento de la trabajadora del supuesto acosador mediante un traslado provisional de centro de trabajo por la vía del art. 727.11 LEC.

⁷⁶ Auto STSJ Cantabria 12-1-2006 (JUR 41353)

⁷⁷ STC 225/2002, cit.

por su propia voluntad (dimisión simple) o bien entender que tal conducta sería justificativa de despido. En efecto, tras una inicial contradicción de criterios judiciales a este respecto, el TS unificó doctrina decantándose por la solución defendida por la postura minoritaria de suplicación y la menos favorable para el trabajador: la obligación de mantener la prestación regular de sus servicios persiste hasta que recaiga sentencia extintiva firme del procedimiento resolutorio, al entender que a la luz no sólo de atribuido carácter constitutivo de la sentencia resolutoria, sino también de las previsiones de la LEC y de la LOPJ acerca de que no es la sentencia definitiva sino la firme la que pone fin a los procesos⁷⁸.

En este escenario que agrava, si cabe aun más, la situación que ha de soportar el trabajador en el periodo de espera de la sentencia de instancia, sobre todo en el marco de determinados incumplimientos empresariales, ha hecho plantearse a la doctrina la viabilidad de la ejecución provisional de la sentencia de instancia estimatoria de la extinción. Aunque un significativo sector doctrinal se ha pronunciado en contra de esta posibilidad, al igual que la doctrina judicial mayoritaria⁷⁹, desde tiempo atrás otro sector doctrinal viene explorando soluciones interpretativas en la materia en relación con la acción resolutoria en la que se invoquen derechos fundamentales apelando a la aplicación supletoria de la LEC (arts. 524 y ss), aun con dudas dada la dificultad de conjugar el carácter constitutivo de la sentencia extintiva del procedimiento resolutorio y la previsión del art. 521.1 LEC que limita la ejecución provisional a las sentencias de condena, excluyendo a las declarativas y constitutivas⁸⁰.

En efecto, ante la ausencia de previsión específica alguna en la LPL, al amparo de la remisión efectuada a la LEC por parte del art. 303 LPL – según el cual “las sentencias favorables al trabajador o beneficiario que no puedan ser ejecutadas provisionalmente conforme a esta Ley podrán serlo en la forma y

⁷⁸ SSTs ud 23-04-1996 (RJ 5878), 26-11-1986 (RJ 6516) y 8-11-2000 (RJ 1419)

⁷⁹ VIQUEIRA PEREZ, C.: La resolución del contrato..., cit., pp. 120 y ss.; DE MIGUEL LORENZO, A.: La extinción causal del contrato ... cit., pg. 124 y ss.; DURAN LOPEZ, F.: “Resolución del contrato de trabajo...”, cit., pg. 376 y ss. En la jurisprudencia, vid. STS 3-6-1988 (RJ 5210) y abundante doctrina de suplicación. Se alega, para ello, que la ejecución provisional de sentencias extintivas en el proceso laboral se circunscribe a las de despido favorables al trabajador ex art. 295 LPL.

⁸⁰ Vid. ARAMENDI SANCHEZ, P.: “Acoso moral...”, cit., pp. 71-73; GONZALEZ DE PATTO, R.M.: “La resolución del contrato...”, cit. pg. 173; SERRANO OLIVARES, R.: El acoso moral..., cit., pg. 192-193; GIMENO LAHOZ, R.: La presión laboral tendenciosa..., cit., pg. 241.

condiciones establecidas en la legislación procesal civil” -, una de las posibles vías para la ejecución de la sentencia que estime en instancia la resolución contractual por lesión de derechos fundamentales sería la aplicación supletoria del régimen de la ejecución provisional civil ex arts. 524 y ss LEC. No obstante queda el ya citado escollo representado por el art. 521 LEC que restringe considerablemente el ámbito de las resoluciones ejecutables dejando al margen las declarativas y constitutivas, carácter que ostenta la que resuelve el procedimiento resolutorio. Conforme a esta restricción, la doctrina ha señalado que, puesto que la sentencia ex art. 50 LET tiene un contenido mixto, en este caso sólo podría recabarse la ejecución de los pronunciamientos de condena contenidos en la sentencia al amparo del art. 521.3 LEC – señaladamente la condena al pago de la indemnización -, pero la misma solución resulta muy forzada respecto al pronunciamiento constitutivo de extinción de la relación laboral, que es la que ahora interesa cara a fundamentar el cese de la prestación de trabajo del trabajador postulante de la resolución⁸¹. Algunos autores, no obstante, apelan al argumento de que el pronunciamiento constitutivo de la sentencia también comprende un contenido de condena que lleva aparejado obligaciones de hacer y no hacer para las partes, señaladamente aquí el cese de sus obligaciones recíprocas, lo que para el trabajador implica el cese de la prestación de servicios que, desde este enfoque, sería ejecutable⁸². Con todo, bajo mi punto de vista, resulta un fundamento excesivamente forzado probablemente porque, como se ha advertido, la óptica de la ejecución provisional de la LEC no termina de encajar en el esquema del art. 50 LET, máxime cuando sea la vía utilizada para extinguir el contrato frente a vulneración de derechos fundamentales⁸³.

Por esta razón, quizá el mejor fundamento para despachar la ejecución provisional de la sentencia de instancia estimatoria de la extinción en la que se invoquen derechos fundamentales, con suspensión de la relación laboral mientras se sustancie el recurso, haya que buscarlo en el art. 301 LPL que,

⁸¹ GIMENO LAHOZ, R., op. cit., pg. 241, que subraya, en relación con el AMT, que aparte de la dificultad de compatimentalizar la ejecución diversificando los pronunciamientos, está la poca utilidad práctica que el adelanto de la indemnización supone a la víctima de AMT –máxime si ser firme la sentencia-, frente a la ventaja que le reporta la anticipación de la ruptura de la relación laboral y con ella quedar eximido de su obligación de trabajo.

⁸² En este sentido, ARAMENDI SÁNCHEZ, P., op. cit., pg.75 y NAVARRO NIETO, F.: La tutela jurídica frente al acoso...”, cit., pg. 196.

⁸³ GIMENO LAHOZ, R., op. cit., pg. 241.

como se sabe, prevé la ejecución provisional de las sentencias recaídas en el proceso especial de tutela; ejecutividad inmediata que sería predicable también de la sentencia estimatoria recaída en el procedimiento extintivo ex art. 50 LET, en virtud de la doctrina constitucional de la exportación de las garantías procesales a los procedimientos en que haya de ventilarse el conflicto por el imperativo reenvío del art. 182 LPL – tesis integrativa - ⁸⁴. Por lo demás, las ventajas que reporta la ejecución provisional de la sentencia resolutoria de instancia en estos casos no se limita a procurar al trabajador el cese de la prestación de trabajo en el ambiente hostil y vejatorio creado por el acoso, sino que al implicar un anticipo de la extinción de la relación laboral podría comportar el nacimiento del derecho a la protección por desempleo hasta que recaiga sentencia firme.

Pues bien, pese a la solidez de los argumentos que sustentan la tesis favorable a la ejecución provisional de la sentencia definitiva estimatoria de la extinción contractual casualizada en incumplimientos empresariales que comprometan derechos fundamentales –particularmente con fundamento en el art. 301 LPL- la doctrina judicial se sigue mostrando remisa a la aplicación de una institución como ésta, vinculada a la tutela judicial efectiva, con algunas excepciones que, por lo demás, adolecen en ciertos casos de excesiva ambigüedad⁸⁵.

Vistos los problemas interpretativos que plantea la implementación tanto de medidas cautelares, cuanto de la ejecución provisional de sentencia estimatoria de instancia en el procedimiento resolutorio sustanciado y constatadas las ventajas que ambas soluciones reportan al trabajador, particularmente cuando del incumplimiento empresarial se deduce una situación especialmente gravosa para el trabajador que hace inviable o desproporcionadamente onerosa la prosecución de la prestación, la doctrina viene postulando desde tiempo atrás una previsión específica, lege ferenda, a este respecto en la LPL para su aplicación, en los procedimientos vehiculares

⁸⁴ GIMENO LAHOZ, *ibídem*, pg. 243; SERRANO OLIVARES, R.: El acoso moral..., *cit.*, pg. 193. Algún pronunciamiento de instancia se ha pronunciado en este sentido, *vid.* SJS Barcelona 16-12-2002

⁸⁵ *Vid.* STSJ Castilla-La Mancha 9-3-1999 (AS 1318), para un supuesto de AMT, que llega a la solución que se postula, aunque sin aportar ninguna fundamentación jurídica: “una vez declarada en la instancia la resolución contractual y en tanto gana firmeza, dicha resolución despliega sus efectos jurídicos aunque sea con carácter provisional, constituyendo una suspensión de la relación laboral que afecta tanto a la obligación de realizar la prestación laboral como al abono del salario”.

de acciones de extinción del contrato en donde se ventile la tutela de derechos fundamentales⁸⁶, que podría hacerse extensible, incluso, para supuestos de afectación de derechos de la personalidad del trabajador carentes de esta naturaleza, así como para los supuestos excepcionales en los que la jurisprudencia unificada viene reconociendo el *ius resistentiae* del trabajador afectado en el marco del procedimiento resolutorio.

2.2. El procedimiento judicial resolutorio. Problemas aplicativos

Dado que la regla general, habida cuenta del problema de inseguridad jurídica al que aboca la opción representada por una dimisión constitutiva (autotutela inmediata) será la dinámica judicial de la dimisión provocada ex art. 50 LET, debe hacerse referencia a cuál ha de ser el cauce procesal que viabiliza la acción resolutoria, así como a sus problemas aplicativos más significativos. Respecto al cauce procesal de entre los previstos en la LPL, la convención mayoritaria en doctrina y jurisprudencia del precepto estatutario, se decanta por el procedimiento ordinario laboral regulado en los arts. 76 y ss. LPL, dado el silencio del precepto estatutario y la falta de previsión en la Ley adjetiva de ningún procedimiento especial al respecto⁸⁷. En cuanto al plazo para su ejercicio, se reproduce la anomia del art. 50 LET, lo que ha propiciado un debate doctrinal entre la postura que se decanta por el plazo general establecido en el art. 59.1 LET, y la que aboga por la aplicación del plazo de caducidad propio de la acción impugnativa contra modificaciones sustanciales del contrato de trabajo⁸⁸ o, en su caso, la que apela al equiparable plazo correspondiente a la acción de despido dado el paralelismo entre ambas vicisitudes extintivas⁸⁹. Pero aun no tratándose de una cuestión pacífica, la doctrina científica y judicial mayoritarias considera que debe serlo el previsto en

⁸⁶ En este sentido, GONZALEZ DE PATTO, R.M: “La resolución del contrato de trabajo...”, cit., pg. 173.

⁸⁷ Vid., entre otras muchas, la reciente STSJ Galicia 26-1-2000 (AS 107).

⁸⁸ VIDA SORIA, J.: “El nuevo régimen jurídico de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, en El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Puntos críticos (Borrajo, E., Coord), Actualidad Editorial, Madrid, 1995, pg. 104, que considera aplicable el plazo de veinte días de caducidad del art. 59.4 ET, al entender que entre las acciones contra la modificación sustancial de condiciones de trabajo a que se refiere, se incluye la resolución por voluntad del trabajador ex art. 50 ET basada dicha causa; en este mismo sentido, STSJ Cataluña 18-3-1999 (AS 1820); STSJ Asturias 15-2-2002.

⁸⁹ BORRAJO DACRUZ, E.: “Reinterpretación judicial del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores”, cit., pg. 18.

el art. 59.1 ET - un año de prescripción- al tratarse de una acción derivada del contrato de trabajo carente de un plazo de ejercicio específico⁹⁰. Por último, en lo concerniente al *dies a quo* para su cómputo la solución es, sin embargo, pacífica y se centra en el de la fecha en que se produzca el incumplimiento, esto es, en la fecha en que la acción pudo ejercitarse conforme a lo señalado en el art. 1969 CC⁹¹. Por otra parte, es doctrina unificada del Tribunal Supremo que la acción resolutoria, una vez ejercitada, no se ve enervada por la rectificación del empresario en su conducta, ya que tras su materialización, el incumplimiento empresarial es insubsanable⁹².

Expuestos sucintamente los grandes ejes del procedimiento resolutorio, resulta conveniente poner de relieve algunos problemas aplicativos también de orden procesal. El primero, el concerniente a la proyección que pueda tener sobre el procedimiento resolutorio las excepciones de litispendencia y de cosa juzgada en base a pronunciamientos judiciales derivados de procesos impugnativos que eventualmente hubiere interpuesto el trabajador frente al incumplimiento empresarial con anterioridad al ejercicio de la facultad resolutoria ex art. 50 LET con fundamento en la misma conducta empresarial, señaladamente una modificación sustancial lesiva (ex apartado a) o un impago salarial (ex apartado b); y el segundo, el relativo a la posibilidad de exportación al procedimiento resolutorio de las garantías procesales del proceso especial de tutela cuando existan derechos fundamentales concernidos por el incumplimiento del empleador.

⁹⁰ Vid. por la doctrina científica, DURÁN LÓPEZ, F.: “Resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador y despido”, cit., pg. 372; LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F.: “Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, VV.AA, La Reforma del Estatuto de los Trabajadores (Borrajo Dacruz, dir.), RDP, t.I, vol. 2, Madrid, 1994, pg. 337; MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: “Procedimientos para las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, Alteraciones en el contenido de la prestación y en las condiciones de trabajo, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1996, pg. 230; ALFONSO MELLADO, C., PEDRAJAS MORENO, A.-Y SALA FRANCO, T.: “La modificación sustancial de condiciones establecidas en convenios colectivos estatutarios”, RL, n^o 8, 1995, pg. 100; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C: El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, cit., pg. 249. En la jurisprudencia, es mayoritario el criterio favorable al plazo general ex art. 59.1 LET, vid., SSTS 22-12-1988 (RJ 9897); 22-3-1990 (RJ 2211); STSJ Galicia 26-1-2000 (AS 107); STSJ Andalucía 15-7-1999 (AS 3038) STSJ Canarias 26-1-2001 (AS 3132); SJS n^o 4 Granada 14-11-2001 (AS 4049).

⁹¹ Vid. jurisprudencia y doctrina judicial cit. en la nota anterior.

⁹² Vid. entre otras, SSTS (ud) 22-5-1995 (RJ 3995); 25-1-1999 (RJ 898); STSJ Madrid 8-2-2000 (Rec. 5476/1999).

2.2.1. Garantías procesales en el procedimiento resolutorio. La “tesis integrativa” o de exportabilidad de garantías del proceso de amparo ordinario

El procedimiento ordinario que, como se ha dicho, es al que habrá de reconducirse la acción de resolución del contrato de trabajo ex art. 50 LET discurre, en principio, conforme a las garantías procesales de carácter general establecidas en los arts. 79 y ss LPL, al margen, pues, de las garantías procesales extraordinarias previstas en la LPL para el procedimiento especial de tutela ex arts. 179 y ss. LPL. Sin embargo el reciente redimensionamiento interpretativo y legal de la figura resolutoria como mecanismo de tutela frente a conductas lesivas de derechos fundamentales subsumibles en los incumplimientos empresariales tipificados en el art. 50.1 obliga al intérprete a plantear la viabilidad de la exportación de dichas garantías especiales en tales supuestos.

En este sentido, es conocida la doctrina constitucional acerca del carácter potestativo de la modalidad procesal de amparo ordinario (arts. 175 y ss. LPL) con el objeto de invocar derechos fundamentales, ya que, sin perjuicio de su especificidad a tal efecto esta invocación puede también canalizarse en el orden social a través del procedimiento ordinario o de la modalidad procesal que corresponda en función de la conducta de la que derive la vulneración alegada⁹³. Pero aunque el carácter opcional de la modalidad de para la tutela en relación con el proceso ordinario no pueda implicar, sin más, que cuando la elección del trabajador discurra hacia el proceso ordinario deban entenderse aplicables las garantías de la modalidad procesal de amparo, diversa solución interpretativa es la que debe proceder en el supuesto en que, por razón de la materia en la que se concrete la lesión, la acción en la que se invoquen derechos fundamentales deba discurrir por imperativo legal por un procedimiento diverso a aquella modalidad procesal, cual es el caso concreto de los procesos relativos a las vicisitudes extintivas concernidos por el reenvío imperativo previsto en el art. 182 LPL. Conforme a lo anterior hay que concluir que nuestro ordenamiento jurídico ofrece una doble vía para la tutela procesal de dichos derechos: la modalidad especial y “específica” de tutela ex art. 175 y

⁹³ STC 90/1997.

ss. LPL –como expresamente establece el art. 181 LPL-, y los procedimientos especiales, aunque “inespecíficos”, de tutela a los que reenvía el art. 182⁹⁴.

Pues bien, en este escenario de dualidad de cauces procesales la doctrina científica más autorizada venía abogando por la necesaria acumulación o exportación de las garantías previstas para la modalidad de amparo ordinario –preferencia y sumariedad (art. 53 CE y 177.1 LPL), intervención coadyuvante potestativa del sindicato (art. 175.2 LPL), intervención preceptiva del Ministerio Fiscal (art. 175.3 LPL), modulación del onus probandi (art. 179.2 LPL), reparación indemnizatoria de daños (art. 181.1 LPL) y ejecutividad inmediata de la sentencia (art. 301 LPL)– a todos y cada uno de los procedimientos objeto de la remisión obligatoria ex art. 182 LPL, como único medio de salvar la constitucionalidad del precepto⁹⁵. Esta solución interpretativa que se ha venido a denominar “tesis integrativa” o “cumulativa” cuenta con refrendo constitucional a través de sendas sentencias del TC (SSTC 257/2000 y 10/2001)⁹⁶ en las que acepta el criterio de la exportabilidad de las garantías procesales – que aún formulada *ad casum* respecto a la participación del sindicato como coadyuvante, tiene pretensiones de generalidad – como medio de evitar una injustificable fractura en el alcance protector de los derechos fundamentales.

⁹⁴ GARATE CASTRO, J.: “Modalidad procesal para demandar la tutela de derechos fundamentales y libertades públicas ante los Tribunales Laborales”, en Trabajo y Libertades públicas (dir. Borrajo Dacruz), La Ley-Actualidad, 1999, pg. 40. Para el autor la diversificación de procedimientos de tutela atendiendo a la materia, permite que la pretensión que se ventila en los previstos en el art. 182 LPL tengan una causa petendi más compleja que permita entrar a dirimir acerca de derechos de legalidad ordinaria, es su ámbito de cognición sería más amplio que el específico de amparo ordinario.

⁹⁵ Vid. VALDES DAL-RE, F.: El proceso de protección de la libertad sindical y demás derechos fundamentales, en AA.VV: Lecturas sobre la reforma del proceso laboral, Ministerio de Justicia 1991, pg. 486; BAYLOS GRAU, A., CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ LOPEZ, M.F.: Instituciones de Derecho Procesal Laboral, Trotta, Madrid, 1995, pg. 201-202; MONEREO PÉREZ, J.L – MORENO VIDA, M.N: “Forma y procedimientos del despido disciplinario”, Comentarios a las Leyes Laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores, T.II, Edersa, 1994, pp. 330 y ss, que postulan, en el sentido apuntado, una “interpretación integradora del art. 182 LPL superadora de antinomias jurídicas”; GARATE CASTRO, J.: “Modalidad procesal para demandar la tutela de derechos fundamentales...”, cit., pg.44; CAVAS MARTINEZ, F.: El proceso laboral de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales, THOMSON-ARANZADI, 2004, pp. 154-158.

⁹⁶ La doctrina constitucional sostiene, en efecto, que no sería constitucionalmente aceptable que la protección judicial que se otorgue en estos procedimientos sea menor, en atención a meras cuestiones formales – cual es la materia en la que se concreta la lesión –, a la dispensada en el marco de la modalidad de amparo ordinario, ya que ello supondría el incumplimiento del mandato del art. 53 CE, así como una conculcación del derecho a la tutela judicial efectiva ex art. 24 CE. La doctrina constitucional integrativa fue recepcionada por el TS en primer lugar para la modalidad procesal de despido incluida en el reenvío preceptivo del art. 182 LPL, vid. STS 12-6-2001 (RJ 5931) y posteriormente para la resolución del art. 50 ET (STSud 22-9-2007, cit.)

Desde ese entendimiento, la cuestión que resta por dilucidar es si la acción resolutoria ex art. 50 LET está o no comprendida en el listado, al parecer cerrado⁹⁷, de materias que a tenor del art. 182 LPL han de desgajarse del proceso de amparo ordinario. Bajo mi punto de vista, la respuesta es incontestablemente positiva tal y como se infiere de la interpretación literal del precepto que se refiere al “despido y demás causas de extinción del contrato”, sin determinación de salvedad alguna dentro de las previstas legalmente en el art. 49 LET entre las que se encuentra la dimisión provocada (art. 49.1.j) LET). Desde esta perspectiva, no se hace precisa ninguna interpretación extensiva o analógica para la aplicación de la tesis integrativa al procedimiento resolutorio que canaliza la acción extintiva del art. 50 LET casualizada en vulneración de derechos fundamentales, aun no tratándose de una modalidad procesal (a la que incidentalmente se refiere el art. 182) sino, como se ha dicho, del proceso ordinario. Esta argumentación aboca, pues, a la solución interpretativa integradora en el procedimiento resolutorio de todas las garantías procesales propias de la modalidad de tutela, y así lo viene entendiendo la doctrina de suplicación mayoritariamente y sin mayores esfuerzos hermenéuticos, para la intervención del Ministerio Público⁹⁸ y con mayores vacilaciones respecto a la prueba indiciaria respecto de la que la jurisprudencia menor no es en absoluto pacífica, si bien parece prevalecer la solución negativa, esto es trasladar la carga de la prueba al demandante⁹⁹.

2.2.2. Interacción de acción resolutoria y acciones previas de exigencia del cumplimiento empresarial. Problemas de litispendencia y cosa juzgada

Por lo que respecta a la primera cuestión, es sabido que ante un incumplimiento empresarial la dimisión provocada no es la única vía que ofrece

⁹⁷ TUDELA CAMBRONERO, G.: “En torno al proceso de la libertad sindical y demás derechos fundamentales”, en VV.AA, El proceso laboral: estudios homenaje al profesor LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL, LEX NOVA, Valladolid, 2001, pg. 817.

⁹⁸ vid., entre otras, SSTSJ Galicia 12-9-2002 (2603) y 17-11-2003 (JUR 57674)

⁹⁹ La doctrina de suplicación va referida en particular a supuestos de AMT, pero es trasladable con carácter general a supuestos de incumplimientos resolutorios con lesión de derechos fundamentales. Vid. en sentido positivo, SS TSJ Andalucía 19-12-2002 (AS 891) y expresivamente S. 19-4-2004 (AS 2051); TSJ Murcia 8-3-2004 (1834); TSJ Madrid 1-9-2005 (JUR 220234); TSJ Canarias 27-12-2005 (JUR 2006, 64161); en sentido contrario, imponiendo al actor la carga de la prueba del acoso, vid. STSJ La Rioja 6-10-2005 (JUR 278614); STSJ País Vasco 6-7-2004

el ordenamiento jurídico laboral al trabajador afectado: se trata de la exigencia del cumplimiento, una alternativa que no es excluyente de la posterior resolución contractual desde luego en el caso del incumplimiento de la obligación salarial ni, así mismo, como se verá con mas detalle en su capítulo específico, en el caso de modificación sustancial lesiva de la formación y/o la dignidad (o cualificadamente lesiva. Los mayores problemas interpretativos los plantea la segunda de las hipótesis planteadas¹⁰⁰, en la que la secuencia temporal lógica conduciría a ejercitar inicialmente la facultad impugnativa y sucesivamente la extintiva, esta última, claro está, en caso de que la pretensión revocatoria de la medida fuese desestimada por el juzgador¹⁰¹. Pues bien, con independencia de la solución acerca de cual deba ser el procedimiento que viabilice la acción impugnativa del trabajador en este caso –proceso especial ex art. 138 LPL o procedimiento ordinario, a lo que más adelante se atenderá¹⁰² -, lo que interesa ahora resaltar son los efectos que la sentencia que resuelva la impugnación individual de la modificación cualificadamente lesiva pueda tener *ad futurum*, esto es, respecto a una posterior acción resolutoria que el trabajador ejerza al amparo del art. 50. 1 a) LET y, en particular, dado que estaríamos ante dos procesos conexos por compartir causa de pedir habría

¹⁰⁰ Ya que es claro que una eventual reclamación previa de cantidad por impago de salarios desplegaría los efectos positivos de la cosa juzgada (litispendencia) respecto de una posterior acción resolutoria del contrato de trabajo, así como el efecto negativo el pronunciamiento desestimatorio de la existencia de deuda salarial respecto de una ulterior acción extintiva basada en el apartado b) del art. 50.1 LET.

¹⁰¹ Vid. STSJ Asturias 15-2-2002 (Fj. 2º), AL, nº 24,2002, TSJ-775, en la que la Sala advierte que es incompatible el ejercicio simultáneo de la acción impugnatoria con la extintiva del contrato por tener ambas finalidades distintas; en el mismo sentido, STSud 21-12-1999 (RJ 1426) (Fj. 3º) que admite, sin embargo, el ejercicio de la acción extintiva posteriormente al fallo desfavorable de la impugnación. El criterio es discutible pues, que se sepa, ninguna norma procesal impide el ejercicio simultáneo, aunque a través de procesos autónomos para salvar la prohibición de acumulación de acciones ex art. 27 LPL, de tales pretensiones aunque tengan distinta finalidad, si bien en tal caso correspondería la suspensión del enjuiciamiento de la demanda resolutoria hasta que recaiga sentencia firme que resuelva la impugnativa de la modificación, puesto que de obtenerse en ésta un pronunciamiento favorable que determine la revocación de la modificación y la reposición del trabajador no tendría cabida ya la resolución indemnizada. Vid., en el sentido que se postula, STSJ Madrid 24-1-1997 (RJ 136); STSJ Baleares 18-7-2002, AL, nº 4, 2003, A-16, que parte del presupuesto, que no se rechaza, del ejercicio simultáneo de estas dos acciones ante un Juzgado de lo Social que las admite a trámite, aunque suspendiendo el enjuiciamiento de la demanda resolutoria hasta la finalización del proceso impugnativo. Sin embargo el TSJ sí revoca la sentencia de instancia que estimó la demanda extintiva del trabajador después de que la demanda impugnativa fuese resuelta a favor del trabajador y el empresario hubiera efectuado la reposición en las condiciones anteriores.

¹⁰² Vid. Parte II, Cap. I, 2.2.1.

que plantearse la operatividad en el caso de las excepciones procesales de litispendencia y de cosa juzgada¹⁰³.

En cuanto a la litispendencia, aunque es claro que entre ambos procesos no existe la triple identidad objetiva exigida por la doctrina interpretativa clásica de esta institución, una significativa corriente jurisprudencial apuesta por una interpretación amplia y flexible en la apreciación de la excepción procesal según la cual el criterio aplicable sería, más allá de la identidad absoluta de los procesos concurrentes, la *coincidencia sustancial* entre ellos que vendría dada cuando la sentencia previa pueda condicionar o afectar a la que se dicte en un ulterior proceso aunque formalmente se ejerciten acciones diversas¹⁰⁴. La aplicación de este criterio jurisprudencial al supuesto en estudio debe llevar a la solución de que de estar pendiente el proceso impugnativo emprendido anteriormente por el trabajador contra la modificación sustancial devenida ilícita por el grave perjuicio que le inflige en valores y derechos de la personalidad, el empresario demandado podría alegar y apreciarse litispendencia al formularse sucesivamente la demanda resolutoria ex art. 50.1 a) ET, ya que pese a que las acciones no presentan la triple identidad procesal (el *petitum* es diverso) es evidente que se plantea un supuesto de “conexidad” de ambos procesos dado que la sentencia firme que en su momento resuelva la impugnación de la modificación en base al perjuicio cualificado que le irroga al trabajador, va a condicionar o servir de precedente al pronunciamiento del juzgador acerca de la pretensión resolutoria del vínculo que, no se olvide, debe compartir con la del primer proceso la fundamentación jurídica o causa de

¹⁰³ Es sabido que ambas instituciones comparten la finalidad de evitar que se dicten sentencias contradictorias en dos procesos con objetos idénticos (identidad de sujetos, de petición y de causa), pero difieren en cuanto al momento de producción de sus efectos ya que en la litispendencia el primer proceso está aún tramitándose y por tanto pendiente de sentencia firme, en tanto que en la cosa juzgada el proceso anterior ha terminado con sentencia firme, vid. BAYLOS GRAU, A. Y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: Instituciones de Derecho Procesal Laboral, Trotta, 1995, pg.145; MONTERO AROCA, J.: El proceso laboral, T.I, 1982, pg. 239.

¹⁰⁴ En este sentido STS 15-2-1990 (RJ 1096); STSud 23-9-1991 (RJ 7181); STS 20-10-1993 (RJ 7850). Siguiendo esta línea jurisprudencial, vid. STSJ Navarra 15-12-1993 (AS 5252); STSJ País Vasco 9-7-1993 (AS 3380); STSJ Extremadura 27-8-1993 (AS 3762); STS 10-3-1999 (RJ 2123).

pedir: el perjuicio de la formación profesional o el menoscabo de la dignidad que justificó la primaria impugnación¹⁰⁵.

En cuanto a la cuestión de la excepción de la cosa juzgada, el enfoque difiere en tanto a su función negativa o excluyente (ex art. 222.1 LEC)¹⁰⁶, pero se plantea en términos equiparables respecto a su función positiva o prejudicial (ex art. 222.4 LEC)¹⁰⁷. Así, en lo atinente a la función negativa, dado que su operatividad exige la triple identidad procesal en los procedimientos concurrentes (sujetos, *petitum* y causa de pedir) no podría apreciarse de oficio ni a instancia de parte en un procedimiento resolutorio basado en la letra a) del art. 50 LET precedido de una acción impugnativa contra la modificación sustancial que desestime la existencia de la misma y además del perjuicio cualificado que la debe caracterizar sustancialmente al no darse identidad de *petitum*: en la acción impugnativa se pide una sentencia declarativa de condena que revoque la medida empresarial y ordene la restauración de la originales condiciones laborales, en tanto que en la acción resolutoria se solicita una sentencia de efectos constitutivos que declare extinguida la relación laboral y el derecho del trabajador a una indemnización.

Otra cosa bien distinta sucede con la operatividad en este caso de la función prejudicial de la cosa juzgada. Así, debe admitirse aquí la existencia de conexión entre ambos procesos –impugnativo y resolutorio – en base a la identidad de sujetos y de causa de pedir y, a falta de previsión legal específica en la LPL, se impone la aplicación supletoria del art. 222.4 LEC, lo que determinará que la primera sentencia genere la vinculación propia de la función positiva de la cosa juzgada respecto del ulterior procedimiento extintivo. En efecto, aunque las dos sucesivas pretensiones deducidas por el trabajador tienen diverso *petitum* –en la primera, la exigencia del cumplimiento de la

¹⁰⁵ Vid. BEJERANO HERNÁNDEZ, A.: “Excepciones procesales y subsanación de defectos”, RL, I, 1995, pp. 416-419.

¹⁰⁶ Su eficacia se proyecta cuando se promueve un proceso con el mismo objeto ya resuelto en un proceso anterior mediante sentencia firme, supuesto en el que la vinculación de la cosa juzgada implica la exclusión del segundo proceso y desde luego de una sentencia sobre el fondo en el mismo

¹⁰⁷ Su virtualidad, propia de procesos conexos, reside en que lo antes resuelto en un proceso por sentencia firme vinculará al juzgador de un proceso ulterior, aun con distinto objeto al primero, siempre que se traten de los mismos sujetos y que lo ya juzgado constituya un antecedente o presupuesto lógico de lo que haya de resolverse; esto es, el juez o tribunal del proceso posterior podrá dictar sentencia sobre el fondo pero deberá atenerse y no contradecir lo dispuesto en el pronunciamiento firme anterior, ya que en todo caso parte de lo que se ha de resolver en el segundo proceso o de lo que en él ha de tomarse como base o fundamento para el enjuiciamiento y el fallo ha sido ya resuelto en sentencia firme del proceso anterior.

obligación en sus propios términos y en la segunda, la extinción indemnizada del contrato—, la fundamentación jurídica de ambas (*causa petendi*) coinciden: una modificación sustancial de condiciones de trabajo devenida ilícita por vulnerar derechos básicos del trabajador en la relación laboral cuales son la formación profesional o la dignidad; de modo que si el juzgador ha desestimado mediante sentencia firme la demanda impugnativa por entender que tal modificación ni lesión se han producido, es claro que tal decisión (la inexistencia modificación sustancial productora de perjuicio cualificado) forma parte de lo que tendrá que decidirse o de lo que habrá de tomarse como base para adoptar el fallo del segundo proceso por el que discurra la pretensión resolutoria ejercida al amparo del art. 50.1 a) ET, puesto que en este caso concreto la extinción está condicionada legalmente a la existencia de modificación sustancial y de dicho perjuicio cualificado. De este modo, apreciado, de oficio o a instancia de parte, el efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada, el proceso iniciado con la demanda de resolución del contrato interpuesta por el trabajador tendría que terminar con sentencia sobre el fondo en la que, manifestándose expresamente la estimación de cosa juzgada, no podrá contradecirse lo decidido en la sentencia anterior acerca de la ausencia o falta de prueba del perjuicio cualificado alegado por el trabajador, lo que en definitiva abocará en la desestimación de la pretensión extintiva.

2.2.3. Interacción de acción resolutoria y despido

Si, como se ha visto, el carácter judicial de la dimisión provocada conlleva la exigencia de prosecución del contrato de trabajo hasta que recaiga la sentencia (firme) que ponga fin al procedimiento resolutorio, es claro que durante el lapso temporal que media entre la interposición de la demanda resolutoria por parte del trabajador y la sentencia constitutiva que declare la extinción contractual ex art. 50 LET pueden operar el resto de las vicisitudes extintivas ex art. 49 LET y en particular el despido. En efecto, son bastante frecuentes en la práctica forense los supuestos en que tras el ejercicio de la acción resolutoria el empleador responda con una medida extintiva unilateral, lo que plantea la cuestión de si, dada la ejecutividad inmediata del despido, sus

efectos extintivos del contrato operarían a su vez una eficacia enervante de la pretensión resolutoria del trabajador. La secuencia puede desarrollarse en sentido inverso: tras un despido del trabajador, éste sucesivamente ejerce la acción resolutoria contractual. En ambos casos, el trabajador se verá forzado a ejercitar una acción de impugnación del despido, ya que su falta de respuesta en el plazo legal de caducidad establecido al respecto supondría un aquietamiento y la consolidación de los efectos extintivos de la voluntad unilateral del empleador y con ella la pérdida de acción resolutoria por parte del asalariado.

Las hipótesis planteadas y a resolver son, por tanto, dos, tal y como pone de manifiesto: la primera, ejercicio de la acción resolutoria y posterior despido y la segunda, despido previo y sucesiva acción extintiva a instancia del trabajador.

En el primer caso, como ya se ha señalado, es preciso que el trabajador impugne judicialmente el despido lo que plantea la concurrencia de esta acción y la previa acción resolutoria. En tal caso sería de aplicación la regla de acumulación de acción establecida en el art. 32 LPL: la demanda interpuesta en segundo lugar se acumulará a la primera bien de oficio, bien a instancia de cualquiera de las partes, incorporándose al proceso iniciado por la primera y debatiéndose ambas en el mismo juicio; pero el citado precepto abre la duda interpretativa de cuál de ellas deberá ser atendida en primer término y recibir la debida respuesta en Derecho, esto es, acerca del orden de enjuiciamiento de ambas. Pues bien, la inicial disparidad de criterios en la jurisprudencia y doctrina judicial interpretativa del art. 32 LPL¹⁰⁸ ha sido resuelta por el TS en unificación de doctrina del siguiente modo: si hay una conexión entre la fundamentación fáctica de las acciones por responder a una misma situación de conflicto ambas habrán de resolverse de forma conjunta a efectos del fallo¹⁰⁹, pero existiendo una desconexión fáctica habrá de prevalecer el criterio

¹⁰⁸ Mientras unas sentencias se decantaban por el criterio cronológico: prioridad de la acción ejercitada en primer lugar (vid, entre otras, SSTS 4-2-1986 (RJ 703) y 7-11-1989 (RJ 8019), 30-4-1990 (RJ 3509), otras optaban por el conocimiento preferente de la acción de despido independientemente de que se hubiera ejercitado antes o después de la resolutoria y de que exista o no conexión entre los hechos que fundamenten una y otra (vid. SSTS 18-9-1989 (RJ 6455), 7-12-1990 (RJ 9760) y 20-06-1996 (RJ 5215) .

¹⁰⁹ P.e. acción resolutoria con cese prematuro en la prestación laboral y despido posterior fundado en el abandono del puesto de trabajo o pretensión resolutoria casualizada en falta de ocupación efectiva constitutiva de un supuesto de despido tácito previo impugnado con anterioridad.

cronológico y entrar a conocer de la acción ejercida en primer término¹¹⁰. Sin embargo la opción por la solución cronológica no ha sido recepcionada uniformemente por la doctrina judicial siendo, además, objeto de debate en la doctrina científica. En efecto, un significativo cuerpo de doctrina de suplicación y un sector doctrinal se muestra partidario del criterio de preferencia de la acción de despido por considerar que la cuestión central reside en determinar la pervivencia o no de la relación laboral en el momento en que se tenga que dictar la sentencia resolutoria constitutiva, de modo que si el despido se califica de procedente quedará enervada la acción resolutoria por previa extinción del contrato por voluntad del empleador y sólo si es declarado improcedente o nulo cabrá entrar al conocimiento de la demanda extintiva del trabajador que será la que determine la suerte de la relación laboral: si se estima, la relación se extinguirá en la fecha de la sentencia firme con derecho a la indemnización legal y de desestimarse proseguirá el vínculo, si bien en ambos casos el trabajador tendrá derecho a los salarios dejados de percibir del empresario desde la fecha del despido impugnado y revocado judicialmente hasta la de la sentencia que ponga fin al procedimiento resolutorio y sin que, en ningún caso, sea aplicable la opción empresarial o la condena a la readmisión según se trate, respectivamente de declaración de improcedencia o nulidad¹¹¹.

Contrariamente, para otro sector doctrinal la solución debe discurrir conforme al criterio cronológico, de modo tal que sólo podría ventilarse en primer lugar la acción de despido en la segunda de las hipótesis planteadas: que sea ésta – la de despido – la ejercida en primer lugar seguida de acción resolutoria posterior¹¹², como por otra parte sostiene la vigente doctrina

¹¹⁰ STSud 23-12-1996 (RJ 9848). Para el TS, desde una interpretación teleológica del precepto, se busca evitar situaciones torticeras en las que la acción resolutoria se ejerza estratégicamente para eludir los efectos de un despido percibido como inminente o, a la inversa, el uso estratégico del despido como medio de enervar una postrera acción resolutoria del contrato por parte del trabajador. En ese escenario poco propicio para, parafraseando al TS, establecer reglas “dogmáticas y apriorísticas”, se opta, no obstante, por el citado criterio.

¹¹¹ Vid. entre otras, SSTSJ Cataluña 26-05 y 19-07 de 1997 (AS 1965 y 3564); STSJ Castilla y León 25-04-2006 (AS 994); STSJ Galicia 29-04-2005 (AS 1511) STSJ Madrid 18-04-2006 (AS 1627). Por la doctrina, defienden esta solución SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTIN MAZZUCCONI, C.: El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, Cuadernos Aranzadi Social, nº 8, 2001, pg. 117; MERCADER UGUINA, J.: “Comentario al art. 32 LPL”, en Proceso Social Práctico II (DE LA VILLA, Dir.), La Ley, 2005, pg. 444

¹¹² En este sentido, DURAN LÓPEZ, F.: “Resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador y despido”, RR.LL, T. I, 1990, pg.373; DE MIGUEL LORENZO, A.: La extinción causal del contrato.. cit., pg. 143; GARCIA MURCIA, J.: Acumulación de demandas de despido y de resolución del contrato de

unificada del TS¹¹³, en caso contrario debería atenderse en primer lugar a la acción resolutoria que, para algunos autores incluso, de ser estimada al igual que la procedencia del despido posterior sería el título de ruptura del vínculo aunque con efectos jurídicos desde la fecha del despido procedente¹¹⁴, No obstante algunos pronunciamientos de suplicación en supuestos de acción resolutoria posterior al despido descartan el criterio cronológico dando preferencia al enjuicimiento de la acción resolutoria con el argumento de que el incumplimiento empresarial es anterior a los hechos motivadores del despido¹¹⁵.

Criterio jurisprudencial específico es el aplicable a los supuestos en que la acción resolutoria interacciona con un Expediente de Regulación de Empleo (ERE). En este escenario de conflicto entre las dos figuras extintivas –dimisión provocada y despido colectivo– se ha producido un hondo cambio de doctrina unificada del TS que ha girado desde la postura inicial de entender que el planteamiento del ERE enervaba la acción resolutoria del art. 50 LET en la que subyacía la lógica de atención prioritaria del interés colectivo de la plantilla frente al interés individual de trabajador demandante de la resolución con indemnización mayor¹¹⁶, hasta el criterio aplicado por la vigente doctrina que, apostando por la plena autonomía de ambas vicisitudes extintivas, sostiene que tanto el inicio como la tramitación de un ERE previas al ejercicio de la acción extintiva por uno o varios trabajadores de la empresa afectados por incumplimientos previos relativos al crédito salarial, subsumibles en el apartado b) del art. 50 ET y/ falta de ocupación efectiva, subsumibles en la letra c), carecen de efectos preclusivos respecto de tales demandas y descarta, así mismo, que el fallo judicial acerca de la solicitud extintiva del trabajador que haya de recaer antes de la resolución del ERE deba verse condicionado por la deriva del procedimiento administrativo de regulación de plantilla¹¹⁷.

trabajo por voluntad del trabajador, Civitas, Madrid, 1991, pg. 186; VIQUEIRA PEREZ, C.: La resolución del contrato de trabajo... cit., pg. 157 y ss.

¹¹³ STS 11-04-2001 (RJ 4867) que reitera la doctrina unificada de la STS 23-12-1996 cit.

¹¹⁴ Esta elaboración más forzada en VIQUEIRA PEREZ, C.: La resolución del contrato... cit, pg. 157 y GARCIA MURCIA, J.: Acumulación... cit., pg. 186.

¹¹⁵ Vid. STSJ Madrid 14-01-2000 (AS 1279).

¹¹⁶ Vid. SSTS 12-5-1988 (RJ 4234); 22-12-1988 (RJ 9899) y en la doctrina de suplicación la más reciente STSJ Castilla y León 3-4-2000 (AS 2146).

¹¹⁷ STSud 5-4-2001 (RJ 4885). Acogiendo esta jurisprudencia unificada, vid. en la doctrina judicial de suplicación, STSJ Castilla y León 17-12-2001 (AS 226); STSJ Comunidad Valenciana 26-6-2002 (AS

Este enfoque jurisprudencial pierde parte de su virtualidad, como se verá en el capítulo dedicado específicamente a la dinámica de la dimisión provocada en crisis de empresa¹¹⁸, en virtud de las previsiones del nuevo régimen jurídico concursal establecido por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC). En efecto, en un escenario de crisis concursal (insolvencia técnica de la empresa) cuando las acciones resolutorias individuales se ejerzan en las concretas condiciones previstas legalmente (ex art. 64.10 LC) se opera una conversión de las mismas en un supuesto de extinción colectiva o colectivizada con alcance procedimental (inserción en el procedimiento concursal), competencial (competencia del juez mercantil del concurso) y sustantivo. Respecto a este último extremo, valga por ahora decir que la lógica inmanente al concurso – satisfacción prioritaria del interés de los acreedores y en el plano laboral, del interés colectivo de la plantilla – no sólo determina la minoración cuantitativa de la indemnización legal anudada a la resolución contractual, ahora colectivizada, que de la mayor del art. 50.2 LET pasa a la indemnización menor del art. 51 LET, sino que además, es previsible que en tal contexto pueda terminar primando el criterio de ponderación judicial de la incidencia de la crisis en la apreciación misma de existencia del incumplimiento empresarial que, así, podría reputarse justificado y conducir a la desestimación de las pretensiones resolutorias¹¹⁹. En definitiva, pues, el legislador concursal ha consagrado a través del citado precepto de la LC la interacción de dos vicisitudes extintivas diversas: las acciones resolutorias individuales instadas por los trabajadores por incumplimiento del empresario en materia salarial y el despido colectivo, instituciones que, sin embargo, operan de forma completamente independiente en el marco de crisis extraconcursales de conformidad a la ya comentada doctrina legal unificada.

466); STSJ Madrid 18-12-2002 (AS 658); STSJ Madrid 26-11-2002 (AS 2003,1213). En contra, rechazando la resolución por estar pendiente el ERE, STSJ Asturias 1-5-2002 (AS 926).

¹¹⁸ Vid. Parte III.

¹¹⁹ Ello supondría el abandono en el marco del concurso del criterio objetivo utilizado por la jurisprudencia en la apreciación del incumplimiento resolutorio ex art. 50.1.b) que descarta la exigencia de culpabilidad para la integración del supuesto de hecho extintivo. Para un preliminar análisis sistemático y jurídico crítico de la dinámica de resolución contractual ex art. 50.1.b) LET en el nuevo régimen jurídico concursal, vid. GONZALEZ DE PATTO, R.M.: “La perturbación del Derecho del Trabajo por el Derecho concursal: el paradigma de la institución resolutoria ex art. 50.1.b) ET”, AL, nº 7, 2006.

3. La vertiente resarcitoria de la dimisión provocada. La dialéctica entre el sistema de indemnización tasada ex art. 50 LET y principio general de resarcimiento íntegro del Derecho de daños

Otra de las cuestiones clave de la institución resolutoria es la concerniente a sus efectos indemnizatorios. Partiendo de la base de que el supuesto extintivo tiene anudada *ius positivum* una indemnización tasada equivalente a la de despido improcedente (art. 50.2 LET), dos aspectos vienen siendo centro de un intenso debate doctrinal y jurisprudencial: por un lado, si esa indemnización tasada tiene atribuida por el legislador la función reparadora de todos los daños derivados del incumplimiento empresarial resolutorio siendo así incompatible con cualquiera otra indemnización adicional o, si por el contrario, la indemnización legal no cubre la integridad de los daños producidos al trabajador limitándose a reparar el daño determinado por la propia extinción –la pérdida provocada del empleo –, con lo que sería entonces viable otra complementaria a la anterior reparadora de otros daños “colaterales” generados por el incumplimiento no cubiertos por la legal; y, por otro lado, si en esta última hipótesis de compatibilidad indemnizatoria, la pretensión indemnizatoria adicional podría acumularse a la pretensión extintiva en el mismo procedimiento en donde ésta se ventila, es decir, en el procedimiento resolutorio. Las cuestiones a debate tienen, pues, una doble vertiente: una sustantiva, la compatibilidad indemnizatoria en el marco del art. 50 LET y otra procesal, la viabilidad de la acumulación de acciones resolutoria e indemnizatoria en el mismo procedimiento.

Este problema interpretativo relativo al art. 50 LET no es nuevo, sino que goza de una larga tradición en sede doctrinal y jurisprudencial si bien recientemente ha adquirido un extraordinario protagonismo en el marco de la reconstrucción funcional a nivel interpretativo y legal de ciertas instituciones jurídico-laborales, entre las que se encuentra la dimisión provocada, con el objeto de adaptarlas a la tutela efectiva frente al AMT en particular y, en general, frente a conductas empresariales vulneradoras de derechos fundamentales del trabajador.

La jurisprudencia unificada tradicional del TS se ha mantenido hasta ahora inflexible y tajante a este respecto: anclada en la consabida “autonomía

del Derecho del Trabajo” en materia reparadora ha defendido a ultranza el sistema de indemnizaciones tasadas respecto a la prevista en art. 50.2 LET y, en consecuencia, su incompatibilidad con ninguna otra que pudiera obtenerse por cauces diversos¹²⁰, en contra, incluso de su propia doctrina en relación con el despido nulo que, como se sabe, admite la compatibilidad de sus consecuencias legales (readmisión y salarios de trámite) con la indemnización compensatoria de los daños morales causados al trabajador¹²¹.

La tesis central de esta clásica doctrina interpretativa del art. 50 LET, acusada merecidamente de adolecer de “formalismo y anacronismo”, se sustenta básicamente en dos argumentos-fuerza: por un lado, un único incumplimiento empresarial no puede ser sancionado doblemente mediante indemnizaciones adicionales fundadas en diversos sectores del ordenamiento y, por otro lado, la indemnización tasada del precepto satisface íntegramente el interés del trabajador derivado del incumplimiento grave del empresario. Se trata de una línea argumental que pese a mostrar una profunda y ostensible debilidad, sobre todo cuando se trata de que opere en el marco de incumplimientos empresariales que comprometen derechos de la personalidad del trabajador, ha sido tozudamente reiterada por el TS en su muy polémica sentencia de 11-3-2004¹²², agravada en términos aún más reprochables por la posterior sentencia 25 de noviembre de 2004¹²³, al inferirse de su fundamentación jurídica que la compatibilidad indemnizatoria sería rechazable, incluso, cuando como fundamento de la pretensión haya una invocación de derechos fundamentales.

Conviene retomar una reflexión crítica de las ideas fuerza que vertebran la vieja doctrina contraria a la compatibilidad de indemnización adicional a la tasada del art. 50.2 LET con el objeto de esgrimir los argumentos que una

¹²⁰ Vid., por todas, STSud 3-4-1997 (RJ 3047).

¹²¹ [SSTS 23/03/00 [RJ 2000, 3121] -rcud 362/99-; y 12/06/01 [RJ 2001, 5931] -rcud 3827/00-] en la que . rectificando doctrina anterior acepta la acumulación de la acción de despido y la acción indemnizatoria por vulneración de un derecho fundamental prevista en el art. 181.1 LPL en el procedimiento de despido. En la misma línea argumental, conviene también recordar que la compatibilidad entre indemnizaciones en materia extintiva -tradicionalmente negada- fue admitida por las SSTS 04/05/05 (RJ 2005, 5176) [-rcud 1899/04-] y 28/06/06 (RJ 2006, 6058) [-rcud 428/05-], las que rectificando el criterio anterior [STS 09/12/99 [RJ 2003, 2990] -rcud 4467/98-], mantienen ahora la posibilidad de compatibilizar la indemnización por despido y la correspondiente a mejora voluntaria de la prestación por IPT.

¹²² STSud 11-3-2004 (RJ 3401). Para una implacable pero acertada crítica de la misma, vid., por todos, MOLINA NAVARRETE, C.: “La compatibilidad de indemnizaciones por acoso moral cuando el trabajador resuelve su contrato: una cuestión aun pendiente de unificación de doctrina”, RDS, nº 26, 2004.

¹²³ STSud 25-11-2004 (RJ 1058),

interpretación sistemática y evolutiva del Derecho vigente aportan para su desmantelamiento. La primera, apunta a que existiendo una previsión indemnizatoria específica en la norma laboral, no es posible acudir a otros sectores del ordenamiento (particularmente a los arts. 1124 en relación con el 1101 CC) para alargar el cauce indemnizatorio, esto es, la *lex specialis* se superpone, así, al régimen indemnizatorio propio de las normas civiles de responsabilidad contractual. La clave que se infiere de este razonamiento reside en que el precepto estatutario, y en general toda la normativa laboral de las vicisitudes extintivas del contrato, ha optado por un modelo de indemnizaciones tasadas que, a cambio de exonerar de la carga de la prueba de los daños producidos por el ilícito empresarial, implica la neutralización en el ámbito del contrato de trabajo del principio general de “*restitutio in integrum*” o, yendo incluso más allá, se llega a la axiomática conclusión de que la indemnización legalmente tasada por la norma laboral satisface íntegramente los daños derivados del incumplimiento empresarial cualquiera que sea su índole¹²⁴.

La segunda idea fuerza que vertebra la doctrina tradicional del TS, reside en la (presunta) existencia de una regla que, a modo de trasunto del principio *non bis in idem* del ámbito punitivo-sancionador, prohibiría “sancionar”

¹²⁴ Para esta jurisprudencia tradicional relativa al art. 50 LET, vid. por todas, STSud 3-4-1997 (RJ 3047) y las más recientes SSTSud 11-3-2004 (RJ 3401) Sala General; 25-11-2004 (RJ 1058] -rcud 6139/03-: “la indemnización del art. 50 LET es tasada, de forma que si se «opta» por la extinción e indemnización establecida en su apartado segundo no puede reclamarse una nueva indemnización con fundamento en los arts. 1101 y 1124 CC”; “se trata de una indemnización legalmente tasada, sin margen para que el Juez estime la cuantía de los daños y perjuicios, que se presumen «ex lege» por el hecho del despido improcedente o de la resolución contractual que nos ocupa, indemnizándose por la ruptura culpable del contrato y no por los perjuicios concretos que ésta pueda causar”; “La pretensión resolutoria de contenido indemnizatorio tasado ejercitado con amparo en la norma específica de carácter resolutivo contenido en el artículo 50 ET *satisface íntegramente el interés del trabajador derivado de un incumplimiento* grave de las prestaciones contractuales a cargo del empresario, y la aplicación de esta norma específica del derecho de trabajo, debe impedir la búsqueda de nuevas soluciones indemnizatorias en el campo del derecho civil, el planteamiento se reitera obiter dicta en la de STSud 07/02/07 [RJ 2007, 2195] -rcud 4842/05-): “pues otra solución vulneraría el principio *non bis in idem* [«conduciría... a sancionar dos veces un mismo hecho e incumplimiento»].

Un sector de la doctrina científica ha sostenido también esta misma interpretación, vid. RODRIGUEZ-PIÑERO/FERNANDEZ LOPEZ: *La voluntad del trabajador*, cit., pg. 222, que interpretan que la remisión del art. 50.2 LET a la indemnización por despido provocaría “un efecto de absorción sobre cualquier indemnización que el trabajador reclamase fundada en los mismos hechos que han servido de base para la estimación de la acción resolutoria”. En el mismo sentido, SEMPERE NAVARRO/SAN MARTÍN MAZZUCCONI: *La indemnización por daños y perjuicios en el contrato de trabajo*, cit. pp. 87-88 y 94. Posteriormente FERNANDEZ LOPEZ, M.F matiza profundamente su postura al respecto, vid. de la autora.: “Indemnizaciones tasadas por daños con ocasión de la extinción del contrato de trabajo”, RDS, n^o 29, 2005.

la responsabilidad empresarial por un mismo incumplimiento con dos indemnizaciones con fundamento en diversos sectores del ordenamiento¹²⁵. Una pretendida regla que, además de carecer de fundamento jurídico en un contexto desvinculado del plano estrictamente sancionador, entra en evidente contradicción con la consolidada y bien conocida doctrina del propio TS (primero Sala Civil y después Sala Social) sobre responsabilidad e indemnización adicional por accidente de trabajo¹²⁶.

Pues bien, pueden aportarse fundados argumentos de orden constitucional y de legalidad ordinaria que confluyen en orden a la quiebra de esta doctrina, al menos cuando se trate de aplicarla a supuestos de resolución contractual con afectación de derechos fundamentales del trabajador.

Debe apelarse, en primer lugar, a la ya mencionada doctrina constitucional integrativa o cumulativa¹²⁷ que resulta de la interpretación sistémica e integradora de los arts. 182 y 181.1 LPL y que habiendo encontrado con anterioridad la debida recepción por la Sala Social de TS en materia de despido precisamente en lo atinente a la aplicación de la

¹²⁵ Vid. STSud 3-4-1997 cit.: “sin que sea lícito acudir a preceptos correspondientes a otros sectores jurídicos para alargar indebidamente el cauce indemnizatorio, *sancionando el único comportamiento ilícito empresarial por dos vías pertenecientes a diferentes ordenamientos jurídicos y cuya actuación aislada y separada conduciría, contra toda lógica, a sancionar dos veces un mismo hecho e incumplimiento*”. El planteamiento se reitera en SSTud 11-3-2004 (RJ 3401) Sala General y 25-11-2004 (RJ 1058), así como obiter dicta en la de STSud 07/02/07 [RJ 2007, 2195] -rcud 4842/05-: “pues otra solución vulneraría el principio non bis in idem [«conduciría... a sancionar dos veces un mismo hecho e incumplimiento»].

¹²⁶ Vid. la más reciente doctrina unificada respecto a la compatibilidad de indemnizaciones adicionales en AT, que ratifica la tesis tradicional: SSTS ud Tribunal Supremo de 17-7-07, RCUd 513/2006 (RJ 2007, 8300) y 17-7-07, RCUd 4367/2005 (RJ 2007, 8303); 30-1-2008.

¹²⁷ La tesis integrativa acuñada por la doctrina constitucional se resume en que las garantías procesales específicas propias del procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales (arts. 179 y ss.) son trasladables a cualquiera de los procedimientos en los que deba ventilarse por razón de la materia en que se concrete la afectación del derecho fundamental en base a la remisión imperativa efectuada en este sentido por el art. 182 LPL; la lógica de esta doctrina es incontestable: la protección de un derecho fundamental no puede verse minorada por un factor de índole formal cual es el tipo de procedimiento al que deba reconducirse la demanda de tutela por razón de la materia en que se concrete la lesión. Vid. SSTC 257/2000 y 10/2001 en las que se sienta la tesis de la exportabilidad de las garantías procesales, que aún formulada *ad casum* respecto a la participación del sindicato como coadyuvante tiene pretensiones de generalidad, tiene como finalidad arbitrar un medio que evite una injustificable fractura, por motivos meramente formales atinentes a la materia en donde se concreta la lesión, en el alcance protector de los derechos fundamentales. El TC entiende, en efecto, que no sería constitucionalmente aceptable que la protección judicial que se otorgue en estos procedimientos sea menor, en atención a meras cuestiones formales – cual es la materia en la que se concreta la lesión –, a la dispensada en el marco de la modalidad de amparo ordinario, ya que ello supondría una ruptura injustificada del nivel de protección de los derechos fundamentales y, con ello, el incumplimiento del mandato del art. 53 CE, así como una conculcación del derecho a la tutela judicial efectiva ex art. 24.

indemnización resarcitoria del art. 181 LPL¹²⁸, debe ser puesta ahora en relación con el art. 50 LET al tratarse también de una de las vicisitudes extintivas que el art. 182 LPL desplaza imperativamente del proceso especial de tutela. De esta doctrina, que implica la exportación de todas las garantías del procedimiento de amparo ordinario a los afectados por el reenvío imperativo del citado precepto de la Ley procesal, se infiere que los requerimientos constitucionales de tutela de derechos fundamentales exigen la valoración y resarcimiento autónomo de los daños vinculados a la lesión de dichos derechos, sin perjuicio de la reparación de los derivados directa y exclusivamente de la extinción contractual forzada o provocada ex art. 50 LET en donde se contextualice la lesión. Desde esta perspectiva, aflora la idea de que la indemnización tasada legalmente en el precepto estatutario sólo toma en consideración a efectos reparadores la pérdida injustificada del empleo del trabajador, resultando irrelevantes aquí para el legislador las circunstancias que concurren en el ilícito empresarial, las personales del trabajador y la magnitud del daño inflingido a éste, de modo que de existir “daños colaterales” ajenos al estándar indemnizatorio de la extinción (la pérdida del puesto de trabajo) y de quedar probados habría de entrar en juego, de nuevo, el principio de reparación integral del Derecho común de daños, siempre que haya una previsión legal que consagre bienes y derechos jurídicamente protegibles de forma autónoma en el marco de la relación laboral¹²⁹.

La conjunción de esta tesis con la también doctrina constitucional sobre indemnización y efectiva reparación de derechos fundamentales¹³⁰, no puede sino abocar a la solución de que “si se limitase la protección del derecho

¹²⁸ STS 12-6-2001 (RJ 5931), para la modalidad procesal de despido comprendida en el ámbito de la remisión efectuada por el art. 182 LPL y respecto a la indemnización adicional resarcitoria de los daños derivados de la lesión de derechos fundamentales en despido nulo. Reiterando la tesis constitucional integrativa, vid. las más recientes SSTs 29/06/01 [RJ 2001, 7796] -rcud 1886/00-; 19/04/05 [RJ 2005, 5057] -rec. 855/04-; y 15/11/05 [RJ 2005, 10074] -rec. 4222/04-”

¹²⁹ Vid. a este respecto, con análisis detallado de los antecedentes normativos del actual sistema legal de responsabilidad indemnizatoria en la extinción del contrato de trabajo, FERNANDEZ LOPEZ, M.F.: “Indemnizaciones tasadas por daños con ocasión de la extinción del contrato de trabajo”, RDS, n^o 29, 2005pp. 50-61 y 66.

¹³⁰ Según esta doctrina, «la Constitución protege los derechos fundamentales... no en sentido teórico e ideal, sino como derechos reales y efectivos» [STC 176/1988, de 4/octubre [RTC 1988, 176] , F. 4], y de que -concretamente- los arts. 9.1, 1.1 y 53.2 CE (RCL 1978, 2836) impiden que la protección jurisdiccional de los derechos y libertades se convierta en «un acto meramente ritual o simbólico» [STC 12/1994, de 17/enero [RTC 1994, 12] , F. 6], lo que igualmente proclaman, en el ámbito propio del amparo constitucional, los arts. 1, 41 y 55 LOTC (RCL 1979, 2383) (SSTC 186/2001, de 17/septiembre [RTC 2001, 186] , F. 7; 247/2006, de 24/julio [RTC 2006, 247] , F. 8).

fundamental a que su vulneración únicamente justificase la extinción del contrato por voluntad del trabajador, como si de cualquier otro incumplimiento contractual se tratase y sin otro resarcimiento que no fuese el genéricamente previsto para tales supuestos, ello equivaldría a rebajar la cualificada posición del derecho lesionado [reduciéndolo a la categoría de un derecho ordinario] y a desconocer la singular protección de que goza en la legislación constitucional”¹³¹.

En segundo lugar, tampoco puede obviarse aquí la prohibición de tasar las indemnizaciones resarcitorias cuando se vean comprometidos determinados derechos de la personalidad del trabajador en casos de discriminación y, en particular, de acoso discriminatorio, tal y como se prevé en la Ley 51/2003 (art. 18.2 en trasposición de las Directivas antidiscriminatorias); una regla que debe entenderse aplicable en general, dada la identidad de razón reguladora, a todos los supuestos de vulneración de derechos fundamentales a través de un interpretación analógica del art. 180.1 LPL. Por último, cabe apelar también aquí al efecto punitivo-disuasorio de futuras violaciones que conforme a la previsión establecida en las directivas comunitarias específicamente para las conductas discriminatorias¹³², debe llevar anudada la indemnización por lesión de cualquiera de los derechos fundamentales¹³³; una previsión que ahora se ha incorporado explícitamente a nuestro ordenamiento a través de la Ley 51/2003 (art, 18.2) e indirectamente a través de la LOI 3/2007 al establecer la exigencia de un sistema de indemnizaciones *efectivas y proporcionadas* al perjuicio sufrido, así como de un sistema eficaz y *disuasorio* de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias (art. 10 LOI), lo que más que a un sistema autónomo de indemnizaciones punitivas podría apuntar a un plus indemnizatorio superador de la regla general de proporcionalidad en materia resarcitoria¹³⁴.

¹³¹ STSud 8304/2007, de 20 de septiembre de 2007, FJ 3º.

¹³² (Directivas 2000/43/CE [LCEur 2000, 1850] ; 2000/78/CE [LCEur 2000, 3383] ; y 2002/73/CE [LCEur 2002, 2562])

¹³³ Vid. este argumento en STSud 22-09-2007, cit., F.j. 3º.2 como parte de la ratio decidendi en una sentencia sobre indemnización adicional a la del art. 50 LET por lesión de derechos fundamentales.

¹³⁴ No obstante, un sector doctrinal entiende que no cabe interpretar el precepto en el sentido de que pueda servir de fundamento único para la creación de un sistema autónomo de indemnizaciones de carácter punitivo anudadas al acoso para lo que sería precisa su reconducción a las normas procesales laborales a cuyo amparo pudieran establecerse. Por el contrario, se plantea que la expresión legal pudiera

Pues bien esta línea argumental sostenida desde tiempo atrás por la doctrina científica –en particular para los casos de AMT– ha sido recientemente recepcionada por el TS en unificación de doctrina (SSTS 17 de mayo de 2006 y 22 de septiembre de 2007)¹³⁵ para admitir la indemnización adicional en el marco de la acción resolutoria del art. 50 LET por acoso laboral, si bien es perfectamente trasladable *analogía legis* a todo incumplimiento empresarial resolutorio por el que se vean comprometidos derechos fundamentales del trabajador. Con todo, el TS advierte que en realidad – y no sin razón – no ha habido un cambio de criterio sino una mera modulación del anterior, pues sólo se admite la indemnización adicional para la reparación de los daños producidos cuando el incumplimiento empresarial implica una lesión de derechos fundamentales y ello, además, al amparo de la previsión indemnizatoria específica de los arts. 180. 1 y 181 LPL, de modo que se mantiene el rechazo de la doctrina tradicional a que el fundamento jurídico del resarcimiento complementario pueda encontrarse en las normas civiles de responsabilidad contractual (arts. 1101 y ss. CC)¹³⁶.

Y es ahí donde radica uno de los puntos débiles de la tesis mayoritaria de estos pronunciamientos judiciales que enlaza directamente con la limitación del ámbito de operatividad del criterio de la complementariedad indemnizatoria –muy subrayado en la nueva doctrina unificada – sólo a los incumplimientos empresariales subsumibles en el art. 50.1 LET que impliquen afectación de derechos fundamentales, negando expresamente su aplicación a los supuestos

referirse a sanciones administrativas específicas para los supuestos de discriminación reconducibles a la LISOS cuando éstos se actualicen en el ámbito laboral, Vid., en este sentido, MERCADER UGUINA, J. R., «La "parte general" de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R. (Coords.), *La Ley de Igualdad:...*, *cit.*

¹³⁵ RJ 7176/2006 y RJ 8304/2007, respectivamente.

¹³⁶ Vid. STSud 17-05-2006 (RJ 7176): “La clara dicción del artículo 182 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (RCL 1995, 1144 y 1563) y su interpretación sistemática no permiten establecer que la única indemnización posible, en los casos de extinción contractual con violación derecho fundamental, sea la establecida en el artículo 50-2, en relación con el 56, del Estatuto de los Trabajadores..., (...) el art. 181 LPL ...no deja la menor duda de que la voluntad legislativa es la de proteger el derecho fundamental con independencia de la protección que merece el derecho a la extinción del contrato de trabajo cuando concurre causa para ello, sin otro requisito que el de la expresión en la demanda del derecho fundamental conculcado”,(...) “lo único rechazable es que quepa el ejercicio de una acción resarcitoria, *ex* artículo 1101 del Código Civil, al margen de la indemnización tasada que se prevé en el Estatuto de los Trabajadores para los casos de extinción contractual por voluntad del trabajador”.

en que el incumplimiento resolutorio, aún produciendo acreditados daños adicionales al anudado a la extinción misma, vulnere derechos de mera legalidad ordinaria¹³⁷.

En relación con lo primero, no parece, en efecto, asumible un enfoque que reniegue totalmente para este caso de los principios y reglas civiles sobre responsabilidad por daños, ya que, al fin y al cabo, es en los arts 1101 y 1106 CC dónde, en mi opinión, hay que encontrar el fundamento último del resarcimiento íntegro que representa la indemnización prevista en los arts. 180.1 y 181 LPL respecto de los daños derivados de la afectación de derechos fundamentales, como *obiter dicta* reconoce el propio TS¹³⁸; de lo que se trataría más bien es de adaptar dichas reglas civiles a la nueva realidad social y jurídico-constitucional en la que deben ser aplicadas.

En relación con lo segundo, si como ahora afirma el TS expresamente “en situaciones como la presente, en que se invoca la vulneración de un derecho fundamental como causa extintiva del contrato de trabajo, *el daño a resarcir no es uno sólo, sino que son dos*: a) de un lado la pérdida del empleo, que ha de atribuirse al incumplimiento empresarial legitimador de la acción rescisoria y que tiene una indemnización legalmente tasada, la prevista en el art. 50 ET; y b) de otro, el daño moral que ha de producir -en términos generales- *esa conculcación del derecho fundamental* y que forzosamente ha de imputarse al infractor, a quien -además- *le es exigible por tal consecuencia la indemnización prevista en el art. 1101 CC* ”¹³⁹ -como ya hicieran anteriormente, por cierto, los Votos Particulares a las precedentes SSTs 3401/2004 de 14 de marzo y 7176/2006, de 17 de mayo– ; esto es, si expresamente se reconoce la existencia de dos tipos diversos de daños

¹³⁷ “.. La excepción se produce cuando se alega y se acredita que el incumplimiento empresarial no solo encierra la infracción de un precepto de Ley ordinaria laboral sino que, además, constituye la infracción de un precepto de rango constitucional,... pues en tal caso se entiende ... que el art. 50 ET no cubre las exigencias indemnizatorias derivadas de tal situación”, vid. STSud 7-02-2007 (RJ 2195) Fj 2º.3.

¹³⁸ Así lo reconoce implícitamente el propio TS (STSud 22-09-2007, RJ 8304) al delimitar el daño moral –colateral a la pérdida del empleo – que ha de ser indemnizado de forma autónoma en el marco del art. 50 LET: “de otro (lado), *el daño moral que ha de producir -en términos generales- esa conculcación del derecho fundamental* y que forzosamente ha de imputarse al infractor, a quien -además- *le es exigible por tal consecuencia la indemnización prevista en el art. 1101 CC*”.

Los artículos 1101 y 1106 del Código Civil muestran que quien causa un daño a la integridad de una persona debe repararlo íntegramente, lo que supone que la norma garantiza al perjudicado la total indemnidad por el hecho lesivo.

¹³⁹ STSud 8304/2007, de 22-9, cit.

derivados del incumplimiento empresarial: por un lado, la extinción misma del contrato y, con ello, la pérdida del puesto de trabajo y por otro lado, otros daños adicionales no cubiertos por la valoración legal estandarizada del art. 50.2 LET, aunque ambos tipos sean consecuencia de un mismo ilícito (el incumplimiento contractual del empresario), no se alcanza a encontrar la razón por la cual estos otros daños colaterales –en particular los daños morales– derivados del incumplimiento grave del empresario tipificado en el precepto estatutario no deban ser también resarcidos conforme a los arts. 1101 y ss CC , cualquiera que sea la naturaleza o el rango de los derechos afectados.

De ahí mi coincidencia con la tesis mantenida por el Voto Particular formulado a la STSud 3401/2004¹⁴⁰ y reiterada en el formulado a la posterior STSud 7176/2006¹⁴¹. El argumento central de la tesis minoritaria de la Sala General, defendida desde tiempo atrás por la doctrina científica¹⁴², reside en que las indemnizaciones tasadas vinculadas a la vicisitud extintiva del contrato

¹⁴⁰ La discrepancia con la sentencia reside en que “la incompatibilidad que, aplicando la doctrina de la sentencia de 3 de abril de 1997 (RJ 1997, 3047) , viene a apreciarse entre la indemnización por la resolución del contrato y la indemnización por los daños derivados de la conducta vejatoria empresarial que se reclaman en este proceso. En mi opinión, *no hay tal incompatibilidad* y la doctrina de la sentencia de 3 de abril de 1997 debe ser revisada, porque *la indemnización prevista en el artículo 50.2 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) repara exclusivamente el daño producido por la pérdida del empleo, derivada de la extinción del contrato de trabajo provocada por la conducta ilícita del empleador, mientras que la indemnización que aquí se reclama no tiene por objeto reparar la pérdida del empleo, sino los daños psíquicos y morales que la conducta empresarial ha provocado en el actor* aquejado de un proceso depresivo que ha determinado el reconocimiento de una incapacidad permanente. Son daños distintos que han de ser objeto de reparación independiente, pues de lo contrario se está exonerando al causante de la obligación de reparar las consecuencias de un acto ilícito que no han sido compensadas por una indemnización que sólo cubre el daño derivado de la extinción del contrato, como se advierte si se tiene en cuenta que aquella reparación hubiera sido posible si el contrato no se hubiera extinguido”.

¹⁴¹ El Voto Particular discrepante insiste en la misma tesis del anterior formulado a la STS 3401/2004 para cuya virtualidad considera irrelevante que el incumplimiento empresarial causante del daño tenga o no relevancia constitucional: “debate es si, aparte del daño que produce la conducta empresarial vejatoria, al obligar al trabajador a extinguir su contrato de trabajo (la pérdida del empleo), hay otro daño que deba también ser indemnizado (el sufrimiento moral y sus secuelas psíquicas) y esos daños indemnizables son, como tales, independientes de la calificación jurídica del incumplimiento (constitucional o meramente contractual). Al trabajador se le indemniza porque ha sufrido un daño y porque la conducta que lo ha producido es ilícita. Pero a efectos de la reparación es indiferente que la conducta ilícita lo sea por violación de una norma constitucional o por violación de una obligación contractual. (...)Lo que está tasado en el ordenamiento laboral es la indemnización por extinción del contrato de trabajo; no las indemnizaciones por daños producidos al margen de esa extinción y que pueden concurrir con ella.

¹⁴² DESDENTADO BONETE, A y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: Despido y jurisprudencia: La extinción del contrato de trabajo en la unificación de doctrina, Lex Nova, 2002, pp. 171-172; FERNANDEZ LOPEZ, M.F.: “Indemnizaciones tasadas por daños...”, cit., pp. 67. Para estos autores, la tasación legal se abstrae de las circunstancias del incumplimiento empresarial, de las personales del trabajador y de la magnitud de los daños sufridos por éste. Esto es se exonera al trabajador de la carga probatoria de los daños y se elimina la discrecionalidad judicial en su valoración, pero se hace a costa de que el quantum no guarde relación alguna con el perjuicio real producido por el acto extintivo.

de trabajo – en particular la del despido improcedente, a la que remite también el art. 50 LET– sólo ponderan la pérdida ilegítima del puesto de trabajo, por lo que existiendo otros daños derivados del incumplimiento empresarial y quedando éstos acreditados, habrían de ser también valorados para su resarcimiento adicional, ya se trate de un ilícito empresarial con relevancia constitucional o de legalidad ordinaria, pues de otro modo se exoneraría injustificadamente al empresario infractor causante de esos otros daños de la obligación de repararlos. A mayor abundamiento, la interpretación del art. 50 LET a la luz de su tronco ex art. 1124 CC, pone de relieve que si conforme a éste precepto civil la indemnización por el incumplimiento resolutorio procede tanto se opte por la exigencia del cumplimiento cuanto por la resolución contractual, parece fácil inferir que la indemnización tasada anudada legalmente a la opción extintiva (en el ámbito laboral, la del art. 50.2 LET) no puede agotar todos los daños derivados del incumplimiento, sino únicamente los ligados a la pérdida del empleo, a la que habría que agregar otra adicional para el resarcimiento de los daños colaterales que corresponde aplicar igualmente cuando se opta por el cumplimiento descartando la solución extintiva del contrato.

Desde este punto de vista, pues, se postula, en orden al cumplimiento de la regla de resarcimiento integral, la irrelevancia de la naturaleza de los derechos –fundamentales u ordinarios – afectados por el ilícito empresarial ex art. 50. 1 LET, y se aboga por la extensión del criterio de la compatibilidad indemnizatoria, con el objeto de resarcir todos los daños causados, a cualquier género y alcance de incumplimiento empresarial en el que se acrediten daños patrimoniales o extrapatrimoniales – biológicos y morales – inflingidos al trabajador, distintos al menoscabo que supone la pérdida del empleo¹⁴³.

Habría de estarse, desde luego, a una ponderación *ad casum*, que atienda a las circunstancias concurrentes - casuismo por otra parte inherente a la dinámica general del art. 50 LET- en orden a aplicar la indemnización

¹⁴³ En contra, MOLINA NAVARRETE, C.: “La compatibilidad de indemnizaciones por “acoso moral”...”, cit., pg. 153-154, para quien en supuestos de lesión de derechos de mera legalidad la disociación de los dos tipos de daños – los derivados de la extinción y los inflingidos por el propio incumplimiento – es “extramadadamente artificial”; tampoco considera razonable pensar que el legislador laboral dejara fuera de la valoración estandarizada del art. 50 LET “el daño moral e incluso determinados daños biológicos”, por lo que no debe considerarse agotada la previsión indemnizatoria del art. 50.2 LET únicamente a la responsabilidad patrimonial del empleador, sino también a la extrapatrimonial.

adicional, pero, a mi entender, lo que resulta difícilmente admisible es que la indemnización tasada del despido improcedente a la que remite el art. 50.2 LET, abarque los daños biológicos y morales vinculados, por ejemplo, a un eventual quebranto de la salud del trabajador derivado del incumplimiento empresarial (pese a su parcial compensación reparadora a cargo de la Seguridad Social) –bien sea por efecto de una modificación sustancial lesiva de la dignidad, bien sea por una medida de movilidad funcional gravemente vejatoria o degradante, bien sea como consecuencia del incumplimiento de obligaciones preventivas de riesgos psicosociales–, aunque afecte a un “derecho” carente del valor jurídico-formal de fundamental y, en todo caso, los daños morales determinados por la extinción provocada por un grave incumplimiento empresarial y con ella la lesión del derecho al trabajo, por mucho que se trate, de nuevo aquí – como sucede con el anterior derecho a la salud del trabajador –, de derechos no fundamentales sólo en un sentido técnico-jurídico, no así en un sentido jurídico-material. Si a esos daños se le reconocen autonomía a efectos de su reparación en el contexto de un incumplimiento empresarial que compromete derechos fundamentales, ¿por qué ha de negárseles una reparación autónoma equiparable cuando se produzcan y deriven de derechos carentes de ese valor jurídico-formal?

En este orden de ideas, es reseñable un emergente cuerpo de doctrina de suplicación en relación con medidas de modificación sustancial –e incluso de movilidad funcional– con degradación funcional que al estimarse gravemente lesivas de la dignidad se entiende que llegan a interesar los derechos constitucionales a la integridad moral (y el honor) del trabajador¹⁴⁴.

¹⁴⁴ Vid., en este sentido, aunque no en el marco del procedimiento resolutorio sino de un proceso de tutela de derechos fundamentales, Sentencia del TSJ de Cataluña [AS 2007, 197] y la más reciente SJS n^o 2 Navarra-Pamplona 23-08-2007 (PROV 2007\316084), para la que las medidas empresariales enjuiciadas son “decisiones que, sin ser conceptualmente constitutivas de acoso laboral, tanto en su consideración contextual o global como individualmente consideradas son contrarias a los derechos fundamentales al honor y a la integridad moral del actor y gravemente lesivas de su dignidad personal. (...) Tales hechos, en sí mismos, en relación con el motivo empresarial aducido, configuran de nuevo, al menos indiciariamente, una presunción judicial favorable a la lesión de derechos invocada que sustenta la corrección de la carga probatoria del art. 179, 2 LPL (RCL 1995, 1144 y 1563) y que reclama, para su eventual neutralización, una justificación reforzada de la actuación empresarial”.(.....) “las decisiones empresariales adoptadas con respecto al demandante a partir de agosto de 2006, en especial su cese en la unidad en la que prestaba servicios y su posterior traslado a la oficina de Beriain, carecen de justificación alguna y, en el contexto en que se producen, constituyen trasgresión de derechos fundamentales y libertades públicas contenidos en la sección primera del capítulo II de la parte dogmática de la Constitución Española”. En la misma línea de afectación de derechos fundamentales incluso para un

Del mismo modo, se detecta una aun embrionaria pero significativa línea de tendencia judicial que viene aceptando como incumplimiento empresarial subsumible en el art. 50.1.c) LET la omisión de los deberes preventivos de riesgos psicosociales, como el estrés laboral, con producción de daños psíquicos al trabajador, aunque sin llegar al explorar adecuadamente, salvo alguna excepción, el alcance de su proyección en el derecho a la salud y su conexión con el derecho a la integridad psíquica ex art. 15 CE a efectos resarcitorios, es decir en relación con la indemnización adicional a la tasada del precepto estatutario¹⁴⁵.

Con todo, hay que admitir que no existe una previsión legislativa específica en el ordenamiento laboral al efecto de establece la reparación específica y complementaria de esos daños imputados a incumplimientos resolutorios que no conciernan a derechos fundamentales, equiparable a la establecida en los arts. 180.1 y 181 LPL en relación con los daños derivados de o producidos con ocasión de la vulneración de estos últimos derechos. En tal caso habrá que convenir que existiendo una laguna al respecto en la *lex specialis* habría de resultar aplicable con carácter supletorio el régimen común del Derecho de daños y con él el principio de reparación integral (*restitutio in integrum*) el de resarcimiento proporcional al daño (*compensatio cum danno*) vinculados a la responsabilidad contractual positivizada en los arts. 1101 y ss CC. En otro caso, de entenderse que para trascender del sistema legal de tasación indemnizatoria imperante en el ámbito laboral no puede acudir al Derecho común de daños sino que se precisa una intervención legal específica

supuesto no constitutivo de modificación sustancial, sino de mera movilidad funcional, vid. STSJ Cataluña 21-11-2003 (AS 671); la sentencia recepciona en su fundamentación jurídica la tesis doctrinal de que “ la movilidad funcional ordinaria (horizontal) en el seno de una categoría profesional o extraordinaria (vertical) aun cumpliendo la exigencia de la causalidad y temporalidad, puede vulnerar del derecho a la dignidad (e indirectamente el derecho al honor y a la propia imagen). En resumen, el respeto a la dignidad (y dentro de ella el derecho al honor y la propia imagen en los términos que se definen en sentencia de 11-4-1994 [RTC 1994, 99] del Tribunal Constitucional) es invocable ante todo tipo de movilidad funcional e incluso para aquella que respete los límites funcionales de su ejercicio”. Desde esa óptica, con la degradación profesional sufrida por el trabajador “la imagen proyectada en las áreas personal y social sufrían un indudable quebranto, que repercutiría desfavorablemente en su propia estima y en la imagen que transmitía a terceros con los que había mantenido relación en época anterior. Ese conocimiento existía previamente al desplazamiento y obligaba a la empresa a autolimitarse en una decisión que sabía podría conllevar aquellas consecuencias no deseables”, por lo que le imputa una responsabilidad por la lesión de los derechos fundamentales invocados.

¹⁴⁵ Vid., en este sentido, SJS nº 4 Barcelona 23-12-2003; SJS nº 32 Madrid 14-01-2005, confirmada por STSJ Madrid 5-10-2005 (rec. 2236/2005); SSTSJ Castilla La Mancha 14-05-2005 y 26-07-2006; STSJ Valencia 9-05-2006. La STSJ Asturias 3-3-2006, sin embargo, sí condena al pago de indemnización complementaria por daños psíquicos y morales al trabajador.

y expresa en tal sentido en este sector del ordenamiento, habría que postular *lege ferenda* una modificación del art. 50.2 LET con el objeto de diversificar expresamente los daños que pueda comportar el incumplimiento resolutorio del empleador y contemplar la posibilidad de una indemnización adicional a la tasada para el resarcimiento independiente de los daños colaterales a la pérdida del empleo cuando resulten convenientemente acreditados que habría de ser acordada y cuantificada aquí por el juez laboral a su prudente arbitrio previa acreditación de los mismos y la ponderación de las circunstancias concurrentes.

Esta tesis podría encontrar apoyo indirecto, incluso, en algunos de los argumentos de la fundamentación jurídica de STS de 17 de mayo de 2006, al menos en los casos en que el incumplimiento empresarial resolutorio ponga en riesgo la salud del trabajador, aunque ello resulte contradictorio respecto a la tesis central en la que apoya el fallo. Así, la sentencia justifica la dualidad indemnizatoria centrándose en el diverso alcance de los incumplimientos empresariales resolutorios del art. 50.1 LET, entendiendo que los que conciernan a la salud del trabajador no pueden ser considerados equiparables a los restantes encuadrables en el precepto. Literalmente el TS afirma que *“No es lo mismo la contemplación de una extinción contractual de un trabajador que permanece en situación de sanidad física y mental, de aquella otra en la que, el mismo, queda aquejado de un trastorno psíquico a causa de la conducta empresarial determinante de la extinción contractual operada conforme al art. 50.1.a) del Estatuto de los Trabajadores.”*. De tal afirmación puede inferirse la tesis de que en el marco de los incumplimientos resolutorios del art. 50.1 LET y al margen de su relevancia constitucional, hay que diversificar a efectos resarcitorios al menos los que comprometen el derecho a la salud, aunque como el derecho al trabajo no tenga formalmente naturaleza de derecho fundamental¹⁴⁶. En este sentido, ya se ha dado cuenta de la existencia de

¹⁴⁶ Sin perjuicio de que si el comportamiento empresarial pone en grave riesgo cierto o potencial la salud del trabajador, podría quedar también interesado el derecho fundamental a la integridad física o psíquica ex art. 15 CE en su relación con el art. 43 CE. En efecto, los daños (físicos y/o psíquicos) a la salud del trabajador producidos directamente por la conducta empresarial o por otro trabajador en la esfera de organización y control del empleador debido al incumplimiento de sus obligaciones preventivas, tienen una proyección constitucional que podría comprometer el citado derecho fundamental. Se pone, así de manifiesto la proyección constitucional del derecho a la seguridad y salud laborales (art. 4.2. d) LET) y su conexión con el derecho fundamental ex art. 15 CE. Vid. la doctrina establecida, en este sentido, por la STC 62/2007, de 27/marzo, F. 5 y STC 2007/160, de 2 de julio de 2007, aplicada por la STS ud 27-9-

pronunciamientos judiciales de suplicación aplicando el 50 LET en supuestos de estrés laboral vinculado al incumplimiento de los deberes empresariales de seguridad e implementando la indemnización adicional a la tasada del precepto estatutario¹⁴⁷.

Pues bien, si los incumplimientos empresariales atentatorios, real o potencialmente, contra la salud del trabajador se consideran jurisprudencialmente, como se acaba de ver, susceptibles de una ampliación del cauce indemnizatorio previsto en el precepto laboral por la vía de la responsabilidad civil contractual pese a no tratarse de un derecho fundamental, no se alcanza la razón de vedar esta reparación complementaria en los supuestos en que el incumplimiento empresarial, aun sin afectar a la salud del trabajador, le cause daños morales como los derivados, por ejemplo, de la afectación de la personalidad, las relaciones familiares, amistosas y lúdicas¹⁴⁸ que bien pueden derivar de conductas vejatorias o humillantes, bien de un impago reiterado y prolongado del salario que le prive de forma duradera de las rentas necesarias para el sustento propio y familiar, o, incluso, los que puedan derivar de la negativa contumaz del empresario a la reposición de las condiciones de trabajo tras una modificación sustancial injustificada con degradación de condiciones de trabajo que menoscabe gravemente la dignidad.

En todo caso, aquí, a diferencia del daño vinculado a la pérdida del empleo que presumido iuris et de iure no requiere prueba a cargo del trabajador, habría que probar la existencia y alcance de los daños materiales y/o extrapatrimoniales inflingidos y aportar las bases objetivas para la cuantificación judicial de la indemnización adicional, ya que al no estar implicados derechos fundamentales del trabajador no sería aplicable la doctrina

2007 cit. y STSJ Cataluña 24-01-2008 (JUR\2008\138668).

¹⁴⁷ Vid. SSTSJ Madrid 5-10-2005 (rec. 2236/2005), Castilla-La Mancha 14-05-2005 y 26-7-2006, Valencia 9-5-2006, que estiman la existencia de incumplimiento empresarial resolutorio en supuestos de estrés laboral derivado de medidas organizativas que ponen en grave riesgo cierto o potencial la salud psíquica del trabajador. La STSJ Asturias 3-3- 2006 en similares circunstancias reconoce además una indemnización adicional a la tasada legalmente.

¹⁴⁸ Vid. STS 17-7-2007 (RJ 8303) 4.^a (Sala General) y su referencia a la doctrina francesa del “*préjudice d’agrément*”, o perjuicio para las actividades placenteras, tales como el quebranto producido para desenvolverse con normalidad en la vida doméstica, familiar, sentimental y social, práctica de deportes o participación en actividades culturales o recreativas equiparable o subsumible en la noción de daño moral.

jurisprudencial de la “automaticidad de los daños” que aunque formalmente derogada por el TS¹⁴⁹ ha sido revitalizada materialmente por la doctrina de suplicación y más recientemente de forma indirecta por el TC¹⁵⁰.

Por lo demás y a mayor abundamiento, en el marco de este cambio de criterio jurisprudencial en clave evolutiva respecto de la protección de derechos fundamentales en el procedimiento resolutorio, se ha sumado una garantía más en refuerzo de la tutela procesal de los mismos: la posibilidad de acumulación de la acción de resarcimiento adicional a la pretensión extintiva en el mismo procedimiento resolutorio, desbordando así la regla prohibitiva prevista en el art. 27.2 LPL¹⁵¹. En efecto la STS ud de 20 septiembre de 2007 con una fundamentación jurídica que entronca en la tesis integrativa de la doctrina constitucional, sostiene que «cuando el legislador del art. 182 LPL se remite a las modalidades procesales correspondientes al conocimiento de las demandas que allí se citan, lo hace en función justamente de la materia en litigio para una mejor atención de aquélla y por diversas razones que justifican la propia existencia de una distinta modalidad procesal o la extensión del objeto del conocimiento; pero no, desde luego, porque pueda otorgarse a un mismo derecho fundamental una menor garantía jurisdiccional en función de cuál sea el acto o la conducta del que pueda derivarse la lesión que se alega», para no llegar a resultados absurdos”, y desde este presupuesto llega a la conclusión de que “aún a pesar de la expresa prohibición de acumulación de acciones establecida en el art. 27. 2 LPL, en aquellos supuestos en que la vulneración de derechos fundamentales haya de tramitarse -conforme a la previsión del art.

¹⁴⁹ Vid. STS 9-6-1993 e, en igual sentido, STS 8-56-1995 en relación ambas con supuestos de lesión del derecho de libertad sindical, aunque extensible la doctrina a los restantes derechos fundamentales. Esta tesis de la indemnización automática probablemente fue acuñada bajo el influjo de la presunción del perjuicio siempre que se acreditara la intromisión ilegítima del honor, la intimidación personal y familiar y la propia imagen, tal como prescribe el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, reguladora de la protección civil de estos derechos. Posteriormente, se produce un cambio radical de criterio sobre la base del completo deslinde entre lesión (del derecho fundamental) y daños, con lo que se pasa a exigir al demandante en los procesos de tutela de derechos fundamentales la acreditación de los daños derivados del acto lesivo – incluidos los morales – y la alegación y justificación de las bases y elementos clave de la indemnización reclamada, de modo que quede acreditada «una mínima base fáctica» que permita delimitar tal indemnización. Para este giro, vid. entre otras, las SSTs de 22-7-1996 (RJ 6381), 20-1-1997 (RJ 620); 9-11-1998 (RJ 8917) y 28-02-2000 (RJ 2242).

¹⁵⁰ STC 247/2006, de 24 de julio.

¹⁵¹ Vid. STS ud de 20 septiembre de 2007 (2007/8304). En realidad, como bien reconoce la propia sentencia (FJ 6^o), se trata de trasladar al art. 50 LET el criterio previamente aplicado por la propia Sala respecto al despido, reconociéndose la indemnización adicional y la acumulación de acciones en el mismo procedimiento de despido (SSTSud de 12 de junio de 2001 –rec. 3827/00– y 21 de junio de 2001 –rec. 1886/00–).

182 LPL- por una modalidad procesal en principio prohibitiva de acumulación de acciones, la primacía del derecho fundamental determina que *la regla general de inacumulación del citado art. 27.2 LPL haya de ceder frente a la específica de posibilidad acumulatoria prevista en el art. 180.1 LPL*, de manera que en el mismo procedimiento cabe reclamar de forma simultánea una indemnización por la resolución del contrato y otra derivada del daño atribuible a la propia infracción del derecho fundamental”.

Se trata de un ejemplo de jurisprudencia correctora del TS que responde al paradigma de decisiones judiciales interpretativas operadoras de un desarrollo o corrección del Derecho superior del alcance de una norma legal para salvar, en este caso, su constitucionalidad¹⁵², ya que, aparte de contribuir al principio de economía procesal evitando una duplicidad de procesos, viene a dar debido cumplimiento a la doctrina constitucional de la primacía de la tutela del derecho fundamental sobre cuestiones meramente formalistas cuales las relativas al tipo de proceso en que deba ventilarse dicha tutela. La comentada doctrina unificada ya ha sido recepcionada legalmente por la LOI 2007 a través de las modificaciones operadas en los arts. 27.2, 180 y 181 LPL por la D.A 13ª LOI¹⁵³, en virtud de la cuales se excepcionan a la regla general prohibitiva de acumulación de cualquier tipo de pretensión a las extintivas del contrato (despido y resolución ex art. 50 LET) la acción indemnizatoria por conductas de discriminación o lesivas de derechos fundamentales concretadas en dichas vicisitudes extintivas.

V. DIMISIÓN PROVOCADA, EXTINCIÓN CONTRACTUAL Y DESEMPLEO

¹⁵² Sobre la teoría del “desarrollo continuador del Derecho” en general, vid. LARENZ, K.: La metodología de la Ciencia del Derecho, Ariel, 1994, pg. 360 y BOBBIO, N.: Teoría General del Derecho, Debate, 1990.

¹⁵³ La DA 13ª LOI, en efecto, modifica la redacción del art. 180.1 y 181 LPL, en ambos casos en el sentido de reconocer expresamente que la indemnización resarcitoria que corresponda por lesión de derechos fundamentales “será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo de acuerdo con lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores». Se modifica, así mismo, el art. 27.2 LPL, para establecer, como ya anticipara la doctrina unificada comentada, una excepción a la regla general de prohibición de acumulación de ninguna otra a las acciones de despido y extinción del contrato de trabajo del art. 50 LET; ahora, con la reforma, «Lo anterior se entiende sin perjuicio de la posibilidad de reclamar, en los anteriores juicios, la indemnización derivada de discriminación o lesión de derechos fundamentales conforme a los artículos 180 y 181 de esta Ley.».

Así las cosas, la sentencia estimativa de la pretensión resolutoria del trabajador producirá un doble efecto: la extinción del contrato de trabajo con efectos constitutivos y la condena al empleador a la indemnización que proceda: bien meramente la tasada legalmente del despido improcedente, o bien además de ésta, una adicional y complementaria resarcitoria de los daños colaterales – de índole material y/o moral – que pueda haber producido la conducta incumplidora empresarial subsumible en las aperturas causales del art. 50.1 LET. Extinguido el contrato de trabajo y perdido el empleo el trabajador se encontrará en situación legal de desempleo, naciendo con ello el derecho a las prestaciones de Seguridad Social para esta situación de necesidad.

Sin embargo, de nuevo aquí y a estos efectos, el carácter constitutivo de la sentencia resolutoria genera problemas prácticos. Ya se ha puesto de relieve que, tras cierta vacilación jurisprudencial, la vigente doctrina unificada ha sentado el criterio de que la obligación del trabajador de proseguir con la prestación laboral se mantiene incluso después de haber recaído sentencia en instancia estimativa de la pretensión del trabajador hasta que recaiga sentencia firme cuando la primera sea objeto de recurso por parte del empleador. Se plantea, así, la anómala situación de que la sentencia de instancia resuelve el contrato y desaparece con ello el título jurídico fuente de las prestaciones recíprocas de trabajador y empresario, pero ello sólo es así si la sentencia no es revocada pues de lo contrario la relación laboral se restablece retroactivamente. En este orden de ideas, la cuestión a resolver reside ahora en determinar si la sentencia definitiva es título jurídico suficiente para acreditar la situación legal de desempleo o, si por el contrario, habría que esperar a su firmeza para entender constituida dicha situación a la que se vinculan las prestaciones. El problema interpretativo debe abordarse, además, desde los ambiguos y nada concluyentes términos de dos normas concordantes: el art. 208.1.e) TRLGSS que establece, por un lado, de forma notoriamente imprecisa que la situación legal que desempleo se produce cuando la relación laboral se extingue por resolución voluntaria por parte del trabajador, en los supuestos previstos en los arts. 40, 41.3 y 50 de la LET; y por otra parte, el RD 625/1985,

de 2 de abril (art. 1.1 i)]¹⁵⁴ que especifica que la situación de desempleo se acreditará por *resolución judicial definitiva* declarando extinguida la relación laboral por alguna de las causas previstas en el art. 50.1 LET.

Autorizada doctrina se muestra favorable a aceptar la primera solución respecto a la resolución ex art. 50 LET, si bien se precisa que, pese a la literalidad del precepto reglamentario, la sentencia definitiva no basta para la acreditación de la situación legal de desempleo, debiendo acompañarse de la prueba de que el trabajador ha optado materialmente por el cese de la prestación¹⁵⁵, coincidiendo, así, con la línea de tendencia mayoritaria en la doctrina de suplicación que se ampara en el silencio del art. 1.1 RD 625/85 respecto a una eventual exigencia de firmeza de la resolución judicial para llegar a la misma solución¹⁵⁶. Por el contrario, la jurisprudencia del TS ha experimentado un significativo giro, desde una primera etapa en que se decantó por la tesis favorable a una interpretación extensiva del bloque normativo de referencia que avalaba la suficiencia de la sentencia definitiva del procedimiento resolutorio a efectos del nacimiento del derecho al desempleo¹⁵⁷, para después pasar a exigir la firmeza del pronunciamiento a tal efecto, apelando a que el lapso temporal entre la sentencia definitiva y la firme es un periodo de plena pervivencia del vínculo contractual¹⁵⁸. No obstante, esta postura del TS, consecuente, por lo demás, con su arraigada doctrina acerca del alcance del carácter constitutivo de la sentencia resolutoria y la consecuente regla general de la necesaria continuidad de la prestación laboral, no entra en la consideración de que se despache la ejecución provisional de la

¹⁵⁴ Que desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo

¹⁵⁵ En este sentido, DESDENTADO BONETE, A. y MERCADER UGUINA, J.: El desempleo como situación protegida, Cívitas, 1996, pg.88-89. En el mismo sentido, STSJ Madrid 6-9-1995 (AS 3302) que precisa que la situación legal de desempleo se produce en el momento en que, en virtud del art. 50, el trabajador deja de prestar servicios en la empresa, sea o no coincidente con aquel en que recae la sentencia definitiva, por lo que no podrá determinarse a priori; de este modo advierte que “la exigencia de la sentencia definitiva es una forma de acreditar la situación legal de desempleo, pero no es constitutiva de dicha situación”.

¹⁵⁶ Vid., entre otras, SS. TSJ La Rioja 2-9-1995 (AS 3205); TSJ Cataluña 4-2-1997 (AS 726). Em contra, exigiendo la firmeza de la sentencia STSJ Comunidad Valenciana 7-6-2000 (AS 4345)

¹⁵⁷ Vid. STS 14-7-1997 (RJ 6663) en la que tras advertir de que el art. 1.1 del RD 625/85 no contiene ninguna especificación que reduzca o limite el concepto de situación legal de desempleo proclamado por el art. 208.1 e) de la LGSS, sino que únicamente pretende especificar cuáles son las formas de acreditar la existencia de dicha situación, concluye que el citado precepto reglamentario “ha de ser necesariamente interpretado de forma extensiva, de modo que el mismo se aplique, por vía analógica, a las conciliaciones administrativas o judiciales acordadas en los casos de resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador basada en el art. 50 LET”, de lo que cabe inferir que, si cabe con mayores razones, será aplicable a la sentencia de instancia recaída en el proceso.

¹⁵⁸ Vid. STS 8-11-2000 (RJ 2001, 1419)

sentencia definitiva, en los términos analizados, que comportaría el anticipo de la extinción de la relación laboral y el cese de las prestaciones recíprocas, cumpliéndose así, los presupuestos establecidos por los arts. 208.1 LGSS y 1.1 RD 225/85.

PARTE II. ESTUDIO SISTEMÁTICO Y JURÍDICO CRÍTICO DE LAS APERTURAS CAUSALES EX ARTÍCULO 50.1. LET

CAPITULO I. MODIFICACIONES SUSTANCIALES CUALIFICADAMENTE LESIVAS

I. INTRODUCCIÓN. LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO COMO MANIFESTACIÓN DEL PODER EMPRESARIAL Y SUS LÍMITES JURÍDICOS

II. DELIMITACIÓN DEL SUPUESTO DE HECHO: LOS ELEMENTOS CONFIGURADORES DE LA CAUSA EXTINTIVA EX ART. 50.1 a) LET

1. El concepto jurisprudencial de modificación sustancial de condiciones de trabajo

2. El perjuicio “cualificado” causalizado en modificación sustancial de condiciones de trabajo. La formación profesional y a la dignidad del trabajador y las consecuencias de su incardinación en la noción de los conceptos jurídicos indeterminados

2.1 El perjuicio a la formación profesional del trabajador

2.2 El menoscabo de la dignidad del trabajador

2.3 Carga de la prueba del perjuicio “cualificado”

3. Precisiones en torno al ámbito material de operatividad de las modificaciones sustanciales “cualificadamente lesivas”

III. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA CAUSA EXTINTIVA

1. La problemática reconducción del supuesto extintivo a la figura de la resolución por incumplimiento ex. art. 1124 CC.

2. Modificaciones sustanciales “cualificadamente lesivas” y la doctrina del abuso de derecho.

3. La hipótesis de su reconducción a la figura de la rescisión por lesión

4. Conclusiones críticas

IV. LA CUALIFICACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO RESOLUTORIO. LAS NOTAS DE GRAVEDAD Y CULPABILIDAD

1. Consideraciones generales. Gravedad y culpabilidad como pretendida manifestación modalizadora de la resolución por incumplimiento empresarial

2. Fundamentación jurídica de la exigencia de cualificación de los incumplimientos empresariales resolutorios del art. 50.1 ET

3. Incidencia de las notas de gravedad y culpabilidad en el supuesto de modificaciones sustanciales “cualificadamente lesivas”. Las claves de un debate doctrinal y jurisprudencial

4. Conclusiones

V. CESE ANTICIPADO DE LA PRESTACIÓN DE TRABAJO Y RESOLUCIÓN CONTRACTUAL. EL *IUS RESISTENTIAE* Y LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL DE LA “AUTOTUTELA INMEDIATA”

VI. PARTICULARIDADES DE LA TUTELA RESARCITORIA: INDEMNIZACIÓN TASADA Y EL PRINCIPIO GENERAL DEL RESARCIMIENTO ÍNTEGRAL DE DAÑOS. PUNTOS CRÍTICOS

VII. OTRAS OPCIONES REACTIVAS DEL TRABAJADOR: LA EXIGENCIA DEL CUMPLIMIENTO Y SUS CAUCES JURÍDICOS

1. El *ius resistentiae*: la desobediencia lícita del trabajador

2. La acción de exigencia del cumplimiento: impugnación de la medida modificativa lesiva y dimisión provocada

CAPITULO I. MODIFICACIONES SUSTANCIALES DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO PRODUCTORAS DE PERJUICIO CUALIFICADO (art. 50.1 a) ET)

I. INTRODUCCIÓN. LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO COMO MANIFESTACIÓN DEL PODER EMPRESARIAL Y SUS LÍMITES JURÍDICOS

La primera de las aperturas causales del art. 50.1 ET cuyo cumplimiento legitima la resolución indemnizada del contrato de trabajo por voluntad del trabajador esta integrada por dos elementos acumulativos: a) una modificación sustancial de condiciones de trabajo y b) el perjuicio a la formación profesional o a la dignidad del trabajador producido por la medida modificativa. Es claro, pues, que esta causa extintiva conecta con la facultad empresarial de modificar sustancialmente las prestaciones objeto de la relación laboral que constituye una de las manifestaciones del poder que el ordenamiento jurídico reconoce al empleador con la finalidad de organizar, dirigir y disciplinar las relaciones laborales en el ámbito de la empresa, pero la conexión se completa sólo en aquellos supuestos en que tal facultad se ejercita franqueando un concreto límite que el ordenamiento jurídico le impone, lo que determina su antijuridicidad. Dicho más resumidamente, la resolución contractual ex art. 50.1 a) ET es una de las respuestas que el ordenamiento jurídico-laboral ofrece al trabajador frente a una específica muestra de ejercicio antijurídico del poder organizativo del empresario. En este orden de ideas, se hace precisa una preliminar y somera reflexión acerca de la finalidad, el fundamento y, sobre todo, de los límites jurídicos del poder organizativo empresarial con el objeto de marcar los perfiles de la causa extintiva en estudio.

El reconocimiento por el Derecho del Trabajo del poder directivo del empresario se orienta, como se ha dicho, a la consecución de la organización de la empresa en su dimensión laboral por lo que, conforme a la finalidad

perseguida, puede hablarse de un “poder jurídico” organizador cuyo presupuesto básico y mediato se encuentra en el art. 38 CE que proclama el derecho a la libertad de empresa. Este poder se singulariza respecto a cada concreto trabajador a través del contrato de trabajo, por el cuál éste se inserta en el “ámbito de organización y dirección” del empleador (art. 1.1 ET) como sujeto de una relación caracterizada *ex lege* por la nota de dependencia o subordinación. De este modo, la posición de poder organizativo que ostenta el empresario en el ámbito de la relación laboral no es de carácter estrictamente contractual, sino que tiene dos ordenes de fundamentos o vertientes: una organizativa-general, orientada a la consecución de la organización de la empresa en su conjunto y, por tanto, del trabajo que se presta por su cuenta y otra contractual- individual, cuya finalidad es la satisfacción del derecho de crédito que el empresario ostenta frente al trabajador ¹⁵⁹. Esta doble caracterización del poder de dirección cobra especial significación cuando se trata de dotar de cobertura técnico-jurídica al régimen de la variación sustancial de las condiciones de trabajo, ya que el poder directivo, entendido como anexo de refuerzo o “plus” del derecho de crédito *ex contractu*, no sólo le otorga al empresario la facultad de especificar la obligación genérica del trabajador sino, además, la facultad de disposición sobre la prestación laboral adoptando, entre otras, decisiones modificativas de las condiciones laborales para adaptarlas a las necesidades de la empresa cuando, aún siendo sustanciales, sea preciso para la íntegra satisfacción de su crédito frente al trabajador ¹⁶⁰.

En definitiva, la labor de dotar de fundamento técnico-jurídico al poder de dirección y, en particular, a las vicisitudes del contrato de trabajo que conforme al régimen legal constituyen manifestaciones del mismo –tales como la modificación sustancial de condiciones de trabajo, así como las suspensiones y extinciones derivadas de exigencias “objetivadas”de la empresa-, no puede abordarse desde una perspectiva exclusivamente contractualista-civilista¹⁶¹ ni

¹⁵⁹ MONTOYA MELGAR, A.: "Nuevas dimensiones jurídicas de la organización del trabajo en la empresa", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 23, 2000, pg. 26.

¹⁶⁰ En este sentido, MONTOYA MELGAR, A.: “Nuevas dimensiones de la organización del trabajo en la empresa”, cit., pp. 32-33.

¹⁶¹ Sobre las dificultades de fundamentación jurídica de la facultad empresarial de modificar sustancial y unilateralmente las condiciones de trabajo desde una óptica estrictamente contractual, vid. VIDA SORIA, J.: “El nuevo régimen jurídico de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, El nuevo Estatuto de los Trabajadores: Puntos críticos (Borrajo Dacruz, dir.), Edersa, Madrid, 1995, pg. 78. El

recurriendo tan sólo a una explicación socio-económica, sino mediante la utilización combinada de ambos criterios. En efecto, con esta perspectiva el fenómeno novatorio que nos ocupa ha de entenderse desde una aprehensión de la doble vertiente funcional (funcionalidad o causa compleja) del contrato de trabajo: la función de reglamentación de los contrapuestos intereses de las partes (función cambiaria) y la función de organización del trabajo en la empresa (función organizativa). Desde el prisma de la complejidad causal del contrato de trabajo puede hablarse de un “sistema de contratación laboral en la empresa” en el que los nexos contractuales pueden verse afectados por la dinámica de la organización productiva cuando una alteración sobrevenida de las circunstancias determina nuevas necesidades organizativas que el sistema legal atiende regulando las vicisitudes contractuales antes mencionadas –entre ellas la modificación sustancial de condiciones de trabajo, que ahora interesa- en el marco general del poder que se concede al empleador de dirigir y gestionar las prestaciones laborales, esto es el poder de dirección, expresión de la constitucional libertad de empresa, que queda así puesto al servicio del “interés objetivo” de la organización empresarial¹⁶². De este modo, puede afirmarse que el art. 41 ET al facultar al empresario a modificar sustancialmente las condiciones de trabajo, individual o colectivamente, con el objeto de afrontar necesidades de reorganización del aparato productivo, está asumiendo una función organizativa y positivizando en el ordenamiento laboral el juego de la categoría general de la alteración sobrevenida de las

autor advierte de que el mecanismo de especificación de las obligaciones genéricas y el mandato flexibilizador contenido en los arts. 1258 y concordantes del CC si bien pueden servir de apoyo a una cierta adaptabilidad sobrevenida de las prestaciones contractuales, no permiten dotar de cobertura teórico-jurídica a la modificación sustancial de dichas prestaciones. En la misma línea, el autor afirma, categóricamente, que el art. 41 ET reconoce un poder de dirección empresarial que “descoyunta cualquier construcción contractualista- civilista del contrato de trabajo”, op. cit., pg. 88.

¹⁶² Vid. MONEREO PÉREZ, J.L. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Caracterización técnico-jurídica del fenómeno extintivo producido por causas del funcionamiento de la empresa: artículos 51 y 52 c) LET”, REDT, n° 85, 1997, pp. 679-680. En el mismo sentido, RIVERO LAMAS, J.: “Comentario al art. 20 LET”, en VV.AA., *Comentario al Estatuto de los Trabajadores* (dir. Monereo Pérez, J.L.), Comares, Granada, 1998, pg. 306, para el que “esta complejidad causal permite comprender la especificidad de numerosas técnicas e instituciones jurídicas laborales que tienen una configuración muy distinta de las categorías tradicionales del Derecho común, en tanto anudan las exigencias y necesidades de la organización productiva a vicisitudes contractuales. La repercusión de tales exigencias en las obligaciones contractuales (adoptables por la empresa bajo un régimen procedimental y causal –causa justificativa de la medida empresarial-) es variable en función de la medida prevista. Tales fenómenos vienen a corroborar esa ineludible conexión entre la relación contractual laboral y la organización productiva en cuyo seno se desarrolla”. En el mismo sentido, MONEREO PÉREZ, J.L. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Caracterización técnico-jurídica del fenómeno extintivo producido por causas del funcionamiento de la empresa: artículos 51 y 52 c) LET”, REDT, n° 85, 1997, pp. 679-680.

circunstancias que afectando a la situación objetiva de la empresa justifica en este caso la novación contractual.

Es pacífica, pues, la doctrina acerca de que la fundamentación teórico-jurídica de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo exige el recurso al poder empresarial, pero sentada esa convención aquélla se divide entre los autores que se decantan por estimar que todas las posibles manifestaciones de ese poder jurídico-laboral pueden acogerse bajo la denominación genérica de “poder de dirección”, optando por una concepción amplia del mismo, y los que optan por una solución desglosadora enunciando tantos poderes empresariales como manifestaciones concretas del poder directivo en sentido amplio que dispongan de cierta autonomía jurídica ¹⁶³. Algún autor, con un planteamiento particular sobre estos poderes y partiendo de la concepción de la empresa como entidad pluriorganizativa, postula la idoneidad del término “poder empresarial organizacional” ¹⁶⁴ para hacer referencia a las facultades reconocidas jurídicamente al empresario para adaptar los recursos humanos a las necesidades objetivas de la empresa y así optimizar su rentabilidad, productividad y competitividad. Desde esta perspectiva la modificación sustancial de las condiciones de trabajo sería una de las manifestaciones del ejercicio de un “poder empresarial directamente organizacional” que se conviene en denominar “poder empresarial de modificación extraordinaria de la prestación de servicios”¹⁶⁵.

Pero al margen de los aspectos conceptuales y terminológicos, es importante recordar que el poder organizador del empresario, reconocido y regulado por el Derecho, no es omnímodo e ilimitado en su actuación sobre la relación laboral sino que, al tratarse, precisamente, de un “poder jurídico”, en cuanto que reconocido normativamente, queda limitado por la propia norma con el objeto de minimizar la discrecionalidad que aquel poder entraña ¹⁶⁶; es

¹⁶³ Para una sistematización de las diversas posturas doctrinales al respecto, CRUZ VILLALÓN, J.: Las modificaciones de la prestación de trabajo, cit., pp. 84 y ss.; ROMÁN DE LA TORRE, M.D.: Poder de dirección, Grapheus, Valladolid, 1992, pp. 73-125.

¹⁶⁴ Vid. LUQUE PARRA, M.: Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral, Bosch, Barcelona, 1999, pp. 23 y ss.

¹⁶⁵ Diferenciándola así de la movilidad funcional extraordinaria y del desplazamiento por la presunción de indefinición que caracteriza a las alteraciones sustanciales de las condiciones de trabajo. En este sentido, Vid. LUQUE PARRA, M., op. cit., pp. 53 y 60 y ss.

¹⁶⁶ Sobre los poderes directivos del empresario conceptuándolos como poderes jurídicos, Vid. CRUZ VILLALÓN, J.: Las modificaciones de la prestación de trabajo, MTSS, Madrid, 1983, pg. 32; MOLINA

decir, su ejercicio debe someterse a lo que se ha dado en denominar “zona de imposición”¹⁶⁷ representada por las normas laborales imperativas y mínimas que establecen “un estándar general de legalidad o, más ampliamente, de juridicidad a las decisiones patronales”¹⁶⁸ al insertarse en el marco de un tipo contractual normado o de contenido predeterminado heterónomamente como es el contrato de trabajo. Desde esta lógica y al objeto de acotar las modificaciones sustanciales legalmente configuradas como causa justa de resolución contractual por voluntad del trabajador ex art. 50.1 a) ET, interesa ahora, por un lado, subrayar que como cualquier otra expresión del poder directivo (organizativo) del empresario, constituyen una medida sometida a límites jurídicos, y por otro lado, determinar qué límite, dentro de los establecidos por el legislador, es el que concretamente ha de rebasarse para que se produzca un incumplimiento empresarial que justifique la resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador afectado con la máxima indemnización.

En lo que concierne a los límites generales, la facultad de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, está sujeta a un límite interno inherente a la propia naturaleza del derecho a la libre empresa (art. 38 CE), determinado por “las exigencias de racionalidad técnico-productiva” a las que el legislador concede relevancia imponiendo la presencia de determinadas causas y finalidades objetivas de ese carácter para la legalidad material de la medida modificativa, tal y como sucede con la mayor parte de las restantes decisiones empresariales de poder¹⁶⁹. A este límite de fondo se anuda un límite formal que instrumentaliza un control “ex ante” de la causalidad y razonabilidad de la actuación empresarial, también común a otras muchas manifestaciones del poder organizativo¹⁷⁰, que aquí se diversifican según el alcance, individual o colectivo de la modificación que se pretenda implantar. Y

NAVARRETE, C.: "Hacia una revisión constitucional de la función de la "buena fe contractual" en las relaciones jurídico-laborales", RL, 1992 I, pg. 355.

¹⁶⁷ Vid. FERNÁNDEZ CAVEDA, A.: La gestión integrada de Recursos Humanos, Bilbao, 1993, pg. 31.

¹⁶⁸ MONTOYA MELGAR, A.: “Nuevas dimensiones jurídicas de la organización del trabajo...”, cit., pg. 23.

¹⁶⁹ Sobre éste límite y su operatividad en las diversas expresiones del poder organizativo del empresario, vid. MONTOYA MELGAR, A.: “Nuevas dimensiones jurídicas de la organización del trabajo en la empresa” cit., pp. 23-24.

¹⁷⁰ LUQUE PARRA, M.: Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral, cit., pp. 133 y 324.

por último, también opera un límite externo, que comparten todas las decisiones del empleador, representado por el estatuto jurídico del trabajador que, nutrido de múltiples y diversas fuentes – constitucionales, legales y convencionales- e integrado por un haz de derechos y facultades, “traza la frontera ante la cuál debe detenerse el ejercicio lícito o regular del poder empresarial” ¹⁷¹.

En lo que concierne a este último límite determinado por el estatuto jurídico del trabajador, como se tendrá ocasión de abundar más adelante, su “núcleo duro” viene dado por la incidencia de los derechos fundamentales que el trabajador ostenta en cuanto que ciudadano frente al empresario, consecuencia del principio “Drittwirkung der Grundrechte” que, como es conocido, implica la eficacia horizontal y no sólo vertical de aquellos derechos, siendo ejercitables tanto frente a los poderes públicos como frente a particulares ¹⁷² y por tanto frente al empresario. Pero junto a estos derechos, el estatuto jurídico del trabajador también alberga otros derechos reconocidos en sede de legalidad ordinaria que, por ello mismo, operan también como otras tantas barreras al ejercicio del poder organizador del empleador condicionando su “regularidad” o juridicidad: el derecho a la ocupación efectiva; el derecho a la formación y promoción profesional; el derecho a la consideración debida a su dignidad (art. 4.2 a), b) y e) ET).

Alguna doctrina, en el marco de una opción sistematizadora, diversa a la anterior, de los límites jurídicos al poder organizativo del empresario, distingue entre límites generales –representados, únicamente, por los derechos fundamentales, el derecho a la seguridad y salud laboral y el principio de buena fe contractual-, y límites singulares o específicos de cada manifestación concreta del poder directivo entre los que, a su vez, se diferencian los “sustanciales”, impuestos *ope legis* con el objeto de garantizar la licitud material o de fondo de la decisión empresarial y los formales o procedimentales que

¹⁷¹ Vid. MONTOYA MELGAR, A., op. cit., pp. 23-25.

¹⁷² Vid. VALDÉS DAL-RÉ, F.: "Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador", RL, 1990/ I, pg. 21 y “La vinculabilidad jurídica de los derechos fundamentales de la persona del trabajador: una aproximación de Derecho comparado”, Derecho privado y Constitución , nº 17, 2003; RIVERO LAMAS, J.: "Tutela jurídica de los derechos laborales en el ordenamiento español", REDT nº57, 1993, pp. 14 y ss.; MOLINA NAVARRETE, C.: "Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales (El paradigma de la "Drittwirkung" laboral a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional)", RTSS nº3, 1991, pp.63 y ss.

persiguen controlar el efectivo cumplimiento de los “sustanciales”¹⁷³. De conformidad con esta sistematización, en lo concerniente a la modificación sustancial de condiciones de trabajo, como particular expresión del ejercicio del poder empresarial, los límites específicos establecidos por los arts. 40 y 41 ET se reducen a uno de carácter causal y otro formal-procedimental tan significativamente debilitado por la reforma laboral de 1994, que la doctrina ha renunciado expresamente a seguir hablando, en este caso, de un poder empresarial “débil”¹⁷⁴.

No obstante, a efectos de la aprehensión y fundamentación de la causa resolutoria del art. 50.1 a) ET, resulta intrascendente tomar partido por una u otra de las opciones metodológicas apuntadas e, incluso, el alcance de los límites causales y formales establecidos legalmente para la legalidad de la medida modificativa, bastando tan sólo enfatizar que el estatuto jurídico del trabajador afectado por ella y, concretamente, el derecho a la dignidad (arts. 10 CE y 4.2. e) ET) y el derecho a la formación y promoción profesional en el trabajo (arts. 40.2, 35 CE y 4.2.b) ET) operan como una barrera infranqueable a los requerimientos organizativos empresariales ya que, precisamente, su vulneración a resultas de la medida empresarial determina, como más adelante se argumentará, un incumplimiento del empresario con eficacia resolutoria del vínculo contractual al amparo del art. 50.1 a) ET.

II. DELIMITACIÓN DEL SUPUESTO DE HECHO: LOS ELEMENTOS CONFIGURADORES DE LA CAUSA EXTINTIVA EX ART. 50.1 A) ET

Conforme al tenor literal del art. 50.1 ET, son dos los elementos configuradores de la causa extintiva contemplada en su ap. a): por un lado, debe operarse una modificación sustancial de las condiciones de trabajo inicialmente convenidas y por otro lado, y desde la perspectiva de sus efectos sobre el trabajador, ésta debe redundar en perjuicio de su formación profesional o en menoscabo de su dignidad.

¹⁷³ Para esta metodología sistematizadora, vid. LUQUE PARRA, M., op. cit., pp. 108-162.

¹⁷⁴ En este sentido, MONTOYA MELGAR, A., op. cit., pg. 45, rectificando a la vista de las nuevas circunstancias la expresión utilizada en su trabajo anterior a la reforma “Poder del empresario y movilidad laboral”, REDT, n° 38, 1989.

1. El concepto jurisprudencial de modificación sustancial de las condiciones de trabajo

En cuanto al primero de los elementos configuradores, las principales cuestiones que se suscitan conciernen, en primer término al concepto de modificación sustancial de condiciones de trabajo y, por otro lado, a si el precepto se refiere a modificaciones sustanciales lícitas, ilícitas o indistintamente a cualquiera de ellas lo que constituye el núcleo de un debate doctrinal que aún permanece abierto y sobre el que trataremos más adelante.

Por lo que respecta al concepto y caracterización de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, la doctrina científica ha sentado el criterio de que es obligada la remisión al art. 41 ET en el que se apoya de manera indirecta el ap.a) del art. 50.1 ET, pero sin perjuicio de lo anterior, debe defenderse una interpretación extensiva del concepto a efectos de incluir también en él el traslado ¹⁷⁵ tal y como se desprende, indirectamente, del art. 41.5 ET pese a que el legislador haya segregado su régimen jurídico específico ubicándolo en el art. 40.2 de la Ley estatutaria. Es pacífica, por otra parte, la tesis de que se trata, con carácter general, de modificaciones objetivas, esto es las que inciden en el objeto de la relación laboral y no las que inciden sobre los sujetos, con excepción hecha de algunas modificaciones que operan en el ámbito de ciertas relaciones laborales de carácter especial¹⁷⁶.

Pero situados ya en el marco del art. 41, la delimitación de la noción de modificación sustancial y en particular la delimitación del alcance del calificativo “sustancial” que se predica de las modificaciones que conforman –junto con el perjuicio que producen – el supuesto de hecho extintivo del art. 50.1 a) ET sigue constituyendo hoy por hoy uno de los principales problemas interpretativos y aplicativos del primer precepto estatutario e, indirectamente del segundo.

¹⁷⁵ Vid., en este sentido, MONTOYA MELGAR, A., op. cit., pg. 49. De este modo sólo deben considerarse excluidas las modificaciones sustanciales consensuadas, mediante pacto individual, con el trabajador o con cada uno de los trabajadores afectados.

¹⁷⁶ Vid. Art. 10.3d) RD. 1382/85 de 1 de Agosto sobre la relación laboral especial del personal de alta dirección y art. 8.1 RD. 1424/85 de 1 de Agosto sobre la relación especial de servicios en el hogar familiar.

En este sentido es conocido el debate acerca de si el parámetro de referencia de la “sustancialidad” es la materia objeto de la modificación, si, por el contrario, lo es la entidad del cambio, o si se trata de ambos conjuntamente. La jurisprudencia, como se sabe, ha manejado soluciones diversas e incluso contradictorias al respecto¹⁷⁷, aunque parece haber terminado imponiéndose en la doctrina unificada la postura que considera que el modelo estatutario descansa para la delimitación del supuesto de hecho del art. 41, no tanto en el tipo de condición de trabajo afectada, cuanto en la entidad o importancia del cambio propuesto¹⁷⁸. Pero, con todo, una interpretación global del art. 41 ET conduce a que la solución más atendible sea la que conjuga la necesidad de concurrencia de ambos parámetros, es decir que la que entiende que la *sustancialidad* requiere que la modificación afecte a condiciones de trabajo esenciales de la relación laboral, así como que el cambio sea suficientemente significativo o intenso, tal y como queda de manifiesto con el criterio general que, a modo de cláusula de estilo presente en múltiples pronunciamientos, exige que el cambio sea “de tal naturaleza que altere y transforme los aspectos fundamentales de la relación laboral pasando a ser otros distintos de modo notorio”¹⁷⁹. En ese contexto, la doctrina unificada subraya el insoslayable carácter casuístico de la calificación, dado que el órgano judicial deberá efectuar un análisis que habrá de tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes conforme a un triple factor de ponderación: la entidad del cambio, su alcance temporal y el nivel de perjuicio o el sacrificio que la alteración

¹⁷⁷ En la línea de que lo sustancial debe ser el objeto de la modificación, esto es la condición de trabajo afectada por el cambio Vid. SSTS 15-3-91 (RJ 1861); 29-11-91 (RJ 8833); STSJ Galicia 18-2-2000 (AS 2000,299). Por contra, en el sentido de que el parámetro es la entidad del cambio teniendo en cuenta el carácter abierto y ejemplificativo de la lista de materias del art.41.2, Vid. Entre otras, STS (CA) 2-2-94 (RJ 900)

¹⁷⁸ SSTS 3 diciembre 1987; 3 abril 1995; 11 noviembre 1997; 2 abril 2001; 22 septiembre 2003; 10 octubre 2005 y 28 febrero 2007. La STS 9 abril 2001, se ha pronunciado en este sentido con contundencia: «La aplicación del art. 41 ET no se halla referida al hecho de que la condición sea sustancial, sino a *la exigencia de que sea sustancial la propia modificación*, y a tal efecto se ha entendido tradicionalmente como tal aquella modificación que afecta a los aspectos fundamentales de la condición, de forma que con ella pasan a ser otros distintos de un modo notorio»

¹⁷⁹ Vid, SSTS 3-12-87 (RJ 822); 15-3-1990 (RJ 3087); 31-5-1991 (RJ 3932); 8-2-1993 (RJ 749), tesis que ha sido acogida mayoritariamente por la doctrina y en este sentido, Vid. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F.: La modificación sustancial de las condiciones de trabajo, Universidad de Alicante, Alicante, 1984, pp. 137 y ss.; RAMIREZ MARTÍNEZ, J.M.: "Modificación de condiciones de trabajo, movilidad geográfica y funcional", La Reforma del Mercado de Trabajo (Borrajó Dacruz dir.), Actualidad Editorial, Madrid, 1993, pg. 530; CRUZ VILLALÓN, J.: "La aplicación jurisprudencial de la reforma en materia de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo", RL, nº 23, 1996, pg.17; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: El régimen jurídico de la modificación sustancial de condiciones de trabajo. Estudio del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores, Aranzadi, Pamplona, 1999, pg.102.

supone para los trabajadores afectados atendidas, también, las eventuales compensaciones¹⁸⁰.

Mención especial merece, en orden a la interrelación que guarda el art. 41 con el art. 50.1.a) ET, el papel que haya de jugar el *perjuicio* que la modificación implique en orden a su calificación de sustancial, porque a pesar de que, por lo general, los parámetros referidos parece que han de ser valorados de forma conjunta, en un buen número de casos dudosos es el criterio del perjuicio el principalmente invocado para el deslinde con el *ius variandi*. En este sentido, mientras un sector doctrinal se muestra contrario a considerarlo como un elemento constitutivo del supuesto de hecho y, en consecuencia rechaza que pueda erigirse en esencial y definitivo para el enjuiciamiento¹⁸¹, otro sector le concede un valor preeminente hasta el punto de entender que su ausencia excluye la existencia de modificación sustancial¹⁸², o, al menos, que su presencia opera como elemento base para una presunción de la sustancialidad del cambio implementado¹⁸³.

El análisis de la doctrina judicial y de la más reciente jurisprudencia unificada siguen poniendo de manifiesto que la “sustancialidad” de una variación de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo es un concepto jurídico indeterminado requerido de una apreciación judicial insoslayablemente

¹⁸⁰ Vid. STS 26 abril 2006, «para calificar la sustancialidad de una concreta modificación habrá ponderarse no solamente la materia sobre la que incida, sino también sus características, y ello desde la triple perspectiva de su importancia cualitativa, de su alcance temporal e incluso de las eventuales compensaciones».

¹⁸¹ MOLERO MARAÑÓN, M.L.: “Una visión crítica del régimen de modificación sustancial de condiciones de trabajo: claves para un futuro debate”, RL, n^o 20, 2008.

¹⁸² GOERLICH PESET, J. M.: «El concepto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», AS, n.º 13, 2007, pg. 73 y en parecidos términos, CUENCA ALARCÓN, M., *La determinación de la prestación de trabajo. Clasificación profesional y trabajo convenido*, CES, Madrid, 2006, pg. 78-80. Más matizadamente, CRUZ VILLALÓN, J., «Modificación del tiempo de trabajo», RDS, n.º 38, 2007, pg. 51. para el que hay que establecer «una cierta presunción de que cuando el cambio produce un perjuicio estimable y valorable objetivamente, la modificación tiene alcance sustancial».

¹⁸³ En este sentido más matizado, vid. CRUZ VILLALÓN, J., «Modificación del tiempo de trabajo», RDS, n.º 38, 2007, pg. 51, para el que hay que establecer «una cierta presunción de que cuando el cambio produce un perjuicio estimable y valorable objetivamente, la modificación tiene alcance sustancial». En esta línea se inscriben también recientes pronunciamientos del TS que ponen un énfasis especial en la relevancia del criterio del perjuicio o potencial daño del asalariado en orden a la calificación de la medida novatoria de modificación sustancial (vid., entre otras, SSTS 11 julio 2007 y 26 abril 2006).

casuística ¹⁸⁴ que, a la sazón comporta un elevado grado de incertidumbre e inseguridad jurídicas, circunstancias éstas que podrían atenuarse, bien mediante una identificación y concreción de los supuestos de modificación sustancial a través de la negociación colectiva ¹⁸⁵, o bien estableciendo en el propio texto legal una relación de criterios que permitan fijar una presunción *iuris tantum* a favor del carácter sustancial del cambio que sirvan de referencia a los órganos jurisdiccionales en su labor de calificación judicial de la medida modificativa y al propio empresario a la hora de su implementación ¹⁸⁶.

En otro orden de cosas, existe práctica unanimidad doctrinal en orden a que el listado de materias o condiciones de trabajo susceptibles de una potencial modificación sustancial establecido en el art. 41 ET es abierto o meramente enunciativo ¹⁸⁷, pero aún así puede servir de referencia en orden a delimitar el ámbito material de afectación de las mismas. Recordemos que, entre otras, el legislador considera modificaciones sustanciales las que afecten a jornada, horario, régimen de turnos, sistemas de remuneración, sistema de trabajo y rendimiento y las funcionales que sobrepasen los límites de la movilidad funcional ex. art.39 ET. De ellas sólo las relativas a jornada, horario y turnos son las que la ley considera potencialmente generadoras de perjuicio simple en orden a concederle al trabajador el derecho de rescisión indemnizada del contrato con indemnización “menor” ex art. 41.3.2º inc. ET.

¹⁸⁴ Sobre su consideración como concepto jurídico indeterminado, Vid. LUQUE PARRA, M., op. cit. pg 64, nota 120, que además detecta la dificultad de extraer reglas generales de la doctrina judicial al existir pronunciamientos judiciales que ante supuestos de hecho asimilables llegan a resultados contradictorios. En el mismo sentido, SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C, op. cit., pg. 103; MOLERO MARAÑÓN, M.L.: “Una visión crítica del régimen de modificación sustancial de condiciones de trabajo: claves para un futuro debate”, RL, nº 20, 2008.

¹⁸⁵ Sobre la posibilidad y conveniencia de esta identificación apuntando, no obstante los problemas técnicos-jurídicos que ello comporta, SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., op. cit., pg.104; en general, sobre la concreción a través de la negociación colectiva de conceptos jurídicos indeterminados establecidos en la ley, Vid. LUQUE PARRA, M., op. cit., pp. 610 y ss.

¹⁸⁶ En este sentido, MOLERO MARAÑÓN, M.L.: “Una visión crítica del régimen de modificación sustancial de condiciones de trabajo...”, cit.

¹⁸⁷ Entre otros muchos autores, Vid. PLANAS PUCHADES, L.: " La modificación sustancial de las condiciones de trabajo", REDT nº 13,1983, pg.98; SALA FRANCO, T.- LÓPEZ-TARRUELLA, F., op. cit., pg.96; VIDA SORIA, J.: “ El nuevo régimen jurídico de las modificaciones sustanciales...” cit., pg. 83. Más matizadamente CRUZ VILLALÓN, J.: Las modificaciones de la prestación de trabajo, cit. pg.223, al considerar que sólo las modificaciones relativas a las condiciones principales de la relación laboral pueden ser tildadas eventualmente de sustanciales. En el mismo sentido GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "Los criterios jurisprudenciales en materia de extinción del contrato por modificación sustancial de las condiciones de trabajo", en La flexibilidad laboral en España, IRL, Zaragoza, 1993, pg.320.

Por contra, el ámbito material de afectación de las modificaciones sustanciales a las que se refiere el art. 50.1.a) ET como presupuesto de la otra extinción igualmente indemnizada a instancia del trabajador es, en principio más amplio, abarcando, entre otras, a cualquiera de las materias listadas del art.41.1 ET, siempre que su alteración genere un perjuicio a la formación profesional del trabajador o menoscabe su dignidad. Sin embargo esta última afirmación admite matices a la luz de la interpretación, que seguidamente se efectuará, del específico perjuicio que dichas modificaciones deben producir, por lo que se volverá a incidir en esta cuestión más adelante.

Otras cuestiones que han suscitado problemas hermenéuticos, si bien es cierto que el debate doctrinal y jurisprudencial al respecto se libró antes de la reforma laboral operada por la Ley 11/1994 ¹⁸⁸, son las referidas a si las condiciones de trabajo modificables sustancialmente pueden serlo tanto las de origen normativo, cuanto las de origen contractual y, por otro lado, se ha cuestionado si las modificaciones incardinables en el precepto son las de alcance colectivo cuanto las individuales. En efecto, tales problemas interpretativos fueron resueltos por el legislador de 1994 al establecer en la nueva redacción dada al art. 41, en lo que concierne al primero de ellos, que la medida modificativa puede afectar a condiciones de trabajo pactadas en convenios colectivos estatutarios de eficacia *erga omnes* -enfrentándose así a lo que había venido siendo la postura mayoritaria de la doctrina científica y judicial-, aunque imponiendo limitaciones que se concentran en sustraer las modificaciones de jornada y funciones y en el requisito de un imperativo acuerdo entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores (art. 41.2, prf. 3º ET) ¹⁸⁹.

¹⁸⁸ Una sistematización del debate doctrinal y jurisprudencial al respecto en SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: El régimen jurídico de la modificación sustancial de condiciones de trabajo. Estudio del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 88-99.

¹⁸⁹ No obstante, algunos autores, sobre la base de algunos pronunciamientos del TC (SSTC 92/ 1992 y 105/ 1992) entendieron que lo únicamente rechazado por el TC era la modificación de condiciones de trabajo convencionales mediante autorización administrativa, sin entrar en la valoración de la constitucionalidad de modificaciones pactadas con los representantes de los trabajadores, lo que no cerraba la posibilidad de su licitud. En este sentido Vid. DURÁN LÓPEZ, F.: "Negociación colectiva y sistema de relaciones laborales", Rev. de Economía y Sociología del Trabajo, nº 18,1992, pp. 15 y ss.; CONDE MARTÍN DE HIJAS, V.: "Modificación de condiciones de trabajo. Algunos puntos críticos", AL, nº 30, 1994.

Respecto a este acuerdo colectivo modificativo, conviene resaltar dos aspectos: primero, su naturaleza jurídica respecto a la que se ha sostenido que ostenta eficacia personal general aunque su naturaleza sea contractual y no normativa a diferencia de los convenios colectivos del Título III ET ¹⁹⁰; y segundo, su virtualidad como título de la modificación sustancial de modo que la medida modificativa queda aquí totalmente sustraída del ámbito del poder organizativo del empresario pasando al ámbito de la autonomía colectiva. En este último sentido, se diferencia claramente del acuerdo que eventualmente pudiera alcanzarse en el preceptivo periodo de consultas integrante del procedimiento legal de modificaciones colectivas de condiciones de trabajo contractuales ex. art. 41.4 ET, un acuerdo que, además de no ser exigido por la ley, de alcanzarse no altera la titularidad de la facultad modificativa que sigue perteneciendo al empresario, es decir, “ la decisión empresarial (sigue siendo) el único título ejecutivo de la alteración sustancial”, de modo que la fuerza vinculante de dicho acuerdo se despliega en el momento en que el empresario ejerce su potestad modificativa habiendo de hacerlo, no obstante, conforme a lo estipulado con los representantes en la fase consultiva ¹⁹¹.

En cuanto al segundo de los problemas debatidos, también vino a ser resuelto por la reforma del art. 41 ET que expresamente regula dos tipos de modificación de condiciones de trabajo de origen contractual: las individuales, cuando afectan a condiciones de trabajo disfrutadas a ese título; y las colectivas, en caso de que se refieran a condiciones laborales disfrutadas en virtud de pacto colectivo extraestatutario o de una concesión unilateral del empresario de efectos colectivos, si bien sometiéndolas a diferentes requisitos formales, en el sentido de exigir para éstas últimas un procedimiento de consultas-negociación con los representantes legales de los trabajadores.

2. El perjuicio “cualificado” causalizado en la modificación sustancial de condiciones de trabajo. La formación profesional y a la dignidad del trabajador y las consecuencias de su incardinación en la noción de los conceptos jurídicos indeterminados

¹⁹⁰ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., op. cit., pg.159.

¹⁹¹ En este sentido, SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., op. cit., pp. 204 y ss.

El segundo elemento estructural en la “tipificación” de la causa extintiva ex art. 50.1 a) ET, viene constituido por los resultados que para el trabajador derivan de la medida empresarial, ya que para que ésta sea justa causa de la resolución contractual el legislador establece el imperativo requisito de que ha de “redundar en perjuicio de la formación profesional o en menoscabo de la dignidad” del trabajador ¹⁹², quedando de este modo, patente la diferencia conceptual entre el art. 41 y el art. 50.1.a).

En efecto, ya se ha apuntado que el perjuicio no es considerado por lo general, ni a nivel doctrinal ni jurisprudencial, como elemento constitutivo del concepto de modificación sustancial ex art. 41 ET y buena prueba de ello es que, precisamente, la norma estatutaria instituye la garantía extintiva a favor del trabajador ex art. 41.3, solamente si éste «resultase perjudicado por la modificación sustancial» y, del mismo modo, la facultad resolutoria del art. 50.1.a) ET sólo opera cuando la modificación redunde en perjuicio de su formación profesional y/o la dignidad, presuponiendo entonces la existencia de modificaciones de esta naturaleza que no aboquen en perjuicios para los afectados. Es decir, si el perjuicio se configura legalmente como requisito esencial de las dos diversas vías de reacción atribuidas al trabajador afectado consistentes en la extinción indemnizada del contrato – ex arts 40.2, 41.3 y 50.1 a) ET-, parece evidente que con ello el legislador ha pretendido disociar medida modificativa y perjuicio en ambos casos, de modo que no quepa deducir que son conceptos sinónimos o vinculados por una relación ineludible de causa-efecto¹⁹³, aunque, como con agudeza crítica se ha apuntado, esa disociación no deja de constituir “un sarcasmo” dado que “la razón de ser del art. 41 y de las limitaciones del poder empresarial que contiene es,

¹⁹² La jurisprudencia ha insistido, hasta la saciedad, en la exigencia de este segundo requisito, ya que la nuda modificación sustancial no basta para el cumplimiento de la causa resolutoria, debiendo ir acompañada por el perjuicio a la formación profesional y/o a la dignidad del trabajador; vid., entre otras muchas, SSTS 15-3-1990 (RJ 3087); 9-4-1990 (RJ 3434); 31-5-1991 (RJ 3932); 8-2-1993 (RJ 749) y STSJ Madrid 24-1-1997 (AS 136); STSJ Valencia 18-11-1997 (AS 4763); STSJ Galicia 23-9-1998 (AS 6326); SSTSJ Canarias 15-1-1999 (AS 954) y 29-11-1999 (AS 4054); STSJ Galicia 26-1-2000 (AS 107).

¹⁹³ Vid. CRUZ VILLALÓN, J.: “La aplicación judicial de la reforma en materia de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo”, en *La modificación del contrato de trabajo*, Madrid, 1997, pp. 155 y 175; MOLERO MARAÑÓN, M.L.: “Una visión crítica del régimen de modificación...”, cit. En el mismo sentido STSJ Cantabria 30-12-1995 (AS 4647); STSJ Valencia 16-11-1998 (AS 4867).

precisamente, la presunción legal de un perjuicio al trabajador derivado de la variación” que en él se regula¹⁹⁴.

Convenido esto, procede ahora poner de relieve que los perjuicios que hacen operativas las facultades rescisoria y resolutoria que, respectivamente, conceden al trabajador los arts. 41.3 y 50.1.a) ET son de diversa naturaleza o alcance. El específico perjuicio que integra el incumplimiento empresarial resolutorio tipificado en el último precepto ha recibido de la doctrina¹⁹⁵ la denominación de “cualificado” diferenciándolo así del perjuicio “simple” –de apreciación subjetiva y directa por el trabajador- que también pueda ocasionarle la modificación sustancial y que es presupuesto legal de una diversa facultad extintiva (la facultad rescisoria) del contrato conforme, en este caso, al art. 40,2 y 41.3 ET, con derecho a una indemnización de cuantía inferior.

Alguna doctrina ha puesto de manifiesto la inidoneidad de la denominación de perjuicio “simple” en referencia al requerido legalmente para que pueda ejercitarse la facultad extintiva (*rescisoria*, según el tenor literal de la norma) atribuida al trabajador en los últimos preceptos estatutarios últimamente referenciados, dado que sugiere un perjuicio de “segundo orden o escasa entidad”, lo que resulta contradictorio cuando se repara en los pronunciamientos judiciales recaídos al respecto que estiman, por ejemplo, su existencia en el supuesto en que la modificación operada impida el mantenimiento de la situación de pluriempleo del trabajador afectado, lo que, sin duda, no puede calificarse de perjuicio de “baja intensidad”. Por ello y teniendo en cuenta que, tal y como revela la doctrina judicial, el ámbito de afectación de este tipo de perjuicio es la esfera privada del trabajador – básicamente sus relaciones personales y familiares-, la denominación que se postula como más acertada es la de perjuicio “extracontractual”, dado que aquí el perjuicio no deviene de un incumplimiento empresarial de obligaciones contractuales. Por el contrario, el perjuicio a la formación profesional o a la dignidad del trabajador (perjuicio cualificado) producido por la modificación tendría, desde este punto de vista, un ámbito estrictamente contractual ya que

¹⁹⁴ Para esta argumentación, vid. VIDA SORIA, J., op. cit., pg. 92.

¹⁹⁵ Por todos CRUZ VILLALÓN, J.: "El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994", RL. N° 17-18, 1.994, pg. 160.

deviene de la lesión de unos derechos reconocidos legalmente al trabajador como básicos en el marco de la relación laboral cuyo respeto y garantía por parte del empresario se torna en una obligación contractual; de ahí que la denominación más apropiada para identificarlo sería la de perjuicio “contractual”. De este modo, la línea divisoria entre uno y otro perjuicio ocasionado por la modificación sustancial y, en consecuencia, entre las dos vías extintivas que el ordenamiento laboral ofrece al trabajador no estaría en la “intensidad” del perjuicio sino, en el diverso ámbito en que uno y otro operan¹⁹⁶.

Sin embargo, la referida disociación terminológica y conceptual queda cuestionada por el hecho de que, progresivamente, la separación entre ambos tipos de perjuicios – en orden a la diversificación de las dos vías extintivas previstas legalmente – se ha complicado en la práctica forense presentándose cada vez más conflictos en los que la cuestión fundamental a dirimir es su delimitación conceptual, que ahora se verán agudizados por recientes cambios normativos. En especial, el problema interpretativo se plantea, cuando la pretensión extintiva es inducida por una modificación de condiciones que afectan al tiempo de trabajo y ello repercute en un adecuado cumplimiento de las obligaciones familiares por parte del trabajador/a afectados. Pues bien, si hasta fechas recientes este resultado se reconducía con naturalidad a la primera vía extintiva (ex art. 41.3 ET) al entender que su presencia se constituye simplemente como un perjuicio simple¹⁹⁷, ahora, tal y como ha señalado con acierto la doctrina¹⁹⁸, a la luz de las prescripciones de la Ley Orgánica de Igualdad 3/2007, así como de la doctrina constitucional acerca de los derechos de conciliación —STC 3/2007, de 15 de enero—, dicha solución debe ser objeto de una necesaria revisión de cara a su adecuada valoración, ya que en tales casos resulta insoslayable la dimensión constitucional que puede adquirir el perjuicio producido a la mujer trabajadora cuando la modificación de las condiciones impuesta es tal que le impide o dificulta seriamente el ejercicio de sus derechos de conciliación. En efecto, conforme a la citada doctrina constitucional, una interpretación restrictiva en el ejercicio de estos derechos no es una cuestión de simple legalidad ordinaria, sino que

¹⁹⁶ Vid. MORALES ORTEGA, J.M.: “Perjuicio del trabajador y modificaciones sustanciales: los medios de reacción”, REDT, n^o 105, 2001, pp. 422-424 y 437.

¹⁹⁷ Vid. STSJ Madrid 24 junio 2003

¹⁹⁸ MOLERO MARAÑÓN, M.L.: “Una visisión crítica...”, cit.

reviste trascendencia constitucional en la medida en que puede afectar al derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras que lo ejercitan [art. 14 CE], así como al mandato de la protección de la familia y la infancia [art. 39 CE].

Aplicada esta doctrina a los supuestos de conflicto entre el ejercicio de poderes organizativos empresariales y derechos de conciliación, los tribunales del orden social deberán ponderar – ahora desde esta perspectiva constitucional -, por una parte, las exigencias organizativas de la empresa y por otra, la necesidad del trabajador de dichas medidas de conciliación para hacer compatible su vida laboral y familiar, conjugando ambos intereses en juego desde la perspectiva del valor superior de los derechos fundamentales que puedan estar en juego. En particular, por lo que ahora interesa respecto al régimen extintivo por modificación de condiciones de trabajo, esta perspectiva podría servir de fundamento para que en el supuesto, cada vez más frecuente, de que una alteración del tiempo de trabajo repercuta en el ejercicio de los derechos de conciliación de vida familiar y laboral de la trabajadora el eventual daño producido por dicha modificación mereciese la calificación de perjuicio cualificado y legitimar, así, la resolución causal del art. 50.1 a) ET, en lugar de la prevista en el art. 41.3 ET, con abono la máxima indemnización prevista ¹⁹⁹. En suma, ante la doble alternativa extintiva fijada en la norma estatutaria la solución interpretativa más adecuada a lógica constitucional de los derechos de conciliación debe discurrir a favor de la primera opción –dimisión provocada por perjuicio cualificado –, con tal de que se alegue y pruebe la dificultad que supone la asunción de la alteración del tiempo de trabajo para atender sus obligaciones familiares, sin que dicha dificultad pueda seguir calificándose como un *perjuicio* simple concerniente a la mera esfera privada del trabajador afectado, conforme al espíritu y finalidad que amparan los derechos de conciliación sustancialmente reforzados por la Ley 3/2007, de 22 de marzo y la doctrina constitucional recaída al respecto.

Ahora bien en ese marco, dado el limitado ámbito de afectación del perjuicio cualificado del art. 50.1.a) ET, definido por la formación profesional y la

¹⁹⁹ Vid., en este sentido, CRUZ VILLALÓN, J.: «Modificación del tiempo...», *cit.*, pág. 34 y MOLERO MARAÑÓN, M.L.: “Una visión crítica del régimen de modificación sustancial de condiciones de trabajo...”, *cit.*

dignidad, sólo cuando quedara concernido el derecho fundamental de igualdad y no discriminación en su relación con la dignidad personal podría ser operativa la facultad resolutoria a través de esta causa, por lo que quizá la apertura causal del precepto más flexible a efecto de reconducir la resolución inducida por la modificación sea la cláusula general de la letra c) que, por lo demás, ya no requeriría la afectación de la dignidad ni de derechos fundamentales del trabajador/a afectada.

En cualquier caso, la necesidad de la concurrencia del doble requisito - modificación sustancial y perjuicio cualificado- para que quepa la extinción causal del contrato por voluntad del trabajador ex. art. 50.1 a) ET, es unánime en la jurisprudencia del Tribunal Supremo ²⁰⁰ y ha sido también el criterio acogido por la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia²⁰¹.

El perjuicio “cualificado” que configura el tipo de modificación sustancial que permite la resolución contractual por la vía del ap.a) del art. 50 ET, como se ha dicho, viene especificado por el legislador en el propio precepto: el perjuicio deriva de una vulneración de los derechos a la formación profesional y/o al respeto de la dignidad del trabajador, derechos ambos reconocidos como básicos al trabajador en el marco de la relación laboral en los ap. b) y e) del art. 4 ET, lo que conduce necesariamente al intérprete a la nada fácil tarea de concretar el contenido y alcance de estos dos conceptos jurídicos indeterminados²⁰². Para Engisch, los conceptos jurídicos indeterminados son aquéllos que formando parte de la proposición jurídica, su contenido y alcance son en gran medida inciertos, de modo que suponen una muestra de una metodología legislativa o, dicho de otro modo, una forma de expresión legal que propicia un “relajamiento” de la vinculación de los tribunales a la ley, puesto que su concreción en cada caso se deja al “libre criterio judicial” ,

²⁰⁰ Vid., entre otras, SSTS 29-11-82 (RJ 6908); 12-3-84 (RJ 1550); 11-11-85 (RJ 5751); 16-9-86 (RJ 4983); 21-9-87 (RJ 6234); 18-12-89 (RJ 9042); 10-3-90 (RJ 2046); 31-5-1991 (RJ 3932) y 8-2-93 (RJ 749).

²⁰¹ STSJ La Rioja 10-3-92 (AS 1174); STSJ Aragón 22-5-96 (AS 2294); STSJ Madrid 2-6-97 (AS 2348); STSJ Valencia 12-1-99 (AS 188); STSJ Canarias 15-1-99 (AS 954); TSJ Galicia 26-1-2000 (AS 107).

²⁰² Para su consideración como conceptos jurídicos indeterminados, Vid. BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: Extinción indemnizada del contrato por causa de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, pg.29; LUQUE PARRA, M., op. cit. pp. 604 y ss; y en relación con la dignidad del trabajador Vid. STSJ Valencia (c.a.) 25-9-2001 (f.j.3º), R.L. nº 24, 2001.

respecto del cual el mismo autor advierte que se trata, a su vez, de uno de los conceptos más equívocos y complejos dentro de la Teoría General Derecho ²⁰³.

Con todo y aunque la indeterminación legal inherente a estos conceptos jurídicos indeterminados, cuales son la formación profesional y la dignidad del trabajador, implica un inevitable elemento de incertidumbre que requiere su concreción *ad casum* por parte del juzgador ²⁰⁴, no dejan de actuar, y esto es lo que ahora importa, como límites de juridicidad –o, mejor aún, de legalidad e incluso de constitucionalidad, como se ha visto, de la medida modificativa– ubicados por el legislador en el supuesto de hecho extintivo contemplado en el precepto (art. 50.1 a) ET), por lo que de esta forma operan intensificando la restricción de la discrecionalidad del poder directivo ya de por sí limitada por los requisitos legales de fondo y forma impuestos por los arts. 41 y 40 ET a las medidas novatorias sustanciales²⁰⁵. Dicho en otros términos, el perjuicio cualificado actúa, así, como una “barrera de seguridad” insoslayable para las medidas empresariales modificativas ²⁰⁶.

2.1 El perjuicio a la formación profesional

El perjuicio a la formación profesional del trabajador, alternativa o acumulativamente al perjuicio a la dignidad, es el segundo de los elementos que integran la primera causa extintiva del art. 50.1 ET de suerte que si es consecuencia de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, se activa la facultad resolutoria del trabajador afectado. Así las cosas, se hace

²⁰³ Vid. ENGISCH, K.: Introducción al pensamiento jurídico, Comares, Granada, 2001, pp. 130 y ss. Por su parte, para un excelente análisis crítico del concepto de libre apreciación judicial, vid. NIETO, A.: El arbitrio judicial, Ariel, Barcelona, 2000, pp.206-266, en la que se delimita su ámbito de ejercicio que alberga, entre otros, los conceptos jurídicos indeterminados a los que el autor califica de “poros” del Ordenamiento jurídico positivo por los que penetra el arbitrio de las decisiones judiciales aumentando la flexibilidad de la ley; vid. al respecto, en especial, pg. 228.

²⁰⁴ Solvente doctrina reconoce que el arbitrio judicial no sólo es tolerado por el Derecho sino que es una pieza imprescindible de él cuando la ley sea general y abstracta, de modo que su existencia “adquiere, a despecho de cualquier reticencia teórica, un rango normativo, es decir, un carácter jurídico indiscutible”. Sentado lo anterior, un análisis realista y moderno del arbitrio judicial debe residir en “el afinamiento de las técnicas de control de la arbitrariedad” judicial, entre las que se encuentra el recurso de casación para la unificación de doctrina destinado a combatir la contradicción entre sentencias. Vid., en este sentido, NIETO, A.: El arbitrio judicial, cit., pp.264-265.

²⁰⁵ Sobre los efectos limitativos de los conceptos jurídicos indeterminados respecto del poder organizativo del empresario según su ubicación en el supuesto de hecho o en la consecuencia jurídica de la norma, vid. LUQUE PARRA, M., op. cit., pp. 604-607.

²⁰⁶ STSJ Andalucía 8-10-1999 (AS 3406).

necesario desentrañar el significado de la noción de formación profesional para, con ello, poder determinar cuándo se produce una afectación de la misma a los efectos resolutorios que regula el art. 50 ET, tarea interpretativa que ha efectuado tanto doctrina como jurisprudencia no sólo al hilo de su conexión con esta concreta vicisitud extintiva, sino en el contexto del análisis de otras normas en las que la formación profesional del trabajador opera como límite jurídico del poder organizativo del empleador.

Pues bien, cuando se ha tratado de dotar de contenido específico al concepto de formación profesional se le vincula a otros tantos conceptos que igualmente actúan como límites de los poderes empresariales como los de grupo profesional, categoría equivalente, dignidad e, incluso, remuneración del trabajador. Es decir, se establece una estrecha interrelación entre los derechos profesionales y la dignidad del asalariado de modo que una afectación a su formación profesional alcanza también a su dignidad y, viceversa, una vulneración de la dignidad del trabajador genera un menoscabo de su profesionalidad o, mejor, de sus derechos profesionales²⁰⁷.

En suma, el panorama doctrinal y jurisprudencial a este respecto no puede ser más variado y poliédrico. Por un lado, existen posturas que interpretan que el derecho a la formación profesional reconocido con carácter general en el art.4.2.b) ET tiene su desarrollo específico en el art. 23 ET en el que, como es sabido, se establecen derechos del trabajador a la formación profesional extracontractual o ajena a la prestación de trabajo: elección de turnos de trabajo, adaptación de la jornada laboral o permisos con reserva de puesto, todo ello con el objeto de facilitarle la realización de estudios y cursos que contribuyan a su formación, perfeccionamiento y promoción profesionales. De este modo una alteración sustancial de jornada, horario, turnos, funciones e incluso geográfica que imposibilitara la conciliación de la prestación de trabajo y esa formación, aún externa al contrato, podría conculcar el derecho de formación profesional por frustrar las expectativas de promoción o de “carrera”

²⁰⁷ Cfr. STSJ Madrid 12-2-1993 (AS 977); STSJ Castilla-La Mancha 13-7-1995 (AS 3045).

profesional del trabajador, haciendo incardinable el supuesto en el art. 50.1.a) ET ²⁰⁸.

Sin embargo esta interpretación no es la que prevalece en la doctrina judicial ²⁰⁹, sino la más restrictiva que entronca el concepto de formación con el de “profesionalidad” vinculado al derecho reconocido a los trabajadores a la promoción “dentro de la empresa” (art. 35 CE). Desde esta perspectiva, la “profesionalidad” puede quedar afectada, eventualmente, en el marco de modificaciones de los sistemas de organización del trabajo que repercutan directamente en el rendimiento y la remuneración del trabajador ²¹⁰, pero, sobre todo, en los supuestos de modificación funcional que exceda de los límites del art. 39 ET (art. 41.1.f) ET).

No obstante, esta última afirmación es matizada jurisprudencialmente en sentido restrictivo de que no toda modificación funcional ocasiona necesariamente el perjuicio a la formación del que tratamos. Así, se estima su presencia cuando la modificación de funciones comporte: una degradación profesional, es decir, cuando implique la asignación de funciones no correspondientes al grupo profesional o a categoría equivalente a la reconocida al trabajador, pasando éste al desempeño de funciones de inferior categoría o nivel y siempre que revista una gravedad que guarde proporción con la reacción extintiva²¹¹; o un vaciado de las tareas propias de su puesto de trabajo

²⁰⁸ En este sentido BEJARANO HERNÁNDEZ, A., op. cit. pg. 36; DE MIGUEL LORENZO, A.M.: La extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, Madrid, Civitas, 1.993, pp.66 y 67; GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "Los criterios jurisprudenciales en materia de extinción del contrato por modificación sustancial de las condiciones de trabajo", La Flexibilidad Laboral en España, Instituto de Relaciones Laborales, Zaragoza, 1993, pg.325. En la misma línea, vid. STSJ Cataluña 22-3-1995 (AS 1147); STSJ C. Valenciana 27-4-1995 (AS 1756). En contra, SEMPERE NAVARRO, A./ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, Aranzadi, 2001, pg. 63; SUÁREZ FERNÁNDEZ, A.: “Las opciones del trabajador en caso de modificación sustancial de condiciones de trabajo”, AL, nº 16, abril, 2003, pg. 284.

²⁰⁹ SS. TSJ Navarra 27-4-1992 (AS 1861); TSJ Asturias 15-7-1994 (AS 2800); TSJ Canarias 18-7-1996 (AS 2537); TSJ Galicia 15-10-98 (AS 2972); STSJ Canarias 29-11-1999 (AS 4054) y TSJ Cantabria 11-6-1999 (AS 2104) para la que “el perjuicio a la formación profesional se vincula con el derecho reconocido a los trabajadores por el art. 35 CE, a sus posibilidades de promoción generales dentro de la empresa”.

²¹⁰ BEJARANO HERNÁNDEZ, A., op. cit., pg.35

²¹¹ Cfr. SSTS 3-12-90 (RJ 9748); 13-3-91 (RJ 1853); STSJ Cantabria 30-12-95 (AS 4647); STSJ Cataluña 30-6-99 (AS 2839). En esta misma línea CRUZ VILLALÓN, J.: "La aplicación judicial de la reforma en materia de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo", RL, nº 23, 1.996, pg.32; en sentido contrario, estimando la presunción iuris et de iure de perjuicio en el supuesto, MIRÓN HERNÁNDEZ, M.M.: "Vías de tutela de los derechos del trabajador afectado por modificaciones funcionales de carácter sustancial.Tratamiento convencional y jurisprudencial", La modificación del contrato de trabajo (Martinez Abascal, V. coord.), Madrid, Ibidem, 1.997, pp. 196 y ss.

²¹²; también, cuando implique una vulneración prolongada del derecho de ocupación efectiva que, aunque cuenta con protección jurídica independiente conforme al art. 4.2.a) ET, puede constituir, igualmente, un atentado a la formación profesional ²¹³; o, incluso, en los casos en que el cambio funcional suponga un vaciado de las tareas propias del grupo o categoría y asignación de otras tan generalistas que impidan la adquisición o el ejercicio de la especialización profesional u "oficio" del trabajador, o, la pérdida de sus cualidades profesionales ²¹⁴. No faltan, por lo demás, pronunciamientos judiciales que consideran implícito el perjuicio a la formación profesional en todo supuesto de modificación funcional sustancial que lleve anudada una minoración del salario del trabajador ²¹⁵. Por el contrario, no se considera suficiente para estimar la existencia de perjuicio a la formación profesional, la mera contrariedad en el proyecto profesional del trabajador ²¹⁶, la dificultad de adaptación al nuevo puesto de trabajo con respeto de grupo o categoría, ni la pérdida de cargo de confianza si se mantiene la categoría profesional y no queda relegado al desempeño de funciones inferiores ²¹⁷.

El panorama que presenta la doctrina judicial, acabado de sintetizar, revela la dificultad tanto para construir un concepto autónomo de formación profesional desvinculado de aquellas otras nociones limitativas de los poderes organizativos empresariales como son, señaladamente, el grupo profesional, categoría profesional equivalente e, incluso, la dignidad del trabajador, cuanto para sistematizar su contenido. Por ello resulta útil, en orden a esa doble finalidad, una metodología de análisis del contenido del concepto de formación

²¹² STSJ Galicia 26-1-2000 (AS 107), en la que se constata que el trabajador quedó privado de las principales funciones de gerente que venía desempeñando que se encomendaron a otro empleado.

²¹³ STS 3-12-90 (RJ 9748); STSJ Galicia 9-6-97 (AS 1870). La necesidad de que la falta de ocupación efectiva tenga una cierta permanencia temporal para que se estime la existencia del perjuicio y la facultad resolutoria del trabajador, se pone de manifiesto en las resoluciones judiciales que rechazan a tal efecto, la que sea meramente puntual o esporádica. Vid., en este sentido, entre otras, STSJ Navarra 31-5-1996 (AS 1496) y la más reciente STSJ Galicia 18-2-2000 (AS 299) para la que la falta de ocupación efectiva justifique la extinción del contrato a instancia del trabajador exige que sea grave, no siendo suficiente la existencia de breves periodos de tiempo sin ocupación del trabajador.

²¹⁴ En este sentido, vid. RIVERO LAMAS, J.: "La movilidad funcional en la empresa en la Ley 11/1994, REDT n^o67, 1994, pg.715; GÁRATE CASTRO, J.: " Movilidad funcional en la empresa" (I y II), AL, 1993/III, pg. 661; DE SOTO RIOJA, S: "El contenido de la prestación laboral", RL n^o 15-16, 1995, pg. 39. También en esta línea, cfrs. STSJ Castilla- La Mancha 13-7-1995 (AS 3045); STSJ Navarra 31-5-1996 (AS 1496).

²¹⁵ Vid. Entre las más recientes STSJ Cataluña 19-7-97 (AS 3563); STSJ Madrid 24-1-97 (AS 136).

²¹⁶ Vid. SSTS 27-2-1990 (RJ 1242); 16-1-1991 (RJ 52).

²¹⁷ SSTSJ Cataluña 22-7-1999 (AS 3163); 15-9-2000 (AS 4242).

profesional que diferencia dos perspectivas de la misma: la estática, identificable con la protección de la profesionalidad “presente” del trabajador y la dinámica, relacionada con su profesionalidad futura, esto es, con las expectativas profesionales del trabajador en la empresa o, lo que es lo mismo, con su derecho a la promoción profesional ²¹⁸.

Desde lo que se ha denominado perspectiva estática, el perjuicio a la formación profesional concurrirá cuando la modificación sustancial, particularmente funcional, comporte una pérdida de la especialización profesional del trabajador ²¹⁹ lo cual sucedería, a tenor de la doctrina judicial, cuando la modificación de funciones conlleve en la práctica una falta duradera de ocupación efectiva o, incluso, la sustracción de las tareas propias de su categoría profesional o de otra equivalente asignándole lo que algún pronunciamiento judicial ha llamado expresivamente “tareas todo terreno” abocando al trabajador a una generalización contraria a su especialización o a “la adquisición de lo que hoy puede denominarse un oficio”. En este escenario, el menoscabo de la formación profesional, entendida como “enriquecimiento profesional derivado de una carrera profesional coherente”, se presumiría “prácticamente *iuris et de iure*” obviándose, por tanto la prueba de la afectación de la formación profesional ²²⁰. No obstante, la rotundidad de esta última interpretación judicial ha sido acertadamente matizada por la doctrina científica en el sentido de considerar exigible la acreditación de “la relación causa- efecto entre la modificación funcional y la pérdida de la profesionalidad del trabajador”, tomándose en consideración para ello si la cualificación específica del trabajador constituye el elemento principal de la prestación de servicios para la que se le contrató ²²¹.

En su vertiente dinámica, es cuando la formación profesional tiene su anclaje constitucional en el ya citado art. 35 CE que reconoce el derecho a la promoción profesional del trabajador con el objeto de proteger sus expectativas

²¹⁸ Para este planteamiento, vid. LUQUE PARRA, M., op. cit., pp. 183 y ss. La misma diferenciación, aunque refiriéndose a contenido objetivo y subjetivo, respectivamente, de la formación profesional en CRUZ VILLALÓN, J.: “La resolución contractual por modificaciones sustanciales...”, cit., pg. 458; PERULLI, A.: Il potere direttivo dell'imprenditore, Giuffrè, Milano, 1992, pg. 292 y ss.

²¹⁹ Vid. RIVERO LAMAS, J.: “La movilidad funcional en la empresa en la Ley 11/1994, REDT nº 67, 1994, pg. 715; GÁRATE CASTRO, J.: “ Movilidad funcional en la empresa ”(I y II), AL, 1993/III, pg. 661.

²²⁰ Los entrecomillados corresponden a STSJ Castilla-La Mancha 13-7-1995 (AS 3045).

²²¹ Vid. LUQUE PARRA, M., op. cit., pg. 185.

profesionales *ad futurum* ²²². Es desde esta perspectiva dinámica o, si se prefiere, subjetiva, cuando la formación profesional del trabajador se identifica con el derecho a la promoción y encuentra su desarrollo legal en el art. 23 ET., por lo que habrá de entenderse, en consecuencia, que cualquier modificación sustancial de condiciones de trabajo ex art. 41 -ya afecte a las funciones, ya a la jornada, horario o turnos- o, incluso un traslado ex art. 40.2, que impida o dificulte gravemente el ejercicio de los derechos reconocidos al trabajador en dicho precepto estatutario (art. 23) en orden a facilitarle la adquisición o el perfeccionamiento de cualificación profesional, implica necesariamente, en mi opinión, un perjuicio a la formación profesional ²²³. Este argumento se refuerza cuando, como oportunamente se ha apuntado, la prestación de servicios del trabajador se realiza en empresas pertenecientes a sectores productivos con fuerte incidencia de los cambios tecnológicos, lo que obliga al trabajador bien a una actualización permanente de su cualificación , o bien a la adquisición de cualificaciones polivalentes ²²⁴.

2.2 El menoscabo de la dignidad

El segundo tipo de perjuicio que, alternativa o acumulativamente al concerniente a la formación profesional, debe acompañar a la modificación sustancial para que se cumpla el supuesto extintivo del art. 50.1.a) ET es el conectado con la afectación de la dignidad del trabajador.

Para abordar la incidencia de la dignidad en la delimitación del supuesto de hecho extintivo del art. 50.1.a) ET se hace precisa, preliminarmente, una referencia a su conceptualización jurídica, tarea que, como se verá, no está exenta de dificultades. En efecto, la noción de dignidad alberga conceptualizaciones o acepciones diversas muchas de las cuales trascienden del campo del Derecho correspondiendo a otros saberes o disciplinas extra o metajurídicas como la Filosofía, la Ética, la Teología, la Psicología o la Sociología, de modo que, por

²²² Para el tratamiento doctrinal de esta dimensión dinámica de la profesionalidad del trabajador, vid. entre otros, MONEREO PÉREZ, J.L.: "La flexibilidad laboral en las políticas de reorganización industrial", *La Flexibilidad Laboral en España*, Instituto de Relaciones Laborales, Zaragoza, 1993, pp. 376, 392, 394; GARCÍA MURCIA, J.: " Artículo 22. Promoción en el trabajo" en *Comentarios a las leyes laborales*, T.V, Edersa, 1985, pg.211.

²²³ Vid. supra nota 22 .

²²⁴ En este sentido, vid. MONEREO PÉREZ, J.L.: "La flexibilidad laboral en las políticas de reorganización industrial", cit., pg. 385.

lo que aquí interesa, se hace preciso acotar una conceptualización jurídica de la dignidad personal de carácter general, en primer término, para pasar después a una estrictamente jurídico-laboral.

Como se sabe, la dignidad de la persona se constitucionaliza en nuestro ordenamiento jurídico-constitucional en el art. 10.1 CE a base de su reconocimiento como un valor que opera como “fundamento del orden político y la paz social”, y aunque su caracterización jurídica general se ha visto impregnada usualmente de connotaciones religiosas, ontológicas, éticas y sociológicas, cuando se le ha querido atribuir un contenido más tangible la doctrina ha optado por ubicarla en la raíz de todos los derechos básicos de la persona y en particular algunos de sus derechos fundamentales²²⁵, en concreto, los derechos de la personalidad²²⁶, siendo usual, incluso, que se eluda la construcción de un concepto directo jurídicamente relevante de la dignidad y se opte por una conceptualización indirecta que implica la determinación de las conductas que son atentatorias o contrarias a la dignidad personal²²⁷. En todo caso, en torno a la configuración constitucional de la dignidad, la doctrina conviene en que el art. 10 CE apunta más que a la formulación de un derecho subjetivo, al establecimiento de un principio general y básico del conjunto del ordenamiento jurídico que, no obstante, al positivizarse en una norma jurídica vinculante puede y debe ser puesto en valor por los órganos jurisdiccionales frente a conductas públicas y privadas que impliquen un menoscabo de la misma de conformidad a su función legitimadora, promocional y hermenéutica en relación con el deber de no afectar o vulnerar los derechos (fundamentales o no) que le son inherentes²²⁸. Se ha subrayado también, ya más específicamente desde el plano de su proyección en la relación laboral, el papel que ha jugado la dignidad en la formulación constitucional y garantía de efectividad de los derechos

²²⁵ Vid. RUÍZ-GIMENEZ CORTÉS, J.: " Artículo 10. Derechos Fundamentales de la Persona", en Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978, T. II, Edersa, Madrid, 1984, pp.112-117; GARRIDO FALLA, F.: "Comentario al art. 10 de la Constitución Española, en AA.VV.: Comentarios a la Constitución, Civitas, Madrid, 1985, pg. 137.

²²⁶ Sobre la estructura lógico-formal de los derechos de la personalidad del trabajador como especie del género derechos fundamentales, su caracterización como derechos de libertad o inmunidad individual y su eficacia directa en la empresa, vid. VALDES DAL-RE, F.: "Los derechos fundamentales de la persona del trabajador: un ensayo de noción lógico-formal", RL, T.II.

²²⁷ VON MÜNCH, I.: " La dignidad del hombre en el derecho constitucional", Revista Española de Derecho Constitucional, nº 5, 1982, pp.18 y ss.

²²⁸ RUIZ-GIMENEZ CORTÉS, J., op. cit., pg. 57-59.

fundamentales de la personalidad del trabajador. Así, se ha puesto de manifiesto que la reivindicación por los trabajadores del respeto en la empresa a la dignidad inherente a su persona ha comportado la exigencia de un doble deber empresarial de abstención o no injerencia a través de sus poderes en sus libertades personales, por un lado, y de un deber positivo de adoptar las medidas necesarias para garantizar la indemnidad de la dignidad personal, así como la exigencia al legislador de mecanismos para la garantía de tutela de dichas libertades personales frente a agresiones procedentes del empresario o de su organización productiva²²⁹.

Con todo, es de resaltar la inconcreción de que adolece la noción jurídica general de la dignidad de la persona tanto en la doctrina científica, cuanto en la jurisprudencia constitucional. El Tribunal Constitucional (TC), en efecto, se ha referido a la dignidad pero, en general, identificándola como un valor metajurídico preexistente que la Constitución asume y juridifica²³⁰ y definiéndola como “ un valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás” por lo que “ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en la que la persona se encuentre (...) “constituyendo un minimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que (...) las limitaciones que se impongan al disfrute de los derechos individuales no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona²³¹.

No obstante, la inconcreción en su conceptualización jurídica repercute y dificulta la construcción conceptual de la dignidad de la persona del trabajador en el ámbito jurídico-laboral y su alcance como límite constitucional del poder directivo del empresario. Así, aunque en sede de legalidad ordinaria, la dignidad se configura ya como un derecho subjetivo básico del trabajador dentro de la relación laboral en el art. 4.2.e) ET y límite infranqueable en el

²²⁹ En este sentido, vid. VALDES DAL-RE, F.: “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador entre la resistencia a su reconocimiento y la reivindicación de su ejercicio”, RL, T. II, 2003, pg. 75.

²³⁰ MATEO PARDO, R.: “La “dignidad” de la persona humana y su significación en la Constitución Española de 1978 a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en Escritos jurídicos en memoria de LUIS MATEO RODRIGUEZ, Universidad Cantabria, 1993, pp. 348-351.

²³¹ Vid. entre otras, SSTC 53/1985 de 11 de abril [RTC 1985, 53] y 120/1999 de 28 de junio [RTC 1999,120],

ejercicio del poder directivo del empresario (arts. 20, 39.3, 41.3 ET), lo que supone la proyección en el ordenamiento jurídico del trabajo del principio constitucional del valor de la dignidad consagrado en art.10.1 CE configurada como el germen de todos los derechos fundamentales y, en particular, de los derechos de la personalidad, dicha positivización legal se ha efectuado deliberadamente a través de una fórmula abierta con el propósito de albergar las particularidades de efectividad de los derechos fundamentales en el ámbito laboral, ya que aun cuando la operatividad de tales derechos en la relación laboral resulta indiscutida en la jurisprudencia constitucional que ha reconocido el principio “Drittwirkung” o de eficacia “horizontal” (en las relaciones jurídico-privadas) de los mismos²³², esta misma doctrina admite que el carácter diagonal de las relaciones de trabajo permite su “condicionamiento” o modalización con el objeto de equilibrar los intereses del trabajador y del empresario²³³.

Pero sin perjuicio de esta modalización de los derechos fundamentales en el ámbito de la empresa, que en todo caso habrá de ser ponderada conforme a un triple juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad²³⁴, no deja de ser incuestionable que la referencia a la dignidad es una llamada del legislador laboral ordinario al necesario respeto y garantía de efectividad por parte del empresario, particularmente con ocasión del ejercicio de su poder organizativo de la empresa, de los derechos fundamentales del ciudadano-trabajador que dimanar de la dignidad de la persona, tales como el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE), a la integridad física y moral (art. 15 CE), los derechos a la intimidad, al honor y a la propia imagen (art. 18 CE)²³⁵ así como el derecho a la no discriminación (art.14 CE).

Con todo y sin perjuicio de lo anterior, el reconocimiento estatutario de la dignidad como derecho básico del trabajador no sólo se circunscribe a la protección de esos derechos fundamentales “inespecíficos” que

²³² Es decir la teoría de la operatividad de los derechos fundamentales entre particulares, cfr. entre otras muchas, SSTC 88/ 1985 de 19 de julio; 6/ 1988 de 21 de enero; 292/1993 de 18 de octubre.

²³³ Cfr. entre otras muchas, SSTC 120/1.983 de 15 de diciembre; 170/ 1987 de 30 de octubre; 6/95 de 10 de enero; 37/1998 de 17 de febrero; 98/ 2000 de 10 de abril.

²³⁴ Vid. CASAS BAHAMONDE, M.E.: “La plena efectividad de los derechos fundamentales:juicio de ponderación (¿o de proporcionalidad?) y principio de buena fe”, RL, nº 12, 2004.

²³⁵ El TC ha señalado expresamente que los derechos a la intimidad, a la propia imagen y al honor llevan en su núcleo y contribuyen a preservar la dignidad de la persona, Vid. STC 99/94 de 11-4 (RTC 99)

indudablemente están en la base de la dignidad de la persona del trabajador, sino que también es una forma de interdicción de una pluralidad de conductas empresariales que operan en detrimento de otros intereses jurídicamente protegibles como es el “status” o prestigio profesional del trabajador que aun no estando en el ámbito de protección de derechos fundamentales, su menoscabo sería igualmente lesivo de la dignidad. La dignidad tendría, pues, desde esta perspectiva, un alcance más restringido del que ostenta en su interrelación con los derechos fundamentales antes aludidos, y se identificaría ahora con lo que podría denominarse “dignidad profesional” del trabajador ²³⁶ y en este último sentido, el paradigma del trato indigno del asalariado en la empresa sería su “degradación profesional” efectiva ²³⁷.

No obstante, la argumentación anterior no permite, bajo mi punto de vista, que pueda hablarse de un concepto infraconstitucional de la dignidad del trabajador anudado a su vertiente estrictamente profesional en virtud de una interpretación literal y sistemática de los arts. 39, 41 y 50.1 a) ET que ha conducido a alguna doctrina a la afirmación de que una modificación sustancial lesiva de la dignidad del trabajador pueda ser, no obstante, un acto perfectamente legal y válido²³⁸, sino tan sólo permitiría hablar de hipótesis en las que de la vulneración de lo que se ha venido a denominar dignidad profesional del trabajador a consecuencia de una medida modificativa empresarial, no resulte afectado derecho fundamental alguno. Pero esto no supone la desvirtualización de la dimensión constitucional de la dignidad que, incluso en los casos en que se descarte su conexión con derechos fundamentales, continúa siendo un valor dotado de reconocimiento y protección legal y constitucional ²³⁹, como también sucede con la formación profesional (arts. 35 y 40.2 CE) ²⁴⁰.

²³⁶ Vid. GHERA, E.: *DIRITTO DEL LAVORO*, CADUCCI, BARI, 1994, pg. 134.

²³⁷ En este sentido, LUQUE PARRA, M.: *Los límites jurídicos de los poderes empresariales...*, cit. pg.203.

²³⁸ Vid. SALA FRANCO, T. Y LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ F.: *La modificación de la prestación de trabajo*, Deusto, Bilbao, 1991, pp. 114 y ss.; LUQUE PARRA, M.: *Los límites jurídicos de los poderes empresariales*, cit., pg. 209, lo que sirve de fundamento para que estos autores mantengan la tesis de que una modificación sustancial lesiva de la dignidad del trabajador pueda ser, no obstante, un acto perfectamente legal y válido.

²³⁹ En este sentido, vid. CRUZ VILLALÓN, J. : *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, MTSS, Madrid, 1983, pg. 329.

²⁴⁰ Que la formación y promoción profesional no sea ni esté conectada con derechos fundamentales no le priva de su carácter de derecho constitucionalmente protegido ex arts. 35 y 40.2 CE y por tanto una

Retomando de nuevo el concepto de “dignidad” vinculado a las medidas de modificación sustancial de condiciones de trabajo, pero ahora ya en sede jurisprudencial y de doctrina de suplicación, se repara en que por lo general localizan la vulneración de la dignidad del trabajador a efectos de legitimar la opción extintiva del art. 50.1 a) ET en la degradación profesional y, en consecuencia, en los supuestos de modificación funcional sustancial, particularmente cuando: a) se trate de movilidad vertical descendente que implique el desempeño definitivo o temporalmente prolongado de trabajos de inferior categoría ²⁴¹; b) comporte una pérdida de responsabilidad determinante de que el trabajador deba recibir órdenes de quienes antes estaban bajo su mando ²⁴²; c) suponga una significativa minoración de la remuneración ²⁴³; d) determine el desempeño de tareas inútiles, intrascendentes o un vaciado total de funciones identificable con una falta de ocupación efectiva ²⁴⁴; o, en fin, e) implique que las condiciones o el entorno del desempeño de las nuevas funciones le priven o restrinjan el acceso a medios de la empresa en detrimento del desempeño de las mismas y, en general, privación o limitación

medida empresarial que lesione la dignidad o la formación profesional del trabajador no puede considerarse en ningún caso válida. Vid., en este sentido, MONTOYA MELGAR, A.: “Nuevas dimensiones jurídicas de la organización del trabajo en la empresa”, cit. pg. 49, e indirectamente, SENRA BIEDMA, R.: “La reforma del derecho individual del trabajo. Estudio pormenorizado”, en *El derecho del trabajo y de la seguridad social tras la reforma de 1994 y los textos refundidos de 1995*, Bosch, Barcelona, 1995, pp. 256-257.

²⁴¹ Vid., entre otras, STSJ Madrid 8- 2-1996 (AS 313); STSJ Cataluña 22-3-1995 (AS 1147).

²⁴² STS 29-1-90 (RJ 229); SSTSJ Cataluña 18-1-1993 (AS 405); 15-6-95 (AS 2396); STSJ Galicia 26-1-2000 (AS 107). No obstante esta postura ha sido matizada en el sentido de diferenciar la pérdida de responsabilidad con la mera pérdida de privilegios, supuestos éstos donde se niega el menoscabo de la dignidad, SSTS 8-11-1990 (RJ 8562); 9-2-1991 (RJ 820); STSJ Cataluña 12-5-1995 (AS 1961).

²⁴³ STSJ Canarias 18-7-1996 (AS 2537), en el supuesto de autos el cambio de funciones llevó aparejado una reducción de en torno al 50% de la retribución que venía percibiendo el trabajador y según la sentencia “la dignidad de un trabajador en un puesto de trabajo depende en gran medida de su remuneración”; STSJ Canarias 15-1-1999 (AS 954) para la que la disminución importante de las retribuciones que venía percibiendo el actor implica “un grave deterioro económico... que afecta ineludiblemente a su dignidad”; STSJ Galicia 16-6-2000 (AS 3056); STSJ Madrid 28-3-2000 (AS 2363). En contra STS 24-9-1985 (RJ 4361) para la que el respeto a la dignidad supone llevar a primer plano del contenido contractual los valores morales y espirituales y el conjunto de derechos de la personalidad que los protegen que no son evaluables directamente en dinero.

²⁴⁴ STSJ Madrid 29-10-1996 (AS 3085) y STS 1985 (RJ 4361) que considera que la falta de ocupación efectiva, aun manteniendo la retribución, comporta un menosprecio a la dignidad ya que el trabajo es un derecho constitucional que desatendido ocasiona un perjuicio psíquico y moral por ser ofensivo recibir un salario sin trabajar sin que exista justificación razonable para ello. Vid. así mismo, STSJ Cataluña 26-5-97 (AS 1965); STSJ Canarias 5-3-99 (AS 1997); STSJ Cantabria 4-6-99 (AS 2104) en las que a consecuencia de la constatación de la falta de ocupación efectiva, se aprecia afectación de la dignidad y de la formación profesional del trabajador simultáneamente.

severa de sus medios de acción ²⁴⁵, o de las relaciones interpersonales con clientes, jefes o compañeros de trabajo ²⁴⁶, circunstancias que suponen una degradación, vejación y redundan en perjuicio del prestigio o crédito profesional e incluso social del trabajador en menoscabo de su dignidad ²⁴⁷. En definitiva, pues, se subraya su componente subjetivo vinculado a la percepción del trabajador, junto a su componente objetivo de valoración conforme a las pautas sociales imperantes, pero indefectiblemente se vincula a la vejación, degradación y descrédito del trabajador afectado normalmente a resultas de un cambio funcional degradante²⁴⁸.

El análisis de los pronunciamientos judiciales pone de manifiesto, por un lado, que pese a que en algunos casos se incide en el concepto de dignidad acuñado por la doctrina constitucional²⁴⁹, en general, se renuncia a la construcción de un concepto “directo” de la dignidad del trabajador limitándose a ofrecer un concepto “indirecto” a base de describir las conductas empresariales y las consecuencias de éstas que se estiman vulneradoras de ese derecho; en segundo término, que el atentado a la dignidad se identifica con el descrédito socio-profesional del trabajador ante sus jefes y compañeros de trabajo y entorno social ²⁵⁰; y por último, que el ámbito fundamental y casi exclusivo de operatividad de la dignidad del trabajador como límite jurídico de las medidas modificativas empresariales, se vincula a modificaciones funcionales descendentes intra o extragrupalas que por sí mismas o con el aditamento de otras circunstancias cuales la pérdida de mando, la sustracción

²⁴⁵ SS. TSJ País Vasco 9-7-1998 (AS 3803); TSJ Valencia 12-1-1999 (AS 188); STSJ Madrid 28-3-2000 (AS 2363).

²⁴⁶ SS. TSJ Asturias 15-7-1994 (AS 2800) y TSJ Valencia 12-1-1999, cit.

²⁴⁷ SSTSJ Cataluña 14-3-97 (AS 1860); 19-7-97 (AS 3563); 30-6-99 (AS 2839); STSJ Navarra 31-5-96 (AS 1496); STSJ Galicia 19-2-1996 (AS 244).

²⁴⁸ STSJ Cataluña 20-11-2003 (AS 671): “El concepto de dignidad es un concepto difuso y subjetivo, que dependerá no sólo de la conciencia social del momento, sino de la apreciación personal del trabajador afectado y de las repercusiones sociales que pueda originar el cambio de puesto y en este sentido la dignidad del trabajador puede no circunscribirse única y exclusivamente a ser un límite frente a un perjuicio profesional, sino que abarcará otras esferas del trabajador, tales como la personal y la social y así será criterio para determinar un posible perjuicio a la dignidad del trabajador el enjuiciamiento de la posición personal y profesional en la que ha quedado el trabajador con las nuevas funciones”.

²⁴⁹ STSJ Cataluña 16-11-2007 (AS 374): “Se ha definido la dignidad personal por el Tribunal Constitucional (SS. núm. 53/1985 de 11 de abril [RTC 1985, 53] o 120/1999 de 28 de junio [RTC 1999, 120]), como un valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás. Expresamente se protege, entre los derechos laborales, en el art. 4.2 e) y en el art. 20.3 del Estatuto de los Trabajadores”

²⁵⁰ En este sentido, entre otras muchas, vid. STS de 3 de junio 1983 [RJ 1983, 2962]; STSJ Cataluña 22-7-1999 (AS 3163) o la más reciente STSJ País Vasco 6-11-2007 (JUR 40279).

de medios de trabajo y signos externos del status profesional que se tenía, impliquen la degradación profesional del trabajador. Es en tales supuestos cuando se aprecia la infracción del requisito del respeto a la dignidad - y también a la formación y promoción profesional, que normalmente se interrelacionan- del trabajador impuesto por el art. 39.3 ET y es ello lo que implementa el mandato remisivo que el art. 39.5 ET efectúa al régimen de las modificaciones sustanciales ex art. 41 ET y a su vez las convierte en “cualificadamente lesivas” a los efectos resolutorios previstos en el art. 50.1.a) ET²⁵¹.

Por último, se evidencia la acusada interdependencia del perjuicio a la formación profesional y a la dignidad, de suerte que, frecuentemente, para nuestros tribunales la lesión de la formación profesional producida por la medida modificativa lleva anudada la degradación de la dignidad por la vejación que aquella lesión supone²⁵² o, incluso, en algunos pronunciamientos, se busca la constatación de la existencia de ambos conjuntamente sin entrar en la diferenciación entre ellos²⁵³.

Con todo y retomando, en fin, la perspectiva disociativa entre la dimensión constitucional e infraconstitucional de la dignidad que antes se apuntaba, cabe señalar que ni la doctrina científica ni la judicial dejan claro, sin embargo,

²⁵¹ En efecto, el art. 39.5 ET establece que el cambio de funciones no incluido en el precepto, cual es el que se efectúe con menoscabo de la dignidad o con perjuicio de la formación y promoción profesional del trabajador (art. 39.3 ET), requerirá el acuerdo de las partes o, en su defecto, el sometimiento a las reglas previstas para las modificaciones sustanciales en el art. 41 ET o a las que a tal fin se hubieran establecido en convenio colectivo. De modo que, a falta de acuerdo individual o colectivo, la movilidad funcional lesiva de la dignidad y/o de la formación profesional se equipara legalmente a una modificación sustancial de condiciones de trabajo. Vid. en este sentido expresamente, STSJ País Vasco 6-11-2007 (JUR 40279) en relación a un supuesto de movilidad funcional lesiva de la dignidad: “en el apartado 3 (del art. 39 ET) se inserta un nuevo límite, al exigir que el ejercicio de las facultades de movilidad funcional por el empresario (todas: intra o extragrupo, y en ambos casos, vertical ascendente, vertical descendente u horizontal) no menoscabe la dignidad del trabajador ni perjudique su formación y promoción profesional. Por tanto, si se considera que con la modificación de funciones de la que tratamos se ataca a la dignidad del trabajador -se parte de la hipótesis de que no incide en su formación profesional- la modificación, en cuanto que supera los límites del artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) , sería sustancial en el sentido del artículo 41 punto 1 letra f de tal Ley y al producirse aquella merma en la dignidad, procedería la causa extintiva, tal y como se deduce del artículo 50 punto 1, con los efectos del punto 2 de tal artículo del Estatuto de los Trabajadores”.

²⁵² Vid., en este sentido, SSTS 3-6-1983 (RJ 2962); 5-3-1985 (RJ 1277; 17-3-1987 (RJ 2311); 24-9-1990 (RJ 7041); 18-6-1990 (RJ 7022); 31-5-1991 (RJ 3932). También en doctrina judicial de suplicación, vid. SS TSJ Madrid 24-1-1997 (AS 136); TSJ Aragón 16-12-1998 (AS 7106); TSJ Valencia 12-1-1999 (AS 188); SSTSJ Cantabria 4-6-1999 (AS 2104) y 31-8-1999 (AS 3579); TSJ Cataluña 18-6-1999 (AS 2425); TSJ Galicia 26-1-2000 (AS 107).

²⁵³ SSTS 15-12-1989 (RJ 8970); 9-4-1991 (RJ 3432); STSJ Canarias 5-3-1999 (AS 1997).

cuando un atentado a la dignidad de la persona del trabajador operado por la conducta del empleador trasciende del juicio de reproche jurídico desde la mera legalidad ordinaria (ex art. 4.2. e) ET) para alcanzar trascendencia constitucional; dicho en otras palabras, es difusa la frontera entre los supuestos en que el menoscabo de la dignidad por medidas novatorias del empleador comporta la afectación de derechos fundamentales que se encuentran en su órbita: igualdad, integridad personal, honor, intimidad, propia imagen y hace operativa la tutela constitucional de los mismos y aquellos otros supuestos en que, por el contrario, el atentado contra la dignidad merece tutela solo desde técnicas de legalidad infraconstitucional. Y esta no es precisamente una cuestión baladí, ya que de la ponderación de esta circunstancia va a depender, como se ha visto, el nivel de tutela que merezca el trabajador, esto es si son operativas o no las técnicas de tutela reforzada (sustantiva y procesal) propia de los derechos fundamentales.

En este sentido, ante la ausencia de doctrina unificada, la doctrina de suplicación interpretativa del art. 50.1.a) LET mayoritariamente hace referencia a la noción constitucional de dignidad, su alcance como límite de los poderes empresariales, su condición de proyección en el ámbito laboral del valor constitucional consagrado en el art. 10 CE e incluso su interrelación con los derechos fundamentales de la personalidad del trabajador, pero por lo general no concreta cuando se rebasa la frontera entre la antijuridicidad legal de la conducta empresarial y se pasa a la antijuridicidad constitucional; a lo sumo algunos pronunciamientos recurren a nociones jurídicas indeterminadas y cargadas de subjetividad como el resultado opresivo, vejatorio o degradante de la misma que el juzgador deduce de las circunstancias concurrentes²⁵⁴. Sin

²⁵⁴ Vid. STSJ Cataluña 21-11-2003 (AS 671) : “(...) El razonamiento se encamina a examinar si en supuesto de movilidad funcional, aun cuando sea lícita, desde la perspectiva del art. 39 del Estatuto de los Trabajadores, por respetar las exigencias de las titulaciones académicas profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y por la pertenencia al grupo profesional o categorías equivalentes, cabe entender se puede producir vulneración de la dignidad del trabajador (art. 39-3 de la propia Ley), determinándose ahí, sin necesidad de acudir a la normativa específica en el apartado 5º del referido artículo. De estimarlo así la conclusión es la alcanzada en el fallo de condenar a la empresa a incorporar al demandante a un puesto de trabajo adecuado a su cualificación profesional, no como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo, sino por vulneración de un derecho fundamental (art. 180-1 LPL) (...) En resumen, que el respeto a la dignidad (y dentro de ella el derecho a la propia imagen en los términos que se definen en sentencia de 11-4-1994 [RTC 1994, 99] del Tribunal Constitucional) es invocable ante todo tipo de movilidad funcional e incluso para aquella que respete los límites funcionales de su ejercicio”, y así sucede en el supuesto enjuiciado, en el que “el trabajador ejerce funciones que desde ambas perspectivas atentan a su propia imagen a nivel personal en cuanto no se

embargo, algún pronunciamiento, quizá contaminado por la línea de tendencia mayoritaria en relación con la integración del tipo jurídico de acoso laboral, apunta un criterio en este sentido que arrostra consecuencias adversas en el marco de la tutela de los derechos constitucionales que puedan verse concernidos por medidas modificativas empresariales. En efecto, en una línea que está siendo objeto de crítica mayoritaria por la doctrina científica respecto al AMT, se sienta la tesis de que la afectación de derechos fundamentales se ha de deducir de la presencia de un propósito lesivo por parte del empleador; es decir se introduce en la calificación del ilícito que causaliza la resolución contractual ex art. 50.1.a) LET un componente subjetivo o intencional que, en mi opinión, resta efectividad a las garantías de tutela de los derechos fundamentales del trabajador frente al ejercicio del poder organizativo del empresario²⁵⁵. En este escenario de falta de homogeneidad de la doctrina de suplicación, el criterio que, en mi opinión, debería prevalecer estaría en un punto intermedio entre el representado por la directa y unilateral correspondencia entre el atentado a la dignidad del trabajador y la vulneración de derechos fundamentales y el de exigencia de la prueba del ánimo lesivo del empleador: se trataría de inferir la existencia de la lesión del derecho o derechos fundamentales de una medida modificativa vulneradora de la dignidad del trabajador cuando ésta careciese de cualquier justificación objetiva y razonable cuya carga habría de recar sobre el empresario, esto es, cuando la

tienen en cuenta las aptitudes, conocimientos, formación y en definitiva su patrimonio profesional para el desempeño de las nuevas funciones encomendadas y en el social, al situarle en un área donde había ejercido funciones más sobresalientes y conllevan una caída en la consideración profesional del mismo..”. En términos parecidos, poniendo el acento en el “propósito discriminatorio o atentatorio a los derechos fundamentales del trabajador”, vid. STSJ Cataluña 16-11-2007 (AS 374).

²⁵⁵ Vid. STSJ Asturias 30-11-2007 (JUR 73825): “La detallada decisión empresarial, carente de justificación objetiva, comporta una real y efectiva modificación sustancial de las condiciones de trabajo de la demandante que, conforme razona y argumenta el Magistrado de instancia, atenta contra la dignidad y formación profesional de quien se ve sin motivo despojada del núcleo esencial de sus funciones y cometidos (...) despreciando "las aptitudes, conocimientos, formación y en definitiva su patrimonio profesional" (antepenúltimo párrafo del Fundamento de Derecho Séptimo). A ello se une la privación del contacto con clientes, inherente a sus funciones creativas, y el desplazamiento a un área de trabajo distinta, proyectando "ante sus círculos sociales más cercanos, su nueva situación laboral que objetivamente supone una regresión profesional respecto de la ostentada con anterioridad". Pero sin perjuicio de lo anterior, “no consta acreditada la vulneración de la dignidad personal de la trabajadora recurrente en su dimensión constitucional (...), el relato fáctico de la Resolución de instancia no constata la realidad de indicios reveladores de un proceder empresarial encubridor de una finalidad lesiva de derechos fundamentales”.

medida empresarial no supere el triple juicio constitucional de adecuación, necesidad y proporcionalidad que viene a justificar los límites de ejercicio de los derechos fundamentales en el marco de la relación laboral.

2.3 Carga de la prueba del perjuicio

En lo que concierne a los perjuicios ocasionados por las conductas empresariales subsumibles en las causas extintivas del art. 50.1 ET., es doctrina jurisprudencial pacífica que el trabajador está eximido, en general, de la obligación de acreditarlos, ya que sobre éstos recae una presunción *iuris et de iure* de su existencia²⁵⁶. Sin embargo estamos ante una regla general que presenta una salvedad en lo que se refiere a la extinción causalizada en, lo que en adelante se denominarán, modificaciones sustanciales “cualificadamente lesivas” contempladas en el ap. a) de dicho precepto.

En efecto, no puede olvidarse que en este específico supuesto extintivo, el perjuicio cualificado es uno de los elementos que configuran sustantivamente la causa resolutoria lo que justifica que, conforme a las reglas generales que presiden la carga de la prueba²⁵⁷, el trabajador que inste la resolución contractual deba acreditar la causa justa en la que basa su voluntad extintiva y, por tanto, no sólo la existencia de la modificación sustancial sino, así mismo, como viene exigiendo la jurisprudencia mayoritaria, el perjuicio cualificado sufrido como resultado de la misma²⁵⁸.

Precisamente esta particularidad atinente a la necesidad de prueba del perjuicio a la dignidad/formación profesional, desmarcándose así de la regla general de cuño jurisprudencial de presunción *iuris et de iure* del perjuicio derivado del incumplimiento resolutorio, hace si cabe más criticable en este

²⁵⁶ Cfr. STSud 3-4-1997 (RJ 3047)

²⁵⁷ Cfr. Art. 217.3 LEC

²⁵⁸ Vid. SSTS 29-1-1990 (RJ 229); 10-3-1990 (RJ 2046); 3-5-1990 (RJ 3948) y STSud 18-7-1996 (RJ 6165) en la que se advierte que en este caso no existe presunción *iuris et de iure* ni *iuris tantum* del perjuicio cualificado alegado; en la doctrina judicial de suplicación, vid. STSJ Madrid 20-2-92 (AS 1033); STSJ Baleares 7-10-1999 (AS 4726); STSJ Galicia 26-1-2000 (AS 107); STSJ Cataluña 16-6-2000 (AS 3056); STSJ Aragón 15-7-2000 (AS 3550); STSJ Valencia 28-9-2000 (AS 3110). Por el contrario, algún pronunciamiento judicial aislado ha sostenido la presunción *iuris et de iure* del perjuicio en los supuestos de degradación profesional del trabajador, cfr. STSJ Castilla-La Mancha 13-7-1995 (AS 3045).

caso el rechazo de una indemnización adicional de los daños inflingidos por la vulneración de derechos de la persona del trabajador.

3. Precisiones en torno al ámbito material de operatividad de las modificaciones sustanciales “cualificadamente lesivas”

Una vez sentado el contenido y alcance de los perjuicios que, alternativa o acumulativamente, deben ocasionar las modificaciones sustanciales que integran el supuesto extintivo que se analiza, es el momento de retomar la cuestión de su ámbito material de afectación que apuntamos preliminarmente

259

Como se recordará, quedó dicho ya que, en principio, en el elenco de materias susceptibles de modificación sustancial cualificadamente lesiva pueden figurar todas las listadas en el art. 41.1 ET., pero considerando que el perjuicio cualificado que necesariamente debe comportar la medida modificativa para completar la causa resolutoria tipificada en el art. 50.1.a) ET se refiere exclusivamente a la formación profesional, a la dignidad del trabajador o a ambos valores simultáneamente, esta afirmación debe precisarse.

En efecto, la doctrina ha puesto de relieve que particularmente lo serán las modificaciones relativas a sistemas de remuneración, sistema de trabajo y rendimiento, pero sobre todo la movilidad funcional que exceda los límites del art. 39 ET, hasta el punto de considerar ésta última como “potencial y casi exclusivo ámbito material generador del perjuicio cualificado”²⁶⁰. Esta concreción en sentido restrictivo, que avala la doctrina de suplicación abrumadoramente, resulta acertada *prima facie*, y ello por dos motivos:

El primero reside en que, en mi opinión, las modificaciones sustanciales de jornada, horario y turnos, consideradas aisladamente y sin formar parte de un plan más amplio, complejo y sistemático, sólo muy forzadamente pueden entenderse lesivas de la dignidad del trabajador y buena prueba de ello es la práctica ausencia de las mismas, aisladamente como se ha dicho, en los presupuestos fácticos de los pronunciamientos judiciales sobre la materia.

²⁶⁰ Vid. BEJERANO HERNÁNDEZ, A., op. cit., pp. 34 y ss.

En segundo término, si nos enfrentamos a supuestos de exclusiva lesión de la formación profesional del trabajador, hemos de partir de la premisa de que, como se ha visto, la jurisprudencia viene anudando en algunos pronunciamientos el perjuicio de la formación profesional al concepto estático de profesionalidad, esto es a al patrimonio profesional “en presente” del trabajador. Desde esa perspectiva estática de la profesionalidad es cuando, fundamentalmente, la modificación funcional será la causa directa del daño y sólo indirectamente lo podrían ser los cambios de jornada, horario o turnos si llevan aparejados cambio sustancial de funciones.

Sin embargo, ese reduccionismo de cierta jurisprudencia en la interpretación de cuándo debe estimarse la existencia de perjuicio de la formación profesional del trabajador parece reprochable por cuanto debería hacerse extensible también a los casos de vulneración por el empresario de los derechos reconocidos en el art. 23 ET ²⁶¹, aunque se refieran a una formación profesional ajena a la relación laboral y, por tanto, al marco contractual. El argumento a favor de esta interpretación extensiva que se propugna, se concentra en el dato de que aquella formación “extraempresarial”, concretada en la realización de estudios académicos/profesionales o cursos de formación o perfeccionamiento profesionales, contribuye decisivamente a la promoción o “carrera” del trabajador, tanto en su vertiente económica (art. 25 ET) a través de complementos retributivos de carácter personal pactados en convenio colectivo (por títulos, idiomas etc...), cuanto favoreciendo su ascenso conforme a las previsiones del art.24 ET. En ese orden de ideas, las modificaciones sustanciales de jornada, horario o turnos que impidiesen o dificultasen de modo significado la conciliación de la formación o perfeccionamiento del trabajador, aunque no inherente o ajena en sentido estricto a la relación laboral, con la prestación de trabajo, frustrarían las legítimas expectativas profesionales del trabajador en la empresa debiendo ser consideradas, por ello, vulneradoras del

²⁶¹ Recuérdese que los derechos reconocidos en el art. 23 ET son el de concesión de permisos para exámenes y elección de turno de trabajo en caso de que el trabajador curse estudios académicos o profesionales y el derecho a la adaptación de la jornada laboral así como a la obtención de permisos, con reserva de puesto, para recibir cursos de formación o perfeccionamiento profesional.

derecho a la formación profesional en su vertiente dinámica y así mismo subsumibles en el ap. a) del art. 50.1 ET²⁶².

En otro orden de cosas y aunque ya se ha mencionado que el núcleo del ámbito material de operatividad de las modificaciones sustanciales que legitiman al trabajador para ejercer la facultad que le confiere el art. 50.1 a) ET está constituido por la alteración de funciones que sobrepase las fronteras del art. 39 ET, debe compartirse la doctrina que entiende que, además, debe abarcar a los supuestos de movilidad funcional tanto ordinaria o intergrupal - dentro de los límites del grupo profesional o entre categorías profesionales equivalentes-, como extraordinaria o extragrupal - rebasando el grupo o entre categorías no equivalentes- cuando, aún cumplidos los requisitos causales y forma requeridos por el precepto para cada tipo de movilidad (art. 39. 1,2 y 4 ET), la modificación menoscabe la dignidad del trabajador o se efectúe en perjuicio de su formación y promoción profesionales. Y ello porque en tal caso, como ya se comentó anteriormente²⁶³, al infringirse otro, y no precisamente intrascendente, de los requisitos legales de la movilidad funcional, cual es la no afectación de la dignidad ni de la formación profesional del trabajador (art. 39. 3 ET), la movilidad funcional devendría, por esta razón y si no se alcanza un pacto individual al respecto, en un supuesto de modificación sustancial a tenor del mandato remisivo del art. 39.5 ET al art. 41 ET; modificación sustancial a la sazón ilícita por inferir un perjuicio cualificado al trabajador, resultando aplicable, entonces, la causa extintiva del ap. a) del art. 50.1 ET y, por tanto, ejercitable la facultad resolutoria del trabajador²⁶⁴. Es más, cabría afirmar, como hacen algunos pronunciamientos de suplicación, que sin necesidad de considerar que la movilidad funcional degradante que menoscabe la dignidad se transforme en modificación sustancial en virtud del reenvío del art. 39.5, la medida novatoria del art. 39.3 en sí misma puede engendrar una afectación de derechos fundamentales²⁶⁵ y entrar, así, en la órbita del incumplimiento

²⁶² En este mismo sentido, DE MIGUEL LORENZO, A.M., op. cit., pg.66. Algunos pronunciamientos judiciales han acogido esta tesis, entre otros, cfr. STSJ Cataluña 22-3-1995 (AS 1147; STSJ C.Valenciana 27-4-1995 (AS 1756).

²⁶⁴ En este sentido, BEJARANO HERNÁNDEZ, A., op. cit., pg. 31 y ss., citando dos sentencias significativas al respecto: SSTSJ Madrid 7-7-1997 (AS 2713); 14-7-1997 (AS 2633).

²⁶⁵ Vid., en este sentido, STSJ Cataluña 21-11-2003 (AS 671), para la que “la movilidad funcional, aun cuando sea lícita, desde la perspectiva del art. 39 del Estatuto de los Trabajadores, por respetar las

empresarial grave del art. 50.1 LET, si bien a través de apartado c) del precepto y poner en valor, por supuesto, todo el arsenal de garantías sustantivas y procesales para la tutela de dichos derechos.

III. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA CAUSA EXTINTIVA

El verdadero caballo de batalla que entraña la delimitación de esta primera apertura causal ex. art. 50.1 ET, reside en la cuestión de si las modificaciones sustanciales que constituyen la justa causa de la facultad resolutoria del trabajador son sólo las modificaciones lícitas, sólo las ilícitas o pueden serlo ambas indistintamente. Buena prueba de ello es la división de la doctrina científica en el contexto de un debate abierto al respecto anteriormente a la reforma laboral operada por la Ley 11/94 de 19 de mayo y que no se ha cerrado con posterioridad a la misma ²⁶⁶.

Recuérdese que dicha reforma laboral, en lo que atañe a la materia de las modificaciones sustanciales reguladas en el art. 41 ET, suprimió el requisito procedimental del acuerdo colectivo con los representantes de los trabajadores así como el de autorización administrativa previa exigible en defecto de tal pacto, sustituyéndolos por un control judicial *ex post* a la adopción de la medida modificativa. Pues bien, a la luz del nuevo art. 41 las líneas interpretativas que en la actualidad existen en torno al tipo de modificación sustancial que permite activar la facultad resolutoria del trabajador contemplada en el art.50.1 a) ET se resumen en dos:

Un sector de la doctrina entiende que las únicas modificaciones comprendidas en el precepto citado son las lícitas, bien por presunción al no

exigencias de las titulaciones académicas profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y por la pertenencia al grupo profesional o categorías equivalentes, cabe entender se puede producir vulneración de la dignidad del trabajador (art. 39-3 de la propia Ley), determinándose ahí, sin necesidad de acudir a la normativa específica en el apartado 5º del referido artículo”. De entenderlo así, no habría que entender, por tanto, que se ha producido una modificación sustancial, sino que la propia movilidad funcional puede ser generadora de una vulneración del derecho al honor y a la propia imagen: “el respeto a la dignidad (y dentro de ella el derecho a la propia imagen en los términos que se definen en sentencia de 11-4-1994 [RTC 1994, 99] del Tribunal Constitucional) es invocable ante todo tipo de movilidad funcional e incluso para aquella que respete los límites funcionales de su ejercicio”. En contra, STSJ PaísVasco 6-11-2007 (JUR\2008\40279 para la que la extralimitación de la movilidad funcional por menoscabo de la dignidad y/o la formación profesional comporta su mutación en modificación sustancial ex art. 39.5 ET que sería reconducible al apartado a) del art. 50.

²⁶⁶ Una síntesis de las diversas hipótesis interpretativas en sede doctrinal y jurisprudencial en SEMPERE NAVARRO, A.V.- S. MARTÍN MAZZUCCONI, C: El Artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, Cuadernos de Aranzadi Social nº 8, 2001, pgs.32-39.

haber sido impugnadas judicialmente por el trabajador conforme a la facultad que se le reconoce en el art. 41.3.3^o y ejercitable a través del cauce procesal regulado en el art. 138 LPL, o bien por haber sido calificadas judicialmente como justificadas en virtud de sentencia recaída en el precitado proceso especial ex art. 138 LPL. Los argumentos en que se sustenta esta posición se concentran en que la remisión efectuada por el art. 41.3 LET - que regula los requisitos de fondo y forma para la regularidad de las modificaciones- al art. 50.1 a) del mismo texto legal, conduce a entender que también las medidas modificativas de este último precepto han de ser lícitas aunque cualificadamente lesivas.

Por su parte, y siguiendo la lógica de esta tesis, las modificaciones ilícitas por inobservancia de los requisitos causales y procedimentales del art. 41, de ser graves, se reconducirían al ap.c) 1^o por constituir un incumplimiento empresarial de los previstos en este precepto, mientras que las declaradas judicialmente como injustificadas o nulas y siempre que el empresario se niegue a reponer al trabajador sus anteriores condiciones de trabajo permitirían activar la facultad resolutoria ex. art. 50 pero en este caso por la vía del ap. c)2^o²⁶⁷.

Otro sector doctrinal, en línea continuista con la postura mayoritariamente adoptada tanto por la doctrina como por los Tribunales antes de la reforma del 94, se sigue decantando por una tesis ecléctica según la cual el art. 50.1 a) alberga todo tipo de modificación sustancial_independientemente de su regularidad (por observancia de los límites causales y procedimentales legales) o irregularidad (en caso contrario), con el argumento de que el fundamento de la resolución contractual prevista en el precepto no se anuda a la ilicitud de la modificación sino al perjuicio generado, tesis que mantienen algunos

²⁶⁷ Vid. LOPEZ-TARRUELLA, F.: "Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo", La Reforma del Estatuto de los Trabajadores (dir. Borrajo Dacruz), t.I, vol. 2, Rev. de Derecho Privado, Edersa, Madrid 1.994, pgs. 334 y ss.; PREDRAJAS MORENO, A.: "Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo", La Reforma del Mercado Laboral (dir. Valdés Dal-Ré), Lex Nova, Valladolid, 1.994, pg. 383; SEMPERE NAVARRO, A.V.- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: El Artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, Cuadernos de Aranzadi Social nº 8, Aranzadi, Madrid, 2001, pp. 39 y 71. En el mismo sentido pero antes de la reforma de 1.994, DURAN LÓPEZ, F.: "Resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador y despido", RL, 1990-1, pp.369 y ss.; VIQUIERA PÉREZ, C.: La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador por incumplimiento del empresario, Civitas, Madrid, 1993, pp.28 y ss.; ALBIOL MONTESINOS, I.: "Causas y efectos de la extinción por el trabajador", Comentarios a las Leyes Laborales (Borrajo Dacruz, dir.), RDP, Madrid, 1983, pp.213 y ss.

pronunciamientos judiciales recientes²⁶⁸. De este modo, si el perjuicio es “simple” y la modificación afecta a las materias predeterminadas por el legislador –jornada, horario o turnos–, la extinción se viabilizará a través de la extinción indemnizada prevista en los arts. 40 y 41 ET, en tanto que si el perjuicio es “cualificado” la extinción se actuaría por el cauce del art. 50.1 a) del mismo cuerpo legal²⁶⁹.

La cuestión debatida no es precisamente baladí, pues de la posición que se acoja dependerá no solamente la fundamentación jurídica de la causa resolutoria del art. 50.1 a) ET, sino del art. 50 LET en su conjunto y la solución al dilema de si la institución resolutoria es susceptible de una construcción dogmática unitaria o, por el contrario, plural²⁷⁰.

1. La problemática reconducción del supuesto extintivo a la figura de la resolución por incumplimiento ex. art. 1124 CC. Apuntes y reflexiones críticas en el marco de un debate doctrinal aun abierto

En efecto, si se entiende que las modificaciones sustanciales comprendidas en dicho precepto sólo pueden serlo las lícitas, no constituirían en ningún caso un incumplimiento contractual del empleador y por tanto no cabría su encuadramiento dogmático en la resolución por incumplimiento ex. art. 1124 CC. que, como se sabe, parte del incumplimiento de uno de los contratantes

²⁶⁸ En este sentido Vid. STSJ Canarias 15-1 1999 (AS 954) y de forma más explícita STSJ Canarias 5-5-1999 (AS 1997) que entiende aplicable el art. 50.1.a) ET para una medida modificativa "al margen de su licitud o ilicitud".

²⁶⁹ Vid. GOERLICH PESET, J.M.: La extinción del contrato de trabajo, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1.994, pgs.26 y ss.; NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: "Extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador (En torno al art. 50), El Estatuto de los Trabajadores veinte años después, REDT, n^o 100, 2000, pgs.1.066 y ss.; CRUZ VILLALÓN, J.: "Resolución del contrato:modificación sustancial de condiciones de trabajo" en VV.AA. Extinción del contrato de trabajo, Madrid, 1.998, Ed. Francis Lefebvre pgs. 177 y ss.; BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: Extinción indemnizada del contrato por causa de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, pgs.43 y ss.

²⁷⁰ Mientras que para un sector de la doctrina no hay duda acerca de que el art. 50 se limita a desarrollar el supuesto extintivo recogido en el art. 49.1.j) ET y supone una modalización de la resolución por incumplimiento ex. art. 1124 Cc, doctrina igualmente autorizada se decanta por una construcción dogmática no uniforme al detectar en dicho precepto causas justas de resolución de diverso significado. En este último sentido MARTÍN VALVERDE- RODRIGUEZ SAÑUDO- GARCÍA MURCIA, Derecho del Trabajo, 9 edic., Tecnos, 2000, pg. 742; RODRIGUEZ-PIÑERO- FERNÁNDEZ LÓPEZ, op. cit., pg.148, para quienes en el marco del art. 50 ET operan dos tipos muy distintos de causas, un incumplimiento en sentido estricto (el art. 50.1.b) y otros que son más bien defectos de conducta o ejercicio defectuosos de los poderes empresariales"; VIQUEIRA PÉREZ, C.: La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador por incumplimiento del empresario, Civitas, Madrid, 1.993, pp. 28 y ss.

como requisito de la facultad resolutoria del contratante cumplidor ²⁷¹, quebrando, así la clásica teoría de la correspondencia entre la resolución contractual civil por incumplimiento ex. art. 1124 CC y la figura extintiva regulada en el art. 50 ET que un sector doctrinal ha considerado una proyección modalizada de aquélla ²⁷².

Idéntica ruptura conllevaría la tesis según la cual el precepto estatutario acoge tanto modificaciones regulares o lícitas cuanto irregulares o ilícitas, éstas últimas con el argumento de que la facultad resolutoria se anuda al perjuicio cualificado que ocasiona, ya que, conforme a ella, no toda modificación sustancial constitutiva de incumplimiento empresarial sería reconducible al ap. a) art. 50 - caso de las modificaciones sustanciales causal o formalmente ilícitas que determinen un perjuicio “simple” o genérico ex. art.41.3 ET en las que la resolución tendría que ejercitarse por la vía del primer inciso del art.50.1.c).-, en tanto que cabría la incardinación en el art. 50.1 a) de modificaciones sustanciales lícitas -por obedecer a los requisitos de fondo y forma establecidos en el art. 41 ET- que, aunque productoras de un perjuicio “cualificado” al trabajador, no supondrían, siempre según esta postura, un incumplimiento contractual por parte del empleador al reputarse causal y formalmente legales.

Sin embargo, en mi opinión, la correspondencia con el art. 1124 CC no puede descartarse con el único argumento de que el ap. a) del art. 50.1 ET admite como causa de la resolución contractual modificaciones sustanciales, que aun generadoras de perjuicio cualificado, obedecen a los requisitos causales y procedimentales que la ley sustantiva laboral impone en los arts. 40.2 y 41 ET y que, por tal razón, se reputan lícitas. Bastaría para refutarlo una interpretación en clave distinta del concepto de *ilicitud* que no es totalmente identificable con el concepto de *irregularidad*.

²⁷¹ Vid. DURÁN LÓPEZ, F.: “Resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador y despido”, RL, 1990-I, pp.369 y ss; VIQUEIRA PÉREZ, C.: La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador por incumplimiento del empresario, Civitas, Madrid, 1.993, pp. 28 y ss.

²⁷² Por la doctrina, Vid. DE MIGUEL LORENZO, A.: La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, Civitas, Madrid, 1.993, pgs.24 y ss.; BORRAJO DACRUZ, E.: “Reinterpretación jurisprudencial del art. 50 del Estatuto de los Trabajadores” en VV.AA, Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo, Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al Prf. Manuel Alonso Olea, Madrid (MTSS),1.990, pgs.18.; PENDÁS DIAZ, B.:La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, ACARL, Madrid, 1992, pg.31.

Desde esta interpretación, la *regularidad* de una modificación sustancial radica, estrictamente, en el cumplimiento por parte de la empresa de los requisitos legales de fondo y forma ex. art. 41 ET, pero ello no comporta, necesariamente, su *licitud* ya que si la medida empresarial modificativa causal y formalmente “legal” inflinge un perjuicio a la formación profesional del trabajador o redundante en menoscabo de su dignidad, circunstancia que, no se olvide, ha de acompañar a la modificación referida en la letra a) del art. 50 ET, tal modificación deviene ilícita, entendida la ilicitud aquí en un sentido amplio que refiere a su disconformidad con el ordenamiento jurídico en lo que atañe a la lesión de derechos del trabajador de legalidad ordinaria así como de relevancia constitucional, por lo que de este modo, “englobaría tanto la ilegalidad en sentido estricto como la ilicitud o contravención de la moral o el orden público”²⁷³.

Por tanto, lo que el art. 50.1 a) contempla es la ilicitud sobrevenida de una modificación sustancial anudada a su cualificada lesividad para un concreto trabajador a consecuencia de que con su implantación se vulneran gravemente sus derechos básicos a la formación profesional o a la dignidad y, con este entendimiento, resulta indiferente, en mi opinión, que la modificación responda a una decisión unilateral del empresario, que sea resultado de un acuerdo colectivo al afectar a condiciones de trabajo pactadas en convenio estatutario (art. 41.2. prf.3^o ET), o que haya mediado acuerdo con los representantes de los trabajadores en la preceptiva fase de consultas del procedimiento de modificación colectiva de condiciones de origen contractual (art. 41.4 ET). En efecto, sendos acuerdos colectivos no constituyen títulos que garanticen la inocuidad de la medida modificativa para los concretos trabajadores afectados, de modo que la modificación consensuada colectivamente, en los casos y términos anteriormente expuestos, puede resultar lesiva de los derechos de formación profesional y/o dignidad de algún trabajador comprendido en su ámbito personal de aplicación; y si ello es así, la modificación, aun respetuosa de las exigencias causales y formales impuestas por la ley y eventualmente por convenio, sería legal pero ilícita respecto del trabajador perjudicado.

²⁷³ Vid. Este razonamiento en NOGUEIRA GUASTAVINO, M., op. cit., pg. 1068.

Pero si la modificación sustancial es, en el sentido lato apuntado, ilícita no puede compartirse la doctrina que sostiene que “sólo de modo extensivo cabría hablar aquí técnicamente de incumplimiento”, sino más bien de una vulneración del principio genérico de buena fe o de una “extralimitación en el ejercicio de los poderes empresariales”²⁷⁴, que sería, desde esta postura, el verdadero presupuesto del art. 50.1.a) ET. Y es que, en mi opinión, los perjuicios causados por la medida modificativa devienen de un incumplimiento grave por parte del empresario no ya del principio de buena fe²⁷⁵, sino de los específicos deberes contractuales correlativos a los derechos básicos que el art. 4.2 b) y d) ET reconoce al trabajador en el marco de la relación laboral: respectivamente, el derecho a la promoción y formación profesional y el derecho a la consideración debida a su dignidad²⁷⁶ que, por lo demás, cuentan, así mismo, con proyección y protección constitucional (arts. 35, 40.2 y 10 CE).

Sin embargo y pese a disentir de aquélla postura doctrinal apuntada en lo referente a la fundamentación de la causa extintiva que nos ocupa, sus términos sugieren, a mi entender, una remisión a la figura del abuso de derecho ex. art. 7.2 CC a la que resulta conveniente dedicar algunas reflexiones.

2. Modificaciones sustanciales “cualificadamente lesivas” y la doctrina del abuso de derecho

Según la doctrina iuscivilista, la figura del abuso de derecho, positivizada en nuestro CC (art.7.2), se define como una conducta positiva (u omisiva) realizada en ejercicio de un derecho, que sobrepasa manifiestamente los límites normales de dicho ejercicio causando un perjuicio para otro. Por su parte, al predicarse de ella su carácter restrictivo, es unánime, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, la exigencia de prueba del abuso por parte

²⁷⁴ En este sentido, RODRIGUEZ PIÑERO, M.-FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., op. cit. pp.144 y 159- 160 y 168; NOGUEIRA GUASTAVINO, M., op. cit. pg.1069.

²⁷⁵ Para este criterio de “desatención del deber de buena fe” en orden a encuadrar la medida modificativa lesiva en el art. 50.1 a) ET, vid. STSJ Cataluña 26-3-1999 (AS 1030).

²⁷⁶ En este mismo sentido, DE MIGUEL LORENZO, A.M. op. cit., pg.68; BEJARANO HERNÁNDEZ, A., op. cit., pp.48-50.

del perjudicado acudiendo, alternativamente, a la intención lesiva del autor, al objeto del acto o las circunstancias en las que la conducta opera ²⁷⁷.

La opción por la primera de las alternativas, comporta la acreditación de la existencia de un ánimo de perjudicar (*ánimus nocendi*) o sencillamente la intención de actuar sin un fin legítimo. No obstante y sin perjuicio del perfil subjetivo que el abuso conlleva, la imposibilidad de entrar en la conciencia del actor autoriza a inducir el ánimo subjetivo de elementos externos y particularmente de los resultados de la conducta, esto es del perjuicio por ella causado sin utilidad razonable del beneficiario o contrariando la función legítima a la que el derecho ejercitado debe servir. Esta tendencia progresivamente objetivadora de la institución ha tenido clara expresión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha señalado como elementos tipificadores de la misma: a) el uso de un derecho objetivamente legal; b) el daño o perjuicio a un interés carente de otra protección jurídica específica y c) la antisocialidad del daño manifestada en forma subjetiva (intención lesiva) u objetiva (exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho) ²⁷⁸.

De la positivización de la figura en el art. 7.2 CC, la doctrina detecta como requisitos del abuso de derecho: a) la conducta positiva u omisiva; b) la extralimitación manifiesta de ejercicio de un derecho, siendo los límites normales del mismo no los estrictamente legales, sino los que se infieren de la función económico-social a la que dicho derecho sirve; c) el carácter de la conducta abusiva que puede ser, alternativamente, subjetivo (intención de dañar o *animus nocendi*) u objetiva (finalidad de apurar en exceso la utilidad que el derecho procura y d) el daño patrimonial o moral como consecuencia de la lesión de un interés del afectado que carece de otra forma de protección jurídica ²⁷⁹. En consecuencia, puede decirse que su regulación por el derecho positivo ha venido a cristalizar su formulación doctrinal como sinónima de ejercicio antisocial de los derechos y a consagrar su carácter restrictivo o

²⁷⁷ Vid. BATLLE VAZQUEZ, M.: "Comentarios a los arts. 1º a 7º CC", en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (Albaladejo, dir.), Edersa, Madrid, 1.978, pp. 117 y ss.

²⁷⁸ Vid. DIEZ-PICAZO, L.- GULLÓN BALLESTEROS, A.: Sistema de Derecho Civil, vol. I, Tecnos, Madrid, pg. 439 y ss.

²⁷⁹ En este sentido, Vid. LACRUZ BERDEJO, J.L.: Elementos de Derecho Civil I, vol. 3º, Bosch, Barcelona, 1990, pp. 117 y ss.

excepcional, siendo aplicable tan sólo cuando el perjudicado carezca de otros medios jurídicos de protección.

En cuanto a los efectos del abuso de derecho, el art. 7.2 CC se limita a declarar que “ la Ley no ampara el abuso del derecho” y a establecer la indemnización al perjudicado en resarcimiento del daño junto a la adopción de las medidas judiciales y administrativas que sean precisas en orden a la corrección de la conducta abusiva, sin más precisiones sobre cuáles pueden ser éstas, aunque la doctrina ha señalado que entre las medidas judiciales no cabe descartar la declaración de nulidad del acto abusivo ²⁸⁰.

Aplicando la doctrina del abuso de derecho al ámbito del poder organizativo del empleador en el marco de la relación laboral y, particularmente, al ejercicio de las facultades modificativas de las condiciones de trabajo que la ley le confiere, existiría abuso de derecho si concurre una extralimitación manifiesta de los límites normales de su ejercicio causando perjuicio al trabajador sin utilidad razonable del empresario o cuando, simplemente, se contrarie el fin legítimo al que dichas facultades sirven.

En este orden de ideas, no hay duda de que la modificación sustancial de condiciones de trabajo es una técnica de gestión empresarial de los recursos humanos que, aún cuando pueda producir perjuicio al trabajador afectado por las mismas, procura utilidad a su beneficiario, es decir sirve al interés del empleador en cuanto le permite adaptar la organización de los recursos humanos a las necesidades económicas, técnicas, organizativas o de producción que eventualmente se presenten en su empresa. Por esta razón el abuso sólo se dará, en este contexto, cuando esas facultades modificativas excepcionales se ejerciten extralimitadamente contrariando el fin legítimo al que el ordenamiento las ordena y esa contravención se producirá, en mi opinión, no tanto cuando la modificación determine un perjuicio “simple” al trabajador, cuanto en el caso de que produzca un perjuicio “cualificado” que atañe a derechos tan significados cuales son la formación profesional o la dignidad. Bastaría, pues, la prueba del perjuicio cualificado para inferir la desviación total o parcial de la función que el ordenamiento atribuye a las

²⁸⁰ Vid. LACRUZ BERDEJO, J.L., op. cit., pg. 127 ; DIEZ-PICAZO, L.- GULLÓN BALLESTEROS, A., op. cit., pg. 443.

facultades empresariales modificativas y estimar entonces la existencia de abuso de derecho.

Con todo, ha de admitirse que la argumentación precedente no permite sin más incardinar el supuesto previsto en la letra a) del art. 50.1 ET en el instituto del abuso de derecho puesto que, aunque el fundamento del precepto laboral pudiera residir en un ejercicio abusivo de las facultades modificativas empresariales, el efecto jurídico que el legislador laboral le anuda es la extinción indemnizada del contrato de trabajo a instancia del trabajador, frente a los efectos jurídicos propios del abuso que, como se ha dicho, puede ser la eventual declaración judicial de nulidad de la conducta abusiva y, en todo caso, la indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad objetiva de quien los produce y, por tanto, con independencia de la concurrencia de culpa. Dicho más claramente: mientras que el art. 50 ET persigue la resolución del contrato, el art. 7.2 CC a través de la institución del abuso de derecho, busca la corrección de la conducta antijurídica y el restablecimiento *in natura* de los derechos lesionados por ella.

Pero si a la vista de su finalidad y efectos jurídicos, la figura del abuso de derecho debe ser descartada como fundamento de la causa extintiva ex. art. 50.1. a) ET, sí que permite introducir nuevos e interesantes perfiles, en sentido tutelar, en la vía de reacción impugnatoria que contra la medida modificativa se le ofrece al trabajador, previa o alternativamente a la resolución contractual, conforme a lo previsto en los arts. 40.1, prf.5^o y 41. 3, prf.3^o ET, de la que más adelante se tratará en profundidad ²⁸¹.

En cualquier caso, los escrúpulos doctrinales en orden a considerar existencia de incumplimiento empresarial en sentido estricto en los casos de modificación sustancial de condiciones de trabajo productoras de perjuicio “cualificado”, no tienen por que quebrantar, como se pretende, la teoría de la reconducción dogmática de esta causa extintiva al esquema del art. 1124 CC toda vez que el incumplimiento no es el único requisito de la resolución civil, “sino también la frustración del programa de prestaciones recíprocas”²⁸², esto es, “la frustración del fin del contrato” en los términos empleados por la

²⁸¹ Vid. *supra* 3.2.1 A).

²⁸² Vid. NOGUEIRA GUASTAVINO.M. op. cit., pg,1069.

jurisprudencia civil²⁸³, lo que indudablemente se produce en el marco del contrato de trabajo, en mi opinión, cuando la medida modificativa atenta gravemente contra los derechos básicos del trabajador indicados.

3. La hipótesis de su incardinación en la figura de la rescisión contractual ex. art. 1290 CC.

Ante las dudas suscitadas en un sector de la doctrina en orden a la reconducción dogmática del supuesto extintivo ex. art. 50.1.a) ET a la resolución por incumplimiento, cabría plantearse otra hipótesis alternativa y entenderlo como una variante singularizada de la extinción indemnizada del contrato por parte del trabajador contemplada en el art. 41.3 ET, de la que se ha dicho que el fundamento de la carga indemnizatoria que lleva anudada no es la “sanción” de un incumplimiento empresarial, sino la atribución de una responsabilidad objetiva al empleador por los daños causados al trabajador a resultas de una modificación que, aunque legítima, desborda lo pactado en el contrato de trabajo causándole un perjuicio simple²⁸⁴, en simetría con la también extinción indemnizada que autoriza el art. 40.1.4º inciso LET para los supuestos de traslado.

Desde esa lógica, la extinción del contrato de trabajo a instancia del trabajador ante modificaciones sustanciales generadoras de perjuicio cualificado al trabajador, ex. art. 50.1.a) ET, no sería una resolución por incumplimiento empresarial si responde a una medida modificativa legalmente adoptada desde un punto de vista “causal” y “formal”, sino que se trataría, como en el caso del art. 41.3 ET, de una extinción contractual indemnizada por daños, en la que el mayor *quantum* del resarcimiento monetario obedece a la mayor gravedad de los perjuicios ocasionados .

Sin embargo, a mi juicio, pueden formularse serias objeciones al encuadramiento de la extinción contractual a instancias del trabajador ex. art.

²⁸³ Vid. SSTS (S.1ª) 12-5-1988 (RJ 737) en la que se afirma que " es suficiente apreciar incumplimiento cuando se fruste el fin contractual"; 24-2-1990 (RJ 52); 2-10-1995 (RJ 1188); 19-6-1996 (RJ 740); 3-7-1997 (RJ 1053) entre otras muchas.

²⁸⁴ CRUZ VILLALÓN, J.: " El art. 41 del Estatuto....." cit., pg. 159; RIVERO LAMAS, J.: "Modificación sustancial de condiciones de trabajo: algunos problemas del art. 41 ET", Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al profesor ALONSO GARCIA, Madrid, MARCIAL PONS, 1.995, pg. 346.

50.1.a) ET en la figura civil de la rescisión (arts. 1.290-1.299 CC) extensivas, incluso, a los supuestos de extinción previstos en los arts. 40 y 41 ET en respuesta a modificaciones sustanciales productoras de perjuicio “simple” y ello, a pesar de que el legislador laboral utilice en estos últimos preceptos, expresa pero atécnicamente, el *nomen iuris* de “rescisión” al referirse a la facultad extintiva conferida al trabajador²⁸⁵.

Como ha puesto de relieve la doctrina civilista más autorizada ²⁸⁶, la rescisión es un supuesto de ineficacia del contrato válidamente celebrado que, a diferencia de la anulabilidad, no obedece a irregularidad alguna en su formación, sino al hecho de que el negocio jurídico, desde el mismo momento de su celebración, “contribuye a obtener un resultado injusto, inicuo o contrario a Derecho: un fraude de acreedores o una lesión” ²⁸⁷.

En lo que concierne a las causas que fundamentan la acción rescisoria por parte del contratante perjudicado, vienen establecidas en el art. 1.291 CC y pueden clasificarse en tres grupos: rescisión por lesión, rescisión por fraude de acreedores, y rescisión en cualesquiera otros casos en que especialmente lo determine la ley. Prescindiendo de la rescisión por fraude de acreedores (art. 1.291.3^o-4^o CC), que obviamente no ofrece posibilidad alguna de correspondencia con los supuestos extintivos del contrato de trabajo objeto de análisis, la reflexión se centrará en la rescisión por lesión.

Respecto a la rescisión por lesión en sentido estricto, nuestro CC (art. 1.291. 1^o y 2^o) establece, por un lado, que es aplicable a los contratos celebrados en representación de sujetos sometidos a tutela legal o de ausentes, cuando éstos hayan sufrido un perjuicio económico cuantificado en más de un 25% del valor de las cosas objeto de aquéllos; y, por otro lado (art. 1.293), que “ningún contrato se rescindirá por lesión” fuera de los casos indicados. Supuesto especial, no obstante, es el de la rescisión por lesión enorme o *ultra dimidium*,

²⁸⁵ Vid., en este sentido, por la doctrina científica, RIVERO LAMAS, J: “Modificación de las condiciones de trabajo, cit., pp. 202 y ss.; CRUZ VILLALÓN, J.: Las modificaciones de la prestación de trabajo, cit. pg. 323; PALOMO BALDA, E.: “Modificación sustancial de las condiciones de trabajo y ejercicio de acciones individuales”, cit., pg. 186; San Martín Mazzucconi, C., op. cit., pg. 217. Por la doctrina judicial, vid. STSJ Andalucía 22-2-1993 (AS 1149).

²⁸⁶ Vid. DIEZ PICAZO, L.: Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, t. I, Madrid, Civitas, 1996, pp.507 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS, J.: Derecho Civil Español Común y Foral, t.I, v.2^o, Madrid, Reus, 1983, pp. 937 y ss

²⁸⁷ DIEZ PICAZO, L., op. cit., pg.507.

ausente en nuestro CC pero conservada en el Derecho Catalán y Foral de Navarra ²⁸⁸. En cuanto a los efectos de la rescisión, consisten en la ineficacia *ex nunc* del contrato, sin que quepa indemnización de daños y perjuicios ya que la lesión se resarce, precisamente, con la extinción de la relación obligatoria.

El primero de los argumentos que pueden esgrimirse en contra de la reconducción dogmática de los supuestos extintivos causalizados en modificaciones sustanciales que causen perjuicio -genérico o cualificado- al trabajador a la figura de la rescisión por lesión, se refiere a la aludida cláusula de cierre contenida en el art. 1.293 CC que parece rechazar la posibilidad de rescisión contractual por lesión en supuestos distintos de los previstos en los apartados 1º y 2º del art. 1291CC.. En consecuencia, si los restantes supuestos de rescisión “especialmente determinados por ley”, a los que se refiere el art. 1.291.5º CC, sólo pueden responder a motivos diversos a la lesión, la extinción del contrato de trabajo en respuesta a modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo ex art. 50.1 a) ET, sólo podría tratarse de una rescisión a instancia del trabajador que el legislador laboral vincula al resultado injusto al que conduce el vínculo cuando se le causa un perjuicio grave que desequilibra las prestaciones recíprocas.

Sin embargo, la simetría de ambas figuras es refutable a la luz de otro de los requisitos de la acción rescisoria. En su proyección civil, la lesión o el perjuicio que se ocasiona a una de las partes contratantes a resultas del contrato, se produce en el mismo momento de celebración del mismo; es decir, el contrato rescindible es lesivo *ab origine*, contrariamente a lo que sucede en la acción extintiva objeto de estudio en la que se parte de un contrato de trabajo en el que existe inicialmente un equilibrio de las prestaciones recíprocas que constituyen su objeto. El desequilibrio de las mismas viene determinado, aquí, por un perjuicio para el trabajador sobrevenido o posterior a la

²⁸⁸ Arts. 323-325 Compilación del Derecho civil especial de Cataluña y leyes 499-507 del Fuero Nuevo de Navarra. En ambos casos se autoriza la rescisión de contratos onerosos y conmutativos (sobre bienes inmuebles en el primero de ellos y sobre inmuebles o muebles en el segundo) en los que un contratante haya sufrido lesión de más de la mitad del valor de la prestación. La principal diferencia estriba en que mientras en Cataluña la rescisión tiene un fundamento objetivo cual es el desequilibrio de las prestaciones objeto del contrato, en Navarra se exige también un elemento subjetivo: que el perjudicado estuviere afectado al tiempo de contratar por una situación de necesidad - peligro inminente de daño grave- o inexperiencia, en la línea del CC italiano (arts.1.447-1.448).

celebración del negocio, a consecuencia de una alteración sustancial y unilateral a cargo del empleador de las condiciones de trabajo inicialmente pactadas.

Esta objeción podría también enervarse, si bien con argumentos algo forzados. En efecto, cabría sostener que aunque el contrato de trabajo no es en este supuesto originalmente lesivo, deviene lesivo por una alteración sustancial sobrevenida de su contenido y en tanto que la rescisión es, como se ha dicho, una respuesta jurídica a la lesividad del instrumento contractual, debería reclamarse su rescindibilidad no sólo en los casos de lesión ab origine, sino también en los casos de perjuicio sobrevenido a su celebración. Se trataría, simplemente, de postular una modalización funcional de la figura rescisoria en el ámbito laboral en atención a la excepcionalidad de la variación sustancial de las prestaciones objeto del contrato de trabajo por voluntad empresarial que, como ha advertido la doctrina iuslaboralista, nunca se le ha podido dar rigurosa cabida en el mecanismo general de la novación contractual²⁸⁹.

En último término, las dificultades de equiparación entre las dos figuras extintivas, también radican en los efectos de ambas. Al respecto, hay que hacer notar que la rescisión tiene efectos *ex nunc* y, en consecuencia, extingue las obligaciones contractuales sólo para el futuro, por lo que tratándose de contratos de ejecución continuada o de tracto sucesivo, cual es el contrato de trabajo, la rescisión no perjudicaría lo ya ejecutado enervándose así la *restitutio in integrum* propia de la rescisión de contratos de tracto único. Sin embargo, en orden a los efectos resarcitorios, ya se ha comentado que la rescisión civil no cuenta entre sus efectos jurídicos con la indemnización de daños y perjuicios al perjudicado al entenderse que es la rescisión del contrato, en sí misma, la técnica reparadora del perjuicio. Por el contrario, en los supuestos de extinción del contrato de trabajo por causa de modificaciones sustanciales productoras de perjuicio cualificado ex. art. 50.1.a) ET sí se contempla, como se sabe, una indemnización tasada legalmente para el trabajador perjudicado.

Esta discordancia podría justificarse, no obstante, si se considera que la indemnización en el ámbito laboral no busca el resarcimiento propiamente del

²⁸⁹ Sobre las dificultades de adaptación de la novación contractual a la materia de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, vid. VIDA SORIA, J., op. cit., pg. 78.

perjuicio operado por la modificación sustancial que quedaría reparado con la rescisión contractual, sino más bien el resarcimiento de otro perjuicio ciertamente grave: el que supone al trabajador la pérdida provocada del empleo. Desde esta lógica y en lo que se refiere estrictamente a la extinción por modificaciones sustanciales ex. art.50.1.a) ET, dicha indemnización legal tasada no debe ser excluyente de otra indemnización adicional resarcitoria, esta vez, de los cualificados perjuicios sufridos por el trabajador en su formación profesional pero, sobre todo, en los casos de menoscabo de su dignidad.

En suma, la argumentación precedente permitiría, pero no se oculta que forzosamente, la construcción dogmática del supuesto extintivo contemplado en el art. 50.1 a) ET incardinándolo en la figura de la rescisión ex. art. 1190 y ss. CC., si bien admitiendo una modalización funcional de la misma en el ámbito laboral.

4. Conclusiones

Tras la precedente revisión crítica de las diversas posibilidades de fundamentación jurídica de la extinción contractual causalizada en modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo cualificadamente lesivas ex. art. 50.1.a) ET, ha de insistirse, a modo de corolario, que la tesis que a mi juicio se sustenta sobre argumentos más sólidos es la que la incardina en la figura de la resolución por incumplimiento regulada en el art. 1124 CC. Y ello porque, como se adelantó, cuando una medida modificativa de las prestaciones objeto del contrato de trabajo genera perjuicios tan cualificados como los referidos a la formación profesional o dignidad del trabajador, aunque sea causal y formalmente “legal” deviene ilícita ²⁹⁰ por transgredir derechos reconocidos al trabajador por normas imperativas y, a la sazón, determina un incumplimiento de deberes contractuales del empresario: el deber de respeto a su dignidad ex art. 4.2.d) LET contra el que el trabajador puede reaccionar, entre otras posibles vías de las que posteriormente se hablará, a través del

²⁹⁰ En el mismo sentido, vid. SENRA BIEDMA, R.: “La reforma del derecho individual del trabajo...” cit., pg. 256 y en relación con el menoscabo de la dignidad, CRUZ VILLALÓN, J.: Las modificaciones de la prestación..., cit., pg. 329.

instituto resolutorio ex art. 50 ET que se presenta, así, como precipitado o traslación al ámbito laboral del art. 1124 CC.

De este modo, se abunda en la teoría de que el art. 50 ET en su conjunto y pese a su incompleta rúbrica, desarrolla lo preceptuado en el art. 49.1.j) del mismo cuerpo legal: la extinción del contrato por “voluntad del trabajador fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario”. Dicho en otros términos, cuando la conducta empresarial -en este concreto caso una modificación sustancial de condiciones de trabajo- vulnera el contenido esencial de los derechos básicos del trabajador, se desborda el ámbito del legítimo poder directivo y se entra en el terreno del incumplimiento empresarial que queda aquí anudado no a vicios causales o formales de la medida modificativa, sino a la afectación de los mencionados derechos básicos que la misma comporta.

Por lo demás, este es el criterio acogido mayoritariamente por la jurisprudencia en donde abundan las sentencias que mantienen expresamente que el art. 50 ET es la proyección en el ámbito laboral del art. 1124 CC ²⁹¹, sumándose así a la postura de estimar la existencia de incumplimiento contractual al concurrir los elementos que configuran el supuesto de hecho específico tipificado en el art. 50.1.a) ET ²⁹².

Siendo éste el que podría calificarse de argumento fuerza, cabe aportar otros de refuerzo de esta tesis. El primero de ellos, reside en una interpretación contextual de las aperturas causales del art. 50.1 ET, cuyo apartado c), primer inciso – configurada como formulación general definitoria de todos los supuestos de hecho extintivos tipificados– , se refiere expresamente a “cualquier otro *incumplimiento* grave de sus obligaciones por parte del empresario” , lo que apunta al valor meramente ejemplificativo de los restantes apartados, incluido, por supuesto, su apartado a), que contemplarían, así,

²⁹¹ STS (ud) 3-4-1997 (RJ 3047); SSTSJ Cataluña 14-6-1997 (AS 2453); 19-7-1997 (AS 3563); 30-6-1999 (AS 2839); STSJ Navarra 5-2-1999 (AS 515); SSTSJ Cataluña 18-3-1999 (AS 1820); 22-7-1999 (AS 3163).

²⁹² Vid., en este sentido, STSJ Cataluña 22-7-1999, Fj. 2º, (AS 3163) que considera que el art. 50.1 a) ET contempla “una alteración de condiciones sustanciales en perjuicio del trabajador que resultan trascendentes para la permanencia del vínculo y supone una grave frustración del programa de prestaciones recíprocas que justifica su ruptura”. En la misma línea argumental, STSJ Cataluña 18-3-1999 (AS 1820).

concretos incumplimientos empresariales justificativos de la resolución contractual²⁹³.

Por otra parte, y sin perjuicio de lo anterior, es compartible la doctrina que, pese a la diferencia de lógicas detecta la correspondencia entre el art. 50 ET y el art. 54 del mismo cuerpo legal regulador del despido disciplinario²⁹⁴. La advertida simetría entre ambas vicisitudes extintivas y la evidencia de que en buena medida la conducta empresarial de incumplimiento y ruptura tácita del programa contractual que fundamenta la decisión extintiva del trabajador va dirigida a provocar la autoexclusión del trabajador y, de este modo, a sortear los límites legales al despido, ha cristalizado en la tradición jurídica de equiparar la resolución ex. art. 50 ET al “despido indirecto” o *constructive dismissal* del derecho anglosajón²⁹⁵, siendo muy significativa, en esta línea, el procedimiento que se impone en la dinámica de vicisitud extintiva, así como la remisión que efectúa el art. 50.2 ET a la indemnización principal por despido improcedente en orden a la fijación del *quantum* resarcitorio que se reconoce al trabajador que insta la resolución.

IV. LA CUALIFICACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO: LAS NOTAS DE GRAVEDAD Y CULPABILIDAD

1. Consideraciones generales: la gravedad y la culpabilidad del incumplimiento empresarial como pretendida manifestación modalizadora del art. 50 ET respecto de la resolución civil ex art. 1124 CC

Siguiendo con la tesis de que el art. 50 ET como bloque normativo, esto es incluido su apartado a), es desarrollo del art. 49.1.j) del mismo cuerpo legal que

²⁹³ Vid. en este sentido, BORRAJO DACRUZ, E.: "Reinterpretación jurisprudencial del artículo 50 ET", cit., pp.17-19, que achaca las dudas suscitadas en torno a su presupuesto a la atencividad y sistemática equívoca del precepto. En contra, DURÁN LÓPEZ, F.: "Resolución del contrato por voluntad del trabajador y despido", cit., pg.15; VIQUERIA PÉREZ, C., op. cit., pp.26 y ss.

²⁹⁴ Vid. señaladamente, BORRAJO DACRUZ, E., op. cit., pp. 18-21, con acopio de jurisprudencia del extinto TCT y TS muy expresiva al respecto.

²⁹⁵ Vid. BORRAJO DACRUZ, E., op. cit., pg. 38 y STS 14-10-1982 (RJ 6167). Para un estudio de la *constructive dismissal* del Derecho norteamericano, vid. DE MIGUEL LORENZO, A.: La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, Civitas, Madrid, 1993, pg. 155 y ss. También para esta dimensión de la figura en el marco de la tutela frente al despido injustificado, vid. STS ud 3-4-1997, cit.

establece como causa de extinción de contrato la voluntad del trabajador “fundada en un incumplimiento contractual del empresario”, siendo de este modo una proyección modalizada en el ámbito laboral de la resolución civil de las obligaciones sinalagmáticas ex. art. 1124 CC, es llegado el momento de plantear la cuestión de si el incumplimiento empresarial contemplado en el art.50.1.a) ET debe o no revestir ciertos caracteres cualificadores, señaladamente las notas de gravedad y/o culpabilidad.

Desde un sector de la doctrina iuslaboralista²⁹⁶ y también en algunos pronunciamientos judiciales se ha sostenido que una de las manifestaciones de la modalización de la figura resolutoria en el marco del contrato de trabajo es, precisamente, la exigencia de una particular cualificación del incumplimiento empresarial resolutorio. Sin embargo, no creemos que estemos ante singularidad alguna respecto a la doctrina general de la institución, como seguidamente se razonará.

En efecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia civilistas, han venido reconociendo tradicionalmente que aunque en una interpretación literal del art. 1124 CC sus términos son neutros en relación con el incumplimiento determinante de la resolución, una aplicación mecanicista de la norma propiciaría “situaciones injustas, posibles abusos de la facultad resolutoria por parte del contratante frente al cual se incumple y, sobre todo, se produciría un gran inseguridad en el tráfico jurídico, al estar legitimado (la parte cumplidora) a destruir una relación jurídica válida por el desvío, aunque sea ínfimo, del programa contractual”²⁹⁷. Conforme a ello, se impone una interpretación restrictiva del precepto que implica la exigencia de gravedad y culpabilidad en el incumplimiento resolutorio.

En lo que se refiere a la gravedad, la doctrina iuscivilista mayoritaria la considera un requisito del incumplimiento ²⁹⁸ y, en la misma línea, se ha

²⁹⁶ Vid. BORRAJO DACRUZ, E., op. cit., pp 19 y ss; SEMPERE NAVARRO- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, op. cit. pg 29.

²⁹⁷ Vid. DE LA HAZA DÍAZ, P.: El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Madrid, 1.996, pg. 3.

²⁹⁸ Vid. JORDANO FRAGA, F.: La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria, Madrid, 1992, pp. 108 y 174 y ss.; HAZA DÍAZ, P., op. cit., pp. 18 y ss.; FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J.: " El incumplimiento resolutorio en los contratos bilaterales", Cuadernos Aranzadi, 1997, pp.20 y ss.; ALBALADEJO GARCÍA, M.: Derecho Civil II, Derecho de obligaciones, vol. 1^o, Madrid, 1997, pg.109. En contra, DIEZ PICAZO, L.: Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, vol. II,

expresado la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Civil) al sostener que para el ejercicio de la acción otorgada por el art. 1124 CC no basta cualquier incumplimiento, sino que es preciso que sea propio, grave, esencial, de importancia y trascendencia para la economía del contrato, o de entidad suficiente para impedir la satisfacción económica de las partes. De la doctrina judicial se desprende, así mismo, que el criterio básicamente utilizado para valorar la gravedad del incumplimiento es principalmente objetivo, atendiéndose a su resultado en la relación contractual objetivamente considerada, más que a la trascendencia del mismo para el acreedor ²⁹⁹.

En lo concerniente a la culpabilidad del incumplimiento resolutorio, la jurisprudencia del orden civil ha patentizado una progresiva evolución desde una línea marcadamente subjetivista, calificada de excesiva por la doctrina ³⁰⁰, que arranca en la década de los años cuarenta y desde la que se exigía la existencia de una “voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento”, cuasiasimilable al dolo penal, por parte del contratante incumplidor. Esta doctrina comenzó a matizarse a partir de la década de los ochenta cuando se introduce, como alternativa a la voluntad deliberadamente rebelde, la presencia de una “voluntad obstativa o contraria al cumplimiento” que superando la concepción rigorista del incumplimiento doloso viene a englobar a los incumplimientos imputables al deudor a título de culpa y exonera al resolvente de la carga de la prueba sobre el ánimo subjetivo del demandado.

La consolidación de la tesis objetivista del incumplimiento resolutorio se produce al comienzo de los noventa, momento en el que empiezan a proliferar los pronunciamientos del Tribunal Supremo en los que se prescinde de valoraciones subjetivas para acoger criterios de valoración puramente objetivos en orden a admitir la resolución contractual: incumplimiento grave que frustre el fin del contrato o quiebre la reciprocidad o equivalencia de los intereses de las

Las relaciones obligatorias, 5ª ed., Madrid, 1996, pg. 711, para quien "la distinción entre gravedad y levedad del incumplimiento no parece que pueda ser acogida".

²⁹⁹ Vid. sobre este aspecto y con acopio exhaustivo de jurisprudencia, CLEMENTE MEORO. M.E.: La facultad de resolver los contratos por incumplimiento, TIRANT LO BLANCH, Valencia, 1998, pp. 251-260; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M.A.: La resolución por incumplimiento en la obligaciones bilaterales, La Ley-Actualidad, Madrid, 1998, pp.33-53.

³⁰⁰ RODRIGUEZ GARCÍA, C.J. : Arrumbamiento de un tópico jurisprudencial: una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, La Ley, 1.992, pg. 1130.

partes³⁰¹. Solvente doctrina ha relativizado, no obstante, la trascendencia cualitativa del cambio de tendencia jurisprudencial al detectar que, incluso en el marco de la más acérrima postura subjetivista, la intencionalidad del contratante incumplidor no constituía en puridad un requisito añadido del supuesto resolutorio, ya que ese ánimo subjetivo se entendía implícito en el hecho del incumplimiento objetivamente considerado, de modo que, en realidad, su llamada sólo venía a reforzar la ausencia de los verdaderos requisitos de la resolución: el incumplimiento y/o su gravedad³⁰².

2. Fundamentación jurídica de la exigencia de cualificación de los incumplimientos empresariales resolutorios del art. 50.1 ET

Como se ha visto, la exigencia de una cierta cualificación del incumplimiento no es una singularidad del instituto resolutorio en su proyección laboral, pero aun así los argumentos aportados por la doctrina iuslaboralita ha mostrado su empeño por aportar argumentos diversos en orden a fundamentar la necesaria concurrencia de estas dos notas. Por un lado, se alude a la necesidad de optar por una interpretación restrictiva de la figura en virtud del principio general de conservación del contrato que, en el ámbito laboral, lleva anudado el de estabilidad en el empleo, más aun cuando la resolución lleva aparejado el pago de indemnizaciones³⁰³.

Por otro lado, algunos autores alegan la estricta correspondencia entre la extinción contractual ex. art 50 ET como “totalidad” o bloque normativo y el despido disciplinario ex. art. 54 ET considerándose, ambos, supuestos de resolución por incumplimiento -en el primer caso del empresario y en el segundo del trabajador-, y proyección del art. 1124 CC. De este modo, en simetría con la exigencia legal de gravedad y culpabilidad en el incumplimiento del trabajador como requisito del despido, estas mismas notas deben cualificar el incumplimiento empresarial requisito del art.50 ET, regulador de lo que esta

³⁰¹ Sobre esta evolución de la doctrina del TS con exhaustivo acopio de jurisprudencia, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M. A., op. cit., pp.66-97; CLEMENTE MEORO, M.E., op. cit., pp 352-417.

³⁰² Vid. O' CALLAGHAN MUÑOZ, J.: "La objetivación del incumplimiento. Un cambio jurisprudencial a propósito del art. 1.504 del Código Civil", Estudios de Jurisprudencia, Rev. Colex, año I, nº 3, 1992, pg. 66; DIEZ- PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: "El retardo, la mora, y la resolución de los contratos", ADP, 1969, pg. 391; JORDANO FRAGA, F., op. cit., pp. 85-87.

³⁰³ SEMPERE NAVARRO. A.V.- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., op. cit., pg. 41; en el mismo sentido, Cfr. STS 25-9-1989 (RJ 6486).

doctrina, obviamente, denomina “despido indirecto”³⁰⁴. Como argumento adicional al anterior, se afirma que el propio tenor literal del art. 50.1 ET apoya la exigencia de estos caracteres en todas y cada una de las causas resolutorias comprendidas en el precepto, toda vez que el legislador se refiere explícitamente a la gravedad e implícitamente a la culpabilidad en el supuesto tipificado en su ap. c) 1º inc. al que se le atribuye el carácter de formulación general del incumplimiento resolutorio, mientras que los recogidos en los ap. a): modificaciones sustanciales cualificadamente lesivas; b): impago o retrasos continuados en el abono del salario y c) *in fine*: negativa empresarial a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones laborales, recaída sentencia que declare injustificada la decisión modificativa, serían supuestos de carácter ejemplificativo ³⁰⁵. En contra, se posiciona otro sector doctrinal que entiende que la referencia legal a la gravedad y a la fuerza mayor se constriñe exclusivamente al apartado c), sin que quepa su aplicación extensiva a los restantes supuestos resolutorios³⁰⁶.

La división doctrinal sobre esta cuestión, tiene como contrapunto la uniformidad de la jurisprudencia del orden social en orden a la exigencia de gravedad como requisito de los incumplimientos resolutorios del art. 50.1 ET, si bien con importantes matices en lo referente a las modificaciones sustanciales del ap. a), que a continuación comentaremos. En lo concerniente, sin embargo, a la nota de culpabilidad, aunque los pronunciamientos judiciales basculan en torno a las corrientes subjetivista y objetivadora al igual que en el orden civil, el balance arroja una mayor acogida de la tesis subjetivista, que reclama la “voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento” del empresario, atenuada por la presunción de su existencia ante conductas empresariales gravemente incumplidoras contrarias a los legítimos intereses del trabajador.

³⁰⁴ BORRAJO DACRUZ, E., op. cit., pp. 18 y 35; ALBIOL MONTESINOS, I.: “Extinción por voluntad del trabajador” cit. pp. 196 y ss. En contra de tal simetría, DURÁN LÓPEZ, F.: “Resolución del contrato por voluntad del trabajador y despido” cit., pp. 363 y ss.; MARTÍN VALVERDE, RODRIGUEZ SAÑUDO, GARCÍA MURCIA: Derecho del Trabajo, cit., pg.742; ALONSO OLEA, M.- CASAS BAHAMONDE, M.E.: Derecho del Trabajo, Civitas, 15ª ed., Madrid 1997, pg.468, que marcan la diferencia con el despido sobre la base de la no exigencia legal en el art. 50 de gravedad y culpabilidad en el incumplimiento empresarial.

³⁰⁵ En este sentido denuovo, BORRAJO DACRUZ, E., op. cit., pp.18 y 19; ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pp. 196 y ss. En contra, VIQUEIRA PÉREZ, C., op. cit. pg. 26 y ss.

³⁰⁶ Vid. en relación con la gravedad y respecto del ap. 1.b), VIQUEIRA PÉREZ, C., op. cit., pp. 39 y ss. y en relación con la fuerza mayor, DURÁN LÓPEZ, F.: “La resolución del contrato de trabajo...”, cit., pp. 370 y ss.; De MIGUEL LORENZO, A., op. cit., pg. 27; CRUZ VILLALÓN, J.: “La resolución contractual por modificaciones sustanciales...”, cit., pg. 455.

3. Incidencia de las notas de gravedad y culpabilidad en el supuesto de modificación sustancial cualificadamente lesiva. Las claves de un debate doctrinal y jurisprudencial

Las anteriores consideraciones generales en torno a la gravedad y culpabilidad como requisitos cualificadores de los incumplimientos resolutorios del empleador, deben ser matizadas al tiempo de su individualización respecto al primero de los tipificados en el art.50.1 ET.

Así y en lo que concierne a la gravedad, aun existiendo pronunciamientos judiciales que exigen la gravedad como requisito adicional del supuesto contemplado en el ap. a) ³⁰⁷, por lo general tanto doctrina como jurisprudencia estiman que esta nota viene implícita en el tipo del precepto, de modo que si se acredita la presencia de sus dos elementos configuradores - modificación sustancial de condiciones de trabajo y el perjuicio de la formación o de la dignidad del trabajador-, no se precisa prueba de la gravedad ya que ésta se presume³⁰⁸.

En cuanto a la culpabilidad del incumplimiento empresarial, el panorama se torna mucho más complejo en sede doctrinal y jurisprudencial adoleciendo de una considerable falta de uniformidad en lo referente no sólo a la exigencia o no de su concurrencia, sino, incluso, al aspecto puramente conceptual.

En efecto, se detecta una ausencia de consenso sobre qué debe entenderse por culpabilidad. Así, mientras que algunos autores parecen identificar culpabilidad con imputabilidad, con lo cual no encuentran utilidad adicional a su exigencia al ser “improbable que exista una modificación sustancial de condiciones de trabajo no surgida por decisión empresarial”³⁰⁹, otros consideran que el concepto está vinculado al hecho de que la modificación sustancial sea infundada o arbitraria, es decir operada al margen de las causas legalmente establecidas, y, en este sentido, la entienden exigible para la resolución³¹⁰, argumento del que habría de inferirse, a *sensu contrario*, que las

³⁰⁷ Cfr. SSTSJ Madrid 17-6-1997 (AS 2135); 10-9-1997 (AS 3236).

³⁰⁸ Por la doctrina, SEMPERE NAVARRO- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, op. cit., pg. 69 con cita de jurisprudencia que acoge esta tesis: SSTS 17-1-1991 (RJ 56); 31-1-1991 (RJ 205); 8-4-1991 (RJ 3255).

³⁰⁹ SEMPERE NAVARRO- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, op. cit., pg.70.

³¹⁰ RODRIGUEZ- PIÑERO, M.- FERNÁNDEZ LÓPEZ. M.F., op. cit., pp. 166 y ss.

causalmente fundadas o justificadas quedarían extramuros del supuesto resolutorio de la primera apertura del art. 50.1 ET. Esta tesis podría entenderse que es la acogida por algunos pronunciamientos judiciales que desestiman la pretensión resolutoria del trabajador, al quedar acreditada una causa tal como la reestructuración empresarial autorizada en Expediente de Regulación de Empleo (ERE), que justifica la modificación sustancial determinante de una temporal falta de ocupación efectiva del trabajador o vaciado del contenido esencial de su categoría profesional³¹¹.

La doctrina que anuda la culpabilidad patronal a la injustificación o arbitrariedad de la modificación efectuada, es rechazada tajantemente por quienes sostienen que las únicas modificaciones sustanciales que pueden suscitar la aplicación del mencionado precepto y, por tanto la resolución del contrato, son las declaradas judicialmente como justificadas o las presuntamente justificadas por falta de impugnación judicial de la medida a instancia del trabajador afectado, por lo que en ninguna de las subsumibles en el primer apartado del art. 50.1 ET podría, entonces, hablarse de culpabilidad³¹².

Aunque compartiendo la oposición a aquélla doctrina, se debe discrepar de los argumentos esgrimidos en contra por la segunda expuesta que parte del entendimiento de que, como ya se explicó, en la primera apertura causal del art. 50 tienen cabida tanto las modificaciones sustanciales justificadas como las injustificadas con tal de que comporten un perjuicio cualificado al trabajador. En este orden de ideas, los obstáculos a los que se enfrenta la interpretación que exige la culpabilidad vinculada a la injustificación de la medida modificativa, deben ser otros y se concentran en el hecho de que aún cuando la conducta empresarial no se considerara culpable por concurrencia de causa justificativa -al tratarse de modificaciones efectuadas en el marco de una reestructuración empresarial pactada colectivamente conforme al art. 41. 4 ET o acordadas con los representantes de los trabajadores como medida de acompañamiento en el contexto de un procedimiento de regulación de empleo-, si se actúa en

³¹¹ Vid. SSTSJ Cataluña 19-7-1997 (AS 3562); 6-4-1998 (AS 2484). También desestimatoria, STSJ Cataluña 14-6-1997 (AS 2453) aunque la ratio aquí no es tanto la reestructuración de la empresa cuanto que la modificación no se estima lesiva al mantenerse la categoría y la retribución del trabajador.

³¹² SEMPERE NAVARRO- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, op. cit., pg. 71.

perjuicio de la formación profesional o la dignidad de un concreto trabajador habrá incumplimiento empresarial, si se quiere no culpable al carecer de intencionalidad, pero en todo caso imputable al empleador, y procederá el ejercicio por su parte de la facultad resolutoria ex art. 50.1 a) ET³¹³.

La doctrina judicial no contribuye precisamente a la clarificación de los problemas que la nota de culpabilidad suscita en el plano conceptual, y respecto de este específico supuesto, como ya se viera respecto a la generalidad de las causas resolutorias del precepto, los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales del orden social giran en torno a los dos ejes marcados por la tesis subjetivista y la objetivadora, en plena sintonía con lo que sucede en el orden jurisdiccional civil.

Siguiendo una secuencia histórica, autorizada doctrina ha subrayado la evolución desde la postura subjetivista mantenida mayoritariamente por la jurisprudencia del extinto TCT durante la vigencia del la LCT 1.941 y la LRL 1976, hacia una teoría objetivista del incumplimiento acogida tanto por el TCT como por el TS a comienzos de la década de los ochenta, que viene a cumplir la loable función de superar entorpecimientos a la acción del trabajador, ya que desde la misma se niega expresamente que los términos del art. 50.1 ET, en lo referente a modificaciones sustanciales (así como a las anomalías salariales), permitan subjetivar las motivaciones de dichos incumplimientos cuya mera constatación objetiva autoriza la resolución pretendida por el trabajador. Sin embargo esa misma doctrina advierte de una posterior línea de tendencia hacia la tradicional tesis subjetivista, a partir de 1.986, volviéndose a requerir la manifestación de “una voluntad rebelde, deliberada o consciente, al incumplimiento en aquel sujeto del contrato contra el que se postula la resolución”³¹⁴.

No obstante, lo cierto es que la jurisprudencia y la doctrina judicial a partir de los noventa no han mantenido unánimemente esa tendencia superadora de la tesis objetivadora que anteriormente se apuntaba y sigue girando alrededor

³¹³ En esta línea, Cfr. STSJ Castilla-León 25-11-1998 (AS 4807). En la doctrina y con la misma postura que se postula, De MIGUEL LORENZO, A.M., op. cit., pg. 68; BEJARANO HERNÁNDEZ, A., op. cit., pg. 49.

³¹⁴ Vid. esta valoración de la evolución jurisprudencial en BORRAJO DACRUZ, E.: "Reinterpretación jurisprudencial del art. 50...", cit.

de las dos corrientes citadas. Así, conforme al criterio subjetivista se continua requiriendo la presencia en la conducta patronal del concurso de una intencionalidad que en algunos pronunciamientos, en la versión más extrema de dicha doctrina, se identifica con un *animus nocendi* o doloso³¹⁵, en tanto que en otros se opta por la clásica fórmula de la “voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento” o alternativamente por la de la “voluntad obstativa o contraria al cumplimiento”³¹⁶ que, atenuando el rigorismo de la primera, alberga incumplimientos negligentes o culposos, e incluso, en su versión más matizada, la intencionalidad del empresario se infiere de los hechos sin necesidad de prueba a cargo del trabajador³¹⁷.

Por su parte, la tesis objetivadora, más tuitiva de los intereses del trabajador, lejos de quedar superada sigue presente en múltiples y recientes pronunciamientos de suplicación³¹⁸ en los que, renunciando a subjetivar la conducta empresarial y, por ello, prescindiendo de la exigencia de culpabilidad, se decantan por criterios de valoración puramente objetivos del incumplimiento, bastando la constatación de la existencia de la modificación sustancial y del perjuicio objetivo a los intereses profesionales del trabajador, para decretar la resolución contractual. En ellos se afirma, en efecto, que el art. 50.1 a) ET se basa en una conducta del empresario que altera sustancialmente, en perjuicio del trabajador, las condiciones en que se desarrollaba la relación laboral en términos tales que éste no está jurídicamente obligado a soportarlos, puesto que supone “una grave frustración del programa de prestaciones recíprocas”. Se aprovecha, además, para subrayar el paralelismo del diseño del precepto laboral con el art. 1124 CC y la tendencia objetivadora de su interpretación judicial de este último en abstracción de los elementos volitivos del deudor, lo que conduce a la conclusión de que “con culpabilidad o sin culpabilidad en el empresario, la frustración en el programa de prestaciones se cumple y por lo tanto el interés del trabajador de extinguir el contrato es atendida por la norma contenida en el art. 50 ET”.

³¹⁵ STS 15-1-1990 (RJ 123); STSJ Baleares 4-3-1999 (AS 1448); STSJ Madrid 30-4-1999 (AS 1491).

³¹⁶ STS 6-6-1991 (RJ 5135); STSJ Madrid 20-2-1992 (AS 1033).

³¹⁷ STS 15-3-1991 (RJ 1861)

³¹⁸ STSJ Asturias 15-7-1994 (AS 2800); SSTSJ Cataluña 14-6-1997 (AS 2453); 19-7-1997 (AS 3563); 9-2-1999 (AS 5526); 18-3-1999 (AS 1820); 22-7-1999 (3163); STSJ Valencia 12-1-1999 (AS 188); STSJ Canarias 15-1-1999 (AS 954); STS País Vasco 8-6-1999 (AS 2863). Así mismo, SSTS 3-10-1989 (RJ 7104); 31-1-1991 (RJ 205).

Con todo y pese a la disparidad de criterios acogidos, lo cierto es que un análisis del contenido de los pronunciamientos concretos alinados a la doctrina subjetivista pone de manifiesto que, tal y como sucede en la jurisprudencia civil, la diferencia cualitativa entre una y otra tesis es más aparente que real. En efecto, las sentencias que acogen la postura subjetivista y exigen la concurrencia de culpabilidad en el incumplimiento, incluso en su acepción más rigorista de “voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento” identificable con un *animus nocendi* del empleador, no pretenden incorporarla como un requisito del presupuesto resolutorio sino, más bien, utilizarla como argumento de apoyo a la ausencia de incumplimiento. Es decir, es la inexistencia de modificación sustancial de condiciones de trabajo y/o del perjuicio a la formación profesional o dignidad del trabajador y no la ausencia de culpabilidad en el empleador, lo que fundamenta el fallo desestimatorio de la pretensión resolutoria al ser aquéllos los verdaderos y únicos elementos integradores del tipo legal de resolución contractual a instancia del trabajador ³¹⁹.

4. Conclusiones

Como corolario de la precedente revisión crítica de la jurisprudencia y doctrina judicial de suplicación, puede afirmarse, con rotundidad, la enorme relatividad de las notas de gravedad y culpabilidad como esencialmente cualificadoras de las modificaciones comprendidas en la primera apertura causal de la resolución contractual ex. art. 50.1 ET en el sentido de que, aunque no se prescinda absolutamente de su exigencia, su concurrencia se infiere, sin necesidad de específica acreditación, de la existencia de modificación sustancial y del perjuicio cualificado irrogado al trabajador que sí deben ser probados y constatados por el juzgador para que proceda la resolución, es decir, indirectamente la gravedad se considera como cualidad inherente a la propia estructura del supuesto de hecho extintivo.

V. CESE ANTICIPADO DE LA PRESTACIÓN DE TRABAJO Y RESOLUCIÓN CONTRACTUAL. EL *IUS RESISTENTIAE* DEL TRABAJADOR Y LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL DE LA “AUTOTUTELA INMEDIATA”

³¹⁹ Vid. STSJ Cataluña 14-3-1997 (AS 1860); STSJ Madrid 8-7-1998 (AS 2873).

Sin ánimo de recalcar nuevamente en la cuestión, ya analizada con carácter general, acerca del carácter judicial de la resolución por incumplimiento empresarial, parece conveniente retomarla en clave de individualización respecto al supuesto particular de letra a) del art. 50.1 LET, habida cuenta de las implicaciones en la dignidad del trabajador que integran el supuesto de hecho extintivo tipificado en el precepto y del alcance de ese valor constitucional en la configuración de los derechos fundamentales de la persona del trabajador³²⁰

Baste recordar, sucintamente, el viejo debate doctrinal sustentado en una diversa interpretación literal y contextual de los arts. 49.1.j) y 50.1 LET, que separaba a los autores que se inclinaban por el carácter estrictamente judicial de la resolución (protocolo rescisorio) frente a los que entendían que el legislador sugería la posibilidad de la vía extrajudicial (protocolo dimisionario)³²¹, así como que, sin perjuicio del mismo, hoy la doctrina mayoritariamente y la jurisprudencia unificada reconocen el carácter judicial de esta vicisitud extintiva³²².

Ello, no obstante, algunos autores han matizado o introducido salvedades a esta afirmación. Así, hay quien sostiene que cuando se da el caso de modificaciones sustanciales lesivas, ya comporten perjuicio simple, ya cualificado, el ordenamiento otorga al trabajador una facultad extintiva inmediatamente actuable de efectos constitutivos, ejercitable a través de dos diversos cauces jurídicos: la “rescisión” ex arts 40.1 y 41.3 ET, o la dimisión simple o ad nutum del art. 49.1.d) ET), que llevaría anudada la indemnización legal que respectivamente correspondiera según la entidad del perjuicio. Por el

³²⁰ Para una construcción dogmática de la noción de derechos fundamentales y los derechos de la personalidad, vid. FERRAJOLI, L.: De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona, Identidad, comentarios y democracia, 2000 y “Sobre los derechos fundamentales”, Cuestiones Constitucionales, nº 15, 2006. Para una propuesta de conceptualización y revisión crítica de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales de la persona del trabajador en el contrato de trabajo, vid. VALDES DAL-RE, F.: “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador: un ensayo de noción jurídico-formal” y “ Los derechos fundamentales de la persona del trabajador entre la resistencia a su reconocimiento y la reivindicación de su ejercicio”, RL, T.II, 2003.

³²¹ Para un resumen de este debate, ALBIOL MONTESINOS, I.: “Extinción por voluntad del trabajador”, Comentarios a las leyes laborales. El ET, Edersa, Madrid, 1983, pp. 197 y ss.

³²² Vid., entre otras, SSTS 22-10-1986 (RJ 5878); 12-7-1989 (RJ 5461); 23-4-1996 (RJ 3043) y 22-5-2000 (RJ 4623).

contrario, ante las causas resolutorias comprendidas en el art. 50.1 ET integradas por conductas empresariales no modificativas de condiciones de trabajo, al tratarse de incumplimientos contractuales del empresario, el trabajador tendría una facultad resolutoria ejercitable únicamente por vía judicial³²³. Esta teoría no puede ser compartida, por cuanto parte de la premisa de que las modificaciones sustanciales que infligen al trabajador un perjuicio cualificado (art.50.1.a) ET) no constituyen incumplimientos empresariales, en contra de nuestra ya expuesta opinión de que se tratan de verdaderos incumplimientos resolutorios toda vez que, aún habiéndose adoptado conforme a los requisitos legales de fondo y forma, devienen ilícitas por implicar una vulneración de los derechos del trabajador a la formación profesional o a la dignidad.

Otra doctrina llega a la misma conclusión de admitir la resolución extrajudicial si bien con argumentos menos forzados que enlazan con los manejados por la jurisprudencia interpretativa del art. 50 LET aunque llegando a soluciones diversas en el plano dogmático. Se parte, aquí, de situaciones excepcionales en las que la conducta empresarial incumplidora hace insoportable para el trabajador el mantenimiento de la prestación de trabajo legitimándole para resolver el contrato por sí mismo, sin recurrir a instancia judicial alguna, con derecho a la indemnización legalmente establecida, teniendo su decisión extintiva, pues, de efectos constitutivos directos³²⁴. En tal caso estaríamos, ante lo que también se ha calificado de “dimisión extraordinaria” de efectos constitutivos inmediatos, sin perjuicio de que un ulterior pronunciamiento judicial determine la responsabilidad resarcitoria del empleador³²⁵ en la eventualidad de que éste se negara al abono de la indemnización correspondiente. Es decir para estos autores, en tales casos en que las circunstancias concurrentes: conducta vejatoria o degradante del empleador, grave riesgo para la integridad personal del trabajador o incumplimientos de la obligación salarial que hacen insoportable o

³²³ En este sentido, Vid. Cruz Villalón, J.: "El art. 41 del Estatuto de los trabajadores tras la reforma de 1994", RL, n°17-18, 1994, pg. 160.

³²⁴ Vid. ALONSO OLEA, M.: "La extinción del contrato de trabajo por decisión del trabajador", RPS n° 126, 1980, pg. 145; GARCÍA FERNÁNDEZ, M: Terminación del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, Publicaciones de la Universidad, Palma de Mallorca, 1983, pg.83.

³²⁵ RODRIGUEZ PIÑERO- FERNÁNDEZ LÓPEZ, op. cit., pg.117.

desproporcionadamente gravosa la prosecución del contrato y de las obligaciones que comporta para el trabajador, se operaría una transformación de la figura extintiva, que de una resolución judicial pasaría a convertirse en una dimisión constitutiva.

El enfoque de la doctrina legal tradicional sobre el art. 50 LET relativa a la forma de ejercicio de la facultad extintiva reconocida al trabajador es, sin embargo, diverso al mantenido por esta postura doctrinal, ya que aun estableciendo una regla general (protocolo resolutorio) y unas excepciones a la misma que justifican el cese prematuro de la prestación laboral a cargo del trabajador, éstas no comportan una mutación de la institución en el sentido antes señalado, sino el reconocimiento al trabajador de una suerte de *ius resistentiae* representado por el anticipado abandono justificado del puesto de trabajo que sin embargo no determina la extinción contractual, ya que este efecto sigue anudado al pronunciamiento judicial constitutivo que estime la pretensión del trabajador. En efecto, la regla general se concreta en que el carácter constitutivo de dicha sentencia impone que la relación de trabajo esté viva y por tanto en ejecución la prestación laboral hasta el momento en que aquélla recaiga y sea firme³²⁶, y la excepción se refiere a los supuestos en que a consecuencia del incumplimiento empresarial la continuidad de la convivencia laboral resulte insoportable “por la carga, bien física, bien psíquica o ya económica” que suponga para el trabajador³²⁷, o bien cuando “ la continuidad laboral atente a la dignidad, la integridad personal o, en general, a aquellos derechos fundamentales que corresponden al hombre por el sólo hecho de su nacimiento”³²⁸, circunstancias en todo caso excepcionales que permitirían al trabajador el cese anticipado de la prestación de trabajo, que, sin embargo, no puede entenderse como una suerte de autotutela inmediata, ya que los efectos extintivos y los colaterales indemnizatorios se difieren a la fecha del pronunciamiento judicial que constate la existencia y gravedad del incumplimiento y condene al empresario al pago de la indemnización legal.

³²⁶ Vid., entre otras., SSTS 22-10-1986 (RJ 5878); 12-7-1989 (RJ 5461); STSud 23-4-1996 (RJ 3043) y 22-5-2000 (RJ 4623).

³²⁷ Vid. SSTS 26-11-1986 (RJ 6516); 18-7-1990 (RJ 6425); 23-4-1996 (RJ 3403). En la doctrina de suplicación, vid., entre otras, SSTSJ Madrid 27-5-1997 (AS 1594) y 20-5-1999 (AS 2542).

³²⁸ STS 8-11-2000 (RJ 1419).

Esta construcción, válida en general para todos los supuestos de incumplimientos empresariales del art. 50, cobra especial virtualidad aplicada al supuesto de modificación sustancial que provoque un perjuicio cualificado al trabajador (ex art. 50.1.a) LET) al ser esta medida empresarial, particularmente cuando redunde en menoscabo de su dignidad, susceptible de crear un medioambiente laboral hostil y vejatorio que provoque que el mantenimiento de la prestación de trabajo devenga insoportable para el afectado. Es más, interpretada esta apertura causal con mayores dosis de flexibilidad de las utilizadas hasta ahora por la jurisprudencia y, sobre todo, contemplada en su debido enfoque constitucional, se trata de la que más fácilmente sustentaría la tesis de que el precepto estatutario admite, en clave de opción, la posibilidad de la dimisión directa o extrajudicial junto a la resolución judicial constitutiva. En efecto, en un contexto como el descrito de medidas empresariales lesivas de la dignidad – que, no debe olvidarse, se trata de un valor que se encuentra en el núcleo de todos los derechos fundamentales -, si alguno de éstos quedaran concernidos (igualdad, integridad personal, honor, intimidad) y el trabajador optara reactivamente por la solución de salida de la empresa, su voluntad extintiva podría desplegar por sí misma efectos constitutivos operándose extrajudicialmente la resolución del contrato, lo cual no obstaría a un control judicial *ex post* en orden a verificar su conformidad a derecho en el caso de que sea impugnada por el empresario que niegue el incumplimiento y por ende el pago indemnizatorio ³²⁹, o bien a instancia del trabajador ante el impago del empleador, como por otra parte se contempla en la ley estatutaria para la “rescisión” por perjuicio simple ex art. 40.1 y 41.3 ET. La ya señalada doctrina constitucional de la autotutela inmediata, sentada ad casum para la cláusula de conciencia de los profesionales de la información, pero exportable al resto de los derechos fundamentales, ha venido a avalar esta interpretación.

En todo caso, como ha señalado el propio TC a este respecto y ya se ha tenido oportunidad de comentar anteriormente³³⁰, la resolución extrajudicial alberga una equiparable dosis de inseguridad jurídica a la propia del ius

³²⁹ En este sentido pero para la resolución ex. art.1124 CC, Vid. BEJERANO HERNÁNDEZ, M.E., op. cit., pg.132.

³³⁰ STC 9-12-2002 (RTC 2002, 225) y su doctrina acerca de la forma de ejercicio de la facultad extintiva que concede al periodista trabajador la cláusula de conciencia consagrada en el art. 20.1.d) CE y desarrollada por la LO 2/1997 de 19 de junio.

resistentiae que modula excepcionalmente el clásico protocolo resolutorio. En efecto, tanto si es la voluntad del trabajador la que produce los efectos extintivos constitutivos, cuanto si estos efectos se anudan a la sentencia estimativa de la pretensión de aquél, si la previa ruptura contractual (en el primer caso) o el cese prematuro de la prestación de servicios (en el segundo caso) no se apreciadasen como justificadas la decisión del trabajador podría ser considerada como dimisión, abandono³³¹ o como faltas injustificadas de asistencia al trabajo motivadoras de despido disciplinario -todas ellas vicisitudes extintivas no indemnizadas- y desestimarse en sede judicial la pretensión resolutoria instada por el trabajador al entenderse la relación laboral extinguida previamente al ejercicio de la acción o durante la tramitación del proceso por cualquiera de aquellas causas³³².

A pesar de este indeseable margen de incertidumbre, la solución pasaría por admitir –mejor mediante una modificación *lege ferenda* del precepto o, en su defecto, vía interpretativa– la viabilidad de ambos procedimientos extintivos en clave de alternativa opcional para el trabajador: el estrictamente dimisionario o el judicial, así como la viabilidad, en caso de optar por este último, de implementación de medidas cautelares de suspensión o interrupción de la prestación y de ejecución provisional de la sentencia de instancia. Por eso, la rotundidad de la jurisprudencia laboral al rechazar de plano el ejercicio extrajudicial de la facultad del trabajador ex. art. 50 ET es criticable, pudiéndose esgrimir en su contra diversos argumentos. El primero de orden técnico- jurídico, al contrastar llamativamente con su acogida por la jurisprudencia civil³³³ que parte de una posición que, a mi entender, resulta más consecuente con el carácter de “facultad” que expresamente le otorga a la resolución el art. 1124 CC e, implícitamente parece otorgarle en el ámbito laboral tanto el art. 49.1.j) ET, cuanto la propia rúbrica del art. 50 ET al poner el

³³¹ Cfr. STSJ Murcia 19-11-2001, AL, nº 6, 2002 (184), desestimando la resolución por incumplimiento y configurando la ausencia injustificada al trabajo como abandono.

³³² Vid. SEMPERE NAVARRO- SAN MARTIN MAZZUCCONI, op. cit., pg.50; RODRIGUEZ PIÑERO- FERNÁNDEZ LÓPEZ, op.cit., pg.118; DURÁN LÓPEZ, F.: "Resolución del contrato de trabajo...", cit., pg.375. Sobre las soluciones alternativas para considerar la vigencia del contrato de trabajo, Vid. supra V. 3.

³³³ Vid. SSTS (Sala 1ª) 5-7-1971 (RJ 3379); 28-2-1989 (RJ 1409); 30-3-1992 (RJ 2308); 29-12-1995 (RJ 9611); 7-6-1996 (RJ 4827).

acento en la voluntad del trabajador como *ratio* de la extinción ³³⁴. A este respecto, hay que resaltar que, en efecto, aunque el tenor literal del art. 50.1 LET sugiere el carácter judicial de la resolución cuando establece que el trabajador “puede solicitar la extinción del contrato”, una interpretación contextual del bloque normativo aplicable obliga a conectar la rúbrica del propio art. 50 con el ap. j) del art. 49 ET que en ambos casos se refieren a una extinción “por voluntad del trabajador”, de lo que podría inferirse que se da cabida a la vía extrajudicial. De no entenderse así se incurriría, a mi modo de ver, en la contradicción de que la norma civil, referencia de la laboral, procuraría mayor protección a los intereses legítimos del contratante cumplidor que la específica laboral que, por principio, debiera ofrecer un “plus” de tutela al contratante débil de conformidad con la función tuitiva de los intereses del trabajador que preside el Derecho del Trabajo y debe informar su interpretación y aplicación por los órganos judiciales.

Por otra parte, la exigencia de ejercicio judicial de la facultad resolutoria en este caso, se ha tachado de incoherente si se compara con el carácter extrajudicial que legalmente se atribuye a la resolución contractual que responda a modificación sustancial productora de perjuicio simple, en la que el trabajador “no tiene que solicitar nada (sin perjuicio de ulteriores temas contenciosos)” lo que permite “deducir que el trabajador puede interrumpir la prestación de servicios (*ius resistendae*)” sin esperar a resolución judicial alguna ³³⁵.

Pero, en mi opinión, el argumento definitivo viene dado por la interpretación del art. 50 conforme a la lógica de la tutela de derechos fundamentales que subyace en la doctrina constitucional de la autotutela inmediata y que es la única viable para garantizar la constitucionalidad del precepto. Desde esa lógica, la única interpretación posible del art.50 ET reside, mi opinión, en que deja espacio a la vía extrajudicial de extinción del contrato de trabajo en clave opcional con el protocolo resolutorio, ya que lo contrario, esto es, la imposición de este protocolo de efectos extintivos diferidos implica, tal y como ha puesto de relieve el TC, un forma amparo, por transitorio o temporal que sea, del

³³⁴ En este sentido para la resolución por incumplimiento del art.1124 CC, Vid. DIEZ-PICAZO, L.: Fundamentos....., vol. II cit., pg.703; Clemente Meoro, M.E., op. cit., pp. 132 y ss.

³³⁵ En este sentido, Vida SORIA, J., op. cit., pg. 101.

derecho fundamental que haya sido lesionado por la medida modificativa empresarial gravemente lesiva de un bien jurídico tan relevante y necesitado de protección como la dignidad y los derechos fundamentales que le son inherentes. Por otra parte, no puede ignorarse el hecho de que las medidas empresariales novatorias lesivas de la dignidad son, dentro de los incumplimientos previstos en el art. 50 LET el que más posibilidades tiene de engendrar por sí solo – sin necesidad de concurso de otras circunstancias como planificación intencionalidad lesiva del empleador, complementariedad de otras conductas o medidas empresariales degradantes o menoscabo de la salud del trabajador – una afectación de derechos fundamentales. Así lo pone de relieve la doctrina judicial de instancia y suplicación que rechazando la existencia de acoso moral por ausencia de dichas circunstancias, no dudan en estimar la afectación de derechos fundamentales por obra de la conducta empresarial³³⁶ ; una afectación que, incluso, podría darse por obra de una medida de mera movilidad funcional que aunque legal desde el punto de vista del cumplimiento de los límites concernientes a titulaciones, clasificación profesional y duración, puede devenir ilícita por concernir gravemente a la dignidad y al derecho fundamental al honor³³⁷, si bien en este caso, el incumplimiento empresarial debería reconducirse a la cláusula general del apartado c) del art. 50 LET.

En consecuencia, la tesis de que en el marco del art. 50 ET el trabajador pueda decantarse opcionalmente por la resolución extrajudicial, al menos en lo que respecta al específico incumplimiento contractual tipificado en la letra a) y siempre, claro está, que la modificación sustancial lesiva de la dignidad implique la afectación de derechos fundamentales, tiene el mérito no sólo de contribuir a la depuración constitucional del precepto sino de reconocer al asalariado un derecho de autotutela inmediata ante el incumplimiento

³³⁶ SJS nº 2 NAVARRA-PAMPLONA 23-08-2007 PROV 2007\316084; STSJ Cataluña 21-11-2003 (AS 671)

³³⁷ Vid., en este sentido, STSJ Cataluña 21-11-2003 (AS 671), para la que “la movilidad funcional, aun cuando sea lícita, desde la perspectiva del art. 39 del Estatuto de los Trabajadores, por respetar las exigencias de las titulaciones académicas profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y por la pertenencia al grupo profesional o categorías equivalentes, cabe entender se puede producir vulneración de la dignidad del trabajador (art. 39-3 de la propia Ley), determinándose ahí, sin necesidad de acudir a la normativa específica en el apartado 5º del referido artículo”. De entenderlo así, no habría que entender, por tanto, que se ha producido una modificación sustancial, sino que la propia movilidad funcional puede ser generadora de una vulneración del derecho al honor y a la propia imagen.

empresarial³³⁸, trascendiendo así de una dimisión provocada meramente "propuesta" al órgano judicial hasta una dimisión provocada directa o de efectos constitutivos inmediatos que sólo sería revisable judicialmente *ex post* si es objeto de impugnación por parte del empleador cuando alegue la inexistencia del incumplimiento, o a instancia del trabajador en el caso de que el empleador se negare al pago indemnizatorio.

VI. PARTICULARIDADES DE LA TUTELA RESARCITORIA. INDEMNIZACIÓN LEGAL TASADA Y EL PRINCIPIO GENERAL DE RESARCIMIENTO INTEGRAL DE DAÑOS. PUNTOS CRÍTICOS

Como es sabido, la resolución contractual a instancia del trabajador por las causas establecidas en el art. 50 ET, con carácter general y en paralelo con lo dispuesto en el art. 1124 CC, despliega dos órdenes de efectos: el extintivo del contrato y el resarcitorio que implica, en el ámbito laboral, una indemnización a cargo del empresario, siendo cuestión pacífica en la doctrina y la jurisprudencia que su cuantía viene tasada, *ope legis*, en el art. 50.2 ET que remite a la indemnización principal propia del despido improcedente (art. 56.1 ET)³³⁹, a la que se añadirá, en el caso de cese anticipado y justificado de la prestación de trabajo, los salarios dejados de percibir desde la fecha del cese hasta que recaiga la sentencia judicial resolutoria³⁴⁰.

En este plano resarcitorio reside precisamente, a decir de la jurisprudencia laboral, una de las diferencias esenciales entre la resolución ex. art. 50 ET con

³³⁸ En perfecta simetría con el "reconocimiento jurídico de poderes extraordinarios de autodefensa" al empleador frente a presuntos incumplimientos contractuales del trabajador en el supuesto de despido disciplinario tal y como reconocen MONERÉO PÉREZ, J.L.- MORENO VIDA, M.N.: "Forma y procedimientos del despido disciplinario", Comentarios a las Leyes Laborales. La Reforma del Estatuto de los Trabajadores, T.II, Edersa, 1994, pp.311 y 312.

³³⁹ Dicha remisión al despido improcedente en orden al quantum indemnizatorio en la resolución por incumplimiento empresarial, según la doctrina es reveladora del origen de la institución como "despido indirecto", así como de su carácter cuasi-sancionador; en este sentido, Vid. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: "Formalidades y Procedimientos de la extinción del contrato de trabajo", Revista de Derecho Social n^o 4, 1998, pg. 71.

³⁴⁰ Sobre el derecho a estos particulares "salarios de tramitación" en este "supuesto de pendencia del contrato incurrido en causa extintiva no ejecutada" parafraseando a VIDA SORIA, J. ("La suspensión del contrato de trabajo", Comentarios a las Leyes Laborales, Madrid, Edersa, 1983, pp. 27 y 35), Vid. SEMPERE NAVARRO- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, op. cit. pg.109; ALBIOL MONTESINOS, I.: "Causas y efectos de la extinción por el trabajador", cit., pg.222; De MIGUEL LORENZO, A.: "La extinción causal del contrato de trabajo...", cit., pp. 127 y ss; VIQUEIRA PÉREZ, C., op. cit., pp.127 y ss.

indemnización legalmente tasada y la prevista en el art. 1124 CC, del que se infiere que la indemnización, que será acordada según el libre arbitrio judicial, deberá reparar en su integridad el daño producido por el incumplimiento y el quantum indemnizatorio proporcional al perjuicio generado cuya prueba corresponde al contratante que insta la acción resolutoria ³⁴¹. Sin embargo, cabe plantearse dos hipótesis interpretativas diversas en orden a alargar el cauce indemnizatorio ex. art. 50.2 ET, reforzándose así la tutela resarcitoria que procura al trabajador perjudicado.

La primera de ellas, se refiere a la posibilidad de que el trabajador pueda ejercitar, simultánea, sucesivamente o incluso conjuntamente a la acción resolutoria del art. 50 ET, otra acción de responsabilidad civil en exigencia del resarcimiento de daños y perjuicios colaterales producidos por el incumplimiento empresarial mediante una indemnización complementaria a la tasada por el legislador laboral, al amparo esta vez del art. 1124 CC en concordancia con los art. 1101 y ss. o, incluso, 1902 del CC reguladores, respectivamente, de la responsabilidad civil contractual y extracontractual o aquiliana ³⁴².

Ya se comentado críticamente que la posibilidad de compatibilizar la indemnización del art. 50.2 ET y el resarcimiento de daños previsto en el art. 1124 en relación con el art. 1101 del CC, ha sido tozudamente rechazada por la jurisprudencia del TS sobre una base argumental muy discutible que ahora no es necesario reproducir. Criticable esta tesis con carácter general en relación con los incumplimientos resolutorios del art. 50 ET, en mi opinión hay argumentos de mayor peso aún para su rechazo en relación con el supuesto del ap. a) del art. 50 ET, en particular cuando se trate de hipótesis en que se vea concernida la dignidad, ya que en tal caso se abre un campo abonado o un ámbito material propicio para la afectación de derechos fundamentales de la persona del trabajador a ella vinculados.

³⁴¹ Resaltando esta diferencia, Cfr. STS (ud) 3-4-1997 (RJ 3047).

³⁴² Conviene recordar que mientras la responsabilidad contractual tiene como presupuesto un incumplimiento o contravención de obligaciones contractuales en el que no se exige la concurrencia de dolo o culpa, la extracontractual reposa en la idea de culpa. No obstante, la doctrina civilista ha relativado tal diferencia dado que la jurisprudencia viene marcando una línea de tendencia progresivamente objetivadora de la responsabilidad extracontractual al presumir *iuris tantum* la culpa en el agente del daño. En este sentido, Vid. DIEZ PICAZO- GULLÓN BALLESTEROS: Sistema de Derecho Civil, vol. II, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2001, pg.542.

En efecto, como ya se dijo, la dignidad es un derecho básico reconocido al trabajador en la relación laboral (art. 4.2.e) ET) de especial significación al ser la traslación al ámbito laboral de un bien jurídico protegido por la CE (art. 10) que constituye, además, el núcleo de una pluralidad de derechos fundamentales a ella constitutivamente vinculados. Lo que no está claro es cuando un atentado a la dignidad de la persona del trabajador operado por la conducta del empleador trasciende del reproche jurídico desde la legalidad ordinaria y alcanza trascendencia constitucional; dicho en otras palabras, cuando el menoscabo de la dignidad comporta la afectación de derechos fundamentales que se encuentran en su órbita: igualdad, integridad personal, honor, intimidad, propia imagen y hace operativa la tutela constitucional de los mismos

En su proyección laboral la dignidad constituye un límite legal y constitucional al ejercicio de los poderes directivos empresariales en el marco de la relación de trabajo que de rebasarse implicaría una conducta abusiva e ilícita que merece una adecuada respuesta jurídica. Respuesta jurídica es, desde luego, la atribución legal al trabajador de la facultad de resolver el contrato de trabajo con derecho a la indemnización tasada de la que se ha hablado (art. 50 ET), pero, en mi opinión y para el concreto caso de modificaciones sustanciales lesivas de la dignidad , esta respuesta no debe ser la única sino que puede y debe ir acompañada, en perfecta compatibilidad con la pretensión resolutoria, del derecho del trabajador a ejercitar una acción de resarcimiento adicional de los daños morales y en su caso materiales distintos a la pérdida del empleo³⁴³ vinculados a atentado a la formación profesional y/o dignidad y, en su caso, a los derechos fundamentales vinculados a ella que le hayan podido ser inferidos por la medida modificativa, cuanto más si se tiene en cuenta que, como ya se dijo, en el caso particular del art. 50.1.a) LET la jurisprudencia viene exigiendo la prueba del perjuicio cualificado inflingido al trabajador quebrándose así la regla general operativa en la figura extintiva de

³⁴³ El concepto de daño moral comprende la lesión o violación de intereses y derechos de la persona de carácter extrapatrimonial y al respecto la jurisprudencia ha reconocido reiteradamente la obligación de su reparación sin requerir que tengan trascendencia patrimonial, siendo estimados discrecionalmente por el juzgador previa prueba de los mismos por parte del perjudicado; Vid. en este sentido, DIEZ PICAZO-GULLÓN BALLESTEROS, op. cit., pg. 547.

presunción iuris et de iure del daño derivado de la conducta incumplidora del empleador.

Se postula, en definitiva, ante la dimensión de los bienes jurídicos y derechos vulnerados por la medida modificativa - la formación profesional y sobre todo la dignidad, por lo demás muy interrelacionados -, y la acreditación, aquí necesaria, de los daños vinculados al menoscabo de derechos de la persona del trabajador, la admisibilidad de un alargamiento legítimo del cauce indemnizatorio por la vía de de los arts. 1101 CC (responsabilidad contractual), sin que para ello fuera óbice el reiterado (aunque débil) argumento jurisprudencial de que un único incumplimiento empresarial lesivo no puede ser “sancionado” doblemente por dos vías basadas en sectores diversos del ordenamiento, ya que éste pierde validez cuando la conducta antijurídica del empleador sea generadora de una pluralidad de daños no cubiertos por la indemnización tasada ex. art. 50.2 ET ³⁴⁴, lo que sucede particularmente con el daño moral inherente al atentado contra la dignidad que cualifica aquí la medida modificativa –independientemente de que queden también comprometidos derechos fundamentales– , y a la salud si ésta se ve también afectada como consecuencia del trato vejatorio y degradante que pueda suponer la conducta empresarial, daño que sólo quedará reparado con una adicional indemnización “civil” sometida a las reglas de los arts. 1101, 1103 y 1106 CC ³⁴⁵. Las dos acciones que ejercite el trabajador en este caso no son excluyentes sino complementarias ya que la *causa petendi* en cada una de ellas es diversa. Con la acción resolutoria del art. 50 ET se persigue la extinción del contrato y la indemnización tasada que repara exclusivamente la pérdida del empleo voluntaria pero provocada por el incumplimiento empresarial, mientras que la acción de exigencia de responsabilidad busca el

³⁴⁴ En este sentido, PENDAS DÍAZ, B.: La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, Acarl, Madrid, 1992, pg. 172.

³⁴⁵ En la doctrina legal el daño moral se identifica con el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual producido por una agresión directa a bienes inmateriales o al acervo extrapatrimonial de la personalidad y su reparación no atiende a la reintegración de un patrimonio, sino que va dirigida a proporcionar una compensación del sufrimiento causado carente de una traducción económica automática. Vid. SSTS, Sala Primera, 31-5-1983 (RJ 2956); 25-6-1984 (RJ 1145). Del mismo modo, para la STS, Sala Primera, 22-2-2001 (RJ 2242), por daño moral, en su integración positiva “habrá de entenderse categorías anidadas en la esfera del intimismo de la persona y que, por ontología, no es posible emerjan al exterior, aunque sea factible que, habida cuenta de...la conducta ilícita del autor responsable, se pueda captar la esencia de dicho daño moral, incluso por el seguimiento empírico de las reacciones, sentimientos o instintos que cualquier persona puede padecer al haber sido víctima de una conducta transgresora fundamento posterior a su reclamación por daños morales”.

resarcimiento del daño moral derivado de la afectación de los derechos básicos del trabajador que no quedaría compensado por aquélla indemnización tasada. Este planteamiento permite, por lo demás, dar cumplimiento al principio general de nuestro ordenamiento jurídico de proporcionalidad entre el daño causado y su reparación, de modo que la indemnización procedente deberá ser adecuada y suficiente par alcanzar a reparar “plenamente” todos los daños y perjuicios inferidos (*restitutio in integrum*).

No cabe duda que esta tesis se refuerza cuando además de la afectación de derechos básicos del trabajador de legalidad ordinaria –pese a que pudiera hablarse también de derechos fundamentales en sentido jurídico material en caso del derecho a la salud y al trabajo–, la modificación sustancial concerniera a derechos fundamentales en un sentido técnico-jurídico o jurídico-formal como la igualdad, la integridad personal o la propia imagen. Aquí existe un argumento de refuerzo *ius positivum* de primera magnitud: la previsión de una indemnización específica laboral prevista en el art. 180.1 LPL como parte del contenido de la tutela constitucional autónoma que merecen los derechos fundamentales, que ha de entenderse trasladable al procedimiento resolutorio cuando en el mismo se invoquen derechos fundamentales comprometidos por la modificación sustancial de conformidad con la doctrina “acumulativa” de garantías procesales de la modalidad de tutela a los procesos objeto del reenvío imperativo del art. 182 LPL que desde tiempo atrás viene defendiendo la doctrina científica³⁴⁶ y más recientemente ha terminado recepcionando el TC³⁴⁷.

Pues bien, esta solución fruto de una interpretación integradora, evolutiva y en la lógica constitucional del principio de protección de los derechos sociales de ciudadanía que desde tiempo atrás viene defendiendo la doctrina más autorizada respecto al art. 50 LET, ha sido parcialmente avalada por el cambio de criterio de la doctrina unificada que, modulando el anterior, accede ahora a la compatibilidad indemnizatoria, si bien sólo para cuando se vean afectados

³⁴⁶ VALDES DAL-RE, F.: El proceso de protección de la libertad sindical y demás derechos fundamentales, en AA.VV: Lecturas sobre la reforma del proceso laboral, Ministerio de Justicia 1991, pg. 486; BAYLOS GRAU, A., CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ LOPEZ, M.F.: Instituciones de Derecho Procesal Laboral, Trotta, Madrid, 1995, pg. 201-202.

³⁴⁷ RTC 257/2000 y 10/2001.

derechos fundamentales³⁴⁸ En este sentido, como ya se adelantó, hay argumentos sólidos para discrepar de esta limitación del alcance de la tutela reforzada frente al ilícito empresarial y, por tanto, para compartir esencialmente la tesis del Voto Particular formulado a la citada sentencia en el sentido de que la compatibilidad indemnizatoria debe hacerse extensiva a todos los supuestos en que se produzcan daños colaterales a la pérdida del empleo cualquiera que sea la naturaleza de los derechos lesionados por obra del ilícito empresarial, ya que sólo así se dará cumplida respuesta al principio general del Derecho de daños de restitución integral y proporcionada de los perjuicios causados.

Por otra parte, esta misma sentencia de modo implícito y la posterior que la recepciona de modo explícito sientan el criterio de que en tales supuestos de afectación de derechos fundamentales la regla general prohibitiva de acumulación de acciones del art. 27.2 LPL debe decaer y ello sin duda para hacer compatible la dinámica de la tutela de los derechos fundamentales en el marco del procedimiento resolutorio, una tesis que después ha sido objeto de recepción legal a través de las modificaciones operadas por la LOI (DA 13ª) en el citado precepto de la Ley Procesal.

VII. OTRAS OPCIONES REACTIVAS DEL TRABAJADOR: LA EXIGENCIA DEL CUMPLIMIENTO Y DIMISIÓN PROVOCADA

En los epígrafes precedentes nos hemos referido exclusivamente a una de las posibles opciones que se ofrecen al trabajador en respuesta a la modificación sustancial de sus condiciones de trabajo que le profiera un perjuicio a su formación profesional o dignidad. Se trata de la que podríamos denominar “opción salida” de la empresa a la que el ordenamiento jurídico laboral da respuesta jurídica a través de la figura de la resolución indemnizada del contrato de trabajo ex. art. 50 ET a cuyos principales y más espinosos problemas se ha tratado de aportar soluciones.

Sin embargo esta “opción salida” y su correspondiente respuesta jurídica no es la única y ni siquiera la más idónea desde la perspectiva de la tutela efectiva de los derechos e intereses del trabajador afectado. En efecto, caben otras

³⁴⁸ STSud 17 de mayo de 2005 y las posteriores que recepcionan la doctrina, SSTS ud 7-2-2007 (RJ 2195) y 20-09-2007 (RJ 8304).

opciones reactivas diversas que no comporten la extinción del contrato de trabajo y con ello el perjuicio añadido de la pérdida del empleo.

1. El *ius resistentiae*: la desobediencia lícita del trabajador

Una de ellas podría consistir en el ejercicio por parte del trabajador afectado de su *ius resistentiae* frente a la modificación notoriamente lesiva, identificado aquí con el derecho - de construcción jurisprudencial - a no acatar órdenes empresariales ilícitas, vejatorias, arbitrarias, que comporten grave riesgo o impliquen abuso de derecho, que afecten a derechos inviolables del trabajador o coarten el libre desarrollo de su personalidad, ya que el deber de obediencia del trabajador decae ante órdenes dadas por el empresario en el ejercicio “irregular” de su poder directivo ³⁴⁹. Es decir, el uso regular de los poderes directivos se condiciona a la licitud y conformidad con el ordenamiento jurídico y al cumplimiento de esta condición se supedita, pues, el deber de obediencia que impone al trabajador el art. 5.c) ET ³⁵⁰. Desde esta perspectiva, la negativa del trabajador a adaptar su actividad laboral a las nuevas condiciones de trabajo impuestas por una medida modificativa que lesiona gravemente sus derechos al respeto de la dignidad y/o la formación profesional del trabajador y, por tanto, manifiestamente ilícita, sería perfectamente legítima ³⁵¹.

Sin embargo esta solución se enfrenta a la también doctrina jurisprudencial de que la figura del derecho de resistencia es de carácter excepcional, a lo que se suma el criterio de que las órdenes empresariales se presumen dictadas en el ejercicio regular del poder de dirección del empleador, lo que conduce a la regla general de que deben ser cumplidas, sin perjuicio de la facultad del trabajador a impugnarlas para obtener, previa acreditación de su antijuridicidad, la revocación judicial de la medida o conducta empresarial y el reconocimiento

³⁴⁹ En este sentido, vid. SSTs 4-2-1988 (RJ 572) y 28-11-1989 (RJ 8276). Para un estudio del principio de excepción al deber de obediencia y extensión del *ius resistentiae* del trabajador, vid. BAYLOS GRAU, A.: “La autotutela del trabajador frente a extralimitaciones del poder de dirección del empresario”, en Las limitaciones de los poderes empresariales y las responsabilidades por su utilización ilegítima (CABEZA PEREIRO, LOUSADA AROCHENA, MOVILLA GARCÍA, coord.), Granada, Comares, 2002. El autor contempla como primer y más importante límite al deber de obediencia del trabajador las órdenes que impidan el pacífico goce de derechos fundamentales del trabajador y, en particular, de los derechos fundamentales “inespecíficos”, op. cit., pg. 42-43.

³⁵⁰ Vid. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, V.: “Aspectos penales de la obediencia debida”, RPS, nº 131, 1981, pg. 57.

³⁵¹ Vid. en este sentido, MONTOYA MELGAR, A.: “Nuevas dimensiones jurídicas de la organización del trabajo en la empresa”, cit., pp. 48 y ss.

de su derecho al restablecimiento de la situación anterior al acto ilícito (principio *solve et repete*). Con todo, la postura de la doctrina científica es casi monolítica al tachar este criterio jurisprudencial de insostenible, trasnochado e incluso inconstitucional por estar vinculado a un diseño autoritario de la empresa regido por los principios de jerarquía y mando que en su proyección en la relación laboral implica la rigurosa sujeción jerárquica y disciplinada del trabajador a las órdenes empresariales y , con ello, una quiebra del principio de igualdad³⁵².

En ese escenario se enmarca la ya mencionada doctrina jurisprudencial sobre el derecho de resistencia del trabajador (*ius resistentiae*), inicialmente de alcance muy restrictivo, pero que ha ido ampliando progresivamente su alcance a partir de finales de la década de los ochenta sobre todo a base de la jurisprudencia constitucional restrictiva de la regla de presunción de legitimidad de las órdenes empresariales que comporten directa o indirectamente lesión de derechos fundamentales³⁵³.

Desde esta perspectiva, pues, la negativa del trabajador a asumir un modificación de condiciones de trabajo gravemente lesiva de la formación profesional y la dignidad sería perfectamente reconducible a la doctrina del *ius resistentiae* en cuanto que medida de autotutela inmediata frente a órdenes empresariales ilícitas, vejatorias, arbitrarias, abusivas, o que comporten grave riesgo para la salud y seguridad, o que afecten a derechos inviolables del trabajador o coarten el libre desarrollo de su personalidad. Si esto es válido para supuestos de afectación de derechos de legalidad ordinaria, cuanto más lo debería de ser si se trata de medidas empresariales real o potencialmente lesivas de derechos fundamentales de la personalidad del trabajador vinculados a la dignidad³⁵⁴.

³⁵² RIVERO LAMAS, J.: “Art. 20. Dirección y control de la actividad laboral”, en VV.AA.: *Comentario al Estatuto de los trabajadores* (Monereo dir.), Comares, Granada, 1998, pg. 313; BAYLOS GRAU, A., op. cit., pg. 33-36.

³⁵³ Para un estudio del principio de excepción al deber de obediencia y extensión del *ius resistentiae* del trabajador, vid. BAYLOS GRAU, A.: “La autotutela del trabajador frente a extralimitaciones del poder de dirección del empresario”, en *Las limitaciones de los poderes empresariales y las responsabilidades por su utilización ilegítima* (CABEZA PEREIRO, LOUSADA AROCHENA, MOVILLA GARCÍA, coord.), Granada, Comares, 2002. El autor contempla como primer y más importante límite al deber de obediencia del trabajador las órdenes que impidan el pacífico goce de derechos fundamentales del trabajador y, en particular, de los derechos fundamentales “inespecíficos”, op. cit., pg. 42-43.

³⁵⁴ Para una reflexión crítica de la preeminencia de los requerimientos de productividad en el ejercicio de los poderes empresariales y su tensión con los derechos constitucionales del trabajador, en quiebra de

2. La acción de exigencia del cumplimiento: Impugnación de la medida modificativa lesiva y dimisión provocada

Analizada ya la dimisión provocada como mecanismo de tutela frente a modificaciones sustanciales cualificadamente lesivas ex art. 50.1 a) ET, queda ahora por esclarecer si el ordenamiento laboral alberga otras vías alternativas de tutela y en concreto el reconocimiento de un derecho a impugnar la medida con fundamento en idénticos perjuicios a los que legalmente justifican la resolución contractual indemnizada. Dicho en otros términos, se trata de determinar *ius positivum* si ante una modificación sustancial productora de perjuicio cualificado (o cualificadamente lesiva), impugnación y dimisión provocada son derechos potestativos y compatibles atribuidos al trabajador afectado o si, por el contrario, son opciones excluyentes ³⁵⁵.

En efecto, la vía de exigencia del cumplimiento, como alternativa a la resolución, está nítida y expresamente recogida en el art.1124 CC a diferencia del art.50 ET que solo comprende la facultad extintiva del trabajador, diversidad de tratamiento que ha llevado a cierta doctrina a hacer residir en ello una de las diferencias estructurales de la construcción jurídica de ambas figuras resolutorias ³⁵⁶. Lo que sucede, pues, es que el ordenamiento laboral la facultad alternativa a la extinción está segregada de la extintiva en el plano regulativo y además ambas se viabilizan a través de cauces diversos. Partiendo de la convicción de que ante un incumplimiento empresarial integrado por una modificación sustancial de condiciones de trabajo productora del perjuicio cualificado el trabajador tiene la facultad de exigir el cumplimiento, la cuestión radica entonces en esclarecer el problema, aun no resuelto, de la fundamentación jurídica de ese derecho, determinar el cauce por lo que debe discurrir su ejercicio, así como dilucidar si se trata de opción excluyente o

éstos últimos y, en particular, en menoscabo de su dignidad, vid. BAYLOS GRAU, A.: “Autoridad y democracia en la empresa”, en VV.AA.: Autoridad y democracia en la empresa, Trotta, Madrid, 1992, pg. 14.

³⁵⁵ Las señaladas no son, con todo, las únicas técnicas de tutela, ya que nuestro ordenamiento alberga otras respuestas jurídicas para otras tantas formas de reacción del trabajador ante la modificación de condiciones de trabajo lesiva de estos específicos derechos. Cabe citar también la respuesta jurídico-represiva concretada en la exigencia de responsabilidad administrativa al empleador mediante la reconducción de la medida modificativa lesiva a los ilícitos laborales comprendidos en el tipo genérico del art. 8.11 TR.LISOS (conductas contrarias a la dignidad del trabajador).

³⁵⁶ Vid. SEMPERE NAVARRO- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, op. cit., pg 30.

compatible con la dimisión provocada y en este último caso resolver los problemas de interacción entre ambas acciones –impugnativa y resolutoria– .

Tras la reforma laboral de 1994 ³⁵⁷, la reclamación del cumplimiento, esto es la acción impugnativa de la modificación sustancial no debería hacer precisa la aplicación supletoria del Derecho Común que con acierto se propugnaba previamente a la reforma operada en el régimen jurídico de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, al haberse con ella configurado *ex novo* un cauce procesal específico a tal efecto, enunciado en el art. 41.3 ET y regulado en el art. 138 LPL, que atribuye al trabajador “disconforme” con la medida modificativa el derecho a impugnarla ante la jurisdicción del orden social. En realidad, como se sabe, la reforma legislativa de 1994 vino a sustituir el control administrativo previo de la modificación sustancial por un control judicial *ex post*, pero su aplicación en orden a la revocación de modificaciones sustanciales que produzcan un perjuicio cualificado al trabajador no está exenta de problemas interpretativos a los que necesariamente ha de atenderse ahora de forma preliminar, sin perjuicio de una referencia posterior al hilo del estudio de la dimisión provocada obediente al la letra c), segundo inciso, del art. 50.1 ET ³⁵⁸.

Baste decir, por ahora, que desde una interpretación lógico-finalista el art. 41.3 ET no excluye la posibilidad de que el trabajador afectado por una modificación sustancial que perjudique su formación profesional y/o su dignidad pueda impugnarla buscando la remoción de sus efectos por lo que a él atañe, en clave de opción respecto a la dimisión provocada ex art. 50.1 a) del mismo cuerpo legal, ya que la “disconformidad” a la que aquél precepto supedita la impugnación puede muy bien residir en la lesividad cualificada que para él engendra la modificación. Dicho esto, surgen varios problemas interpretativos. El primero, se refiere a la determinación de cuál sería el cauce procesal adecuado para esta impugnación, dado el limitado ámbito cognitivo que se atribuye a la modalidad procesal del art. 138 LPL. En cuanto al segundo, reside en la definición de la pretensión en este concreto caso, es decir, determinar si debe postularse la calificación de injustificación o la de nulidad de la medida

³⁵⁷ Ley 11/1994 de 19 de Mayo.

³⁵⁸ Vid. *infra*, Cap. III, II. 1.1.2.

modificativa lesiva. Y, por último, resta determinar si el recurso a la vía impugnativa es compatible con una acción resolutoria ulterior al amparo del art. 50.1.a) LET en caso de desestimación de la primera, extremo este que, como se verá, ha recibido una respuesta positiva por parte de la doctrina judicial.

CAPITULO II. INCUMPLIMIENTOS DE LA OBLIGACION SALARIAL

I. DELIMITACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO RESOLUTORIO: “EL SALARIO PACTADO” COMO OBJETO DEL INCUMPLIMIENTO EMPRESARIAL

1. El “pacto” como fuente de determinación del salario objeto del incumplimiento
2. Concepto, caracteres y estructura del salario
 - 2.1 El salario base y los complementos salariales
 - 2.2 Referencia a los denominados “salarios de inactividad”
 - 2.3 Condiciones más beneficiosas de contenido salarial
 - 2.4 Conceptos remuneratorios de naturaleza jurídica controvertida y dimisión provocada
 - 2.5 El salario en especie
3. El art. 50.1.b) ET como norma implícitamente excluyente de los incumplimientos relativos a percepciones económicas extrasalariales
4. Tipología legal de los incumplimientos de la obligación salarial con eficacia resolutoria ex art. 50.1.b) ET.

4.1 La falta de pago del salario

4.2 Los retrasos continuados en el abono del salario

II. REQUISITOS DEL INCUMPLIMIENTO RESOLUTORIO

1. Exigibilidad de la deuda salarial. Especial referencia a los supuestos de deuda salarial controvertida y de acuerdos dilatorios del pago del salario y su incidencia en la resolución del contrato de trabajo
2. La cualificación del incumplimiento de la obligación salarial. Estudio específico de las notas de gravedad y culpabilidad y su incidencia en los incumplimientos empresariales en materia salarial
 - 2.1 La gravedad del incumplimiento de la prestación salarial
 - 2.2 La culpabilidad: subjetividad versus objetividad del incumplimiento de la prestación salarial.

III. PARTICULARIDADES EN TORNO AL CESE PREMATURO DE LA PRESTACION LABORAL

IV. DIMISIÓN PROVOCADA POR INCUMPLIMIENTOS SALARIALES Y CRISIS DE EMPRESA (REMISIÓN A PARTE III)

CAPITULO II. FALTA DE PAGO O RETRASOS CONTINUADOS EN EL ABONO DEL SALARIO PACTADO

I. DELIMITACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO RESOLUTORIO: “EL SALARIO PACTADO” COMO OBJETO DEL INCUMPLIMIENTO EMPRESARIAL

La segunda apertura causal del art. 50.1 ET en orden a la resolución del contrato por incumplimiento del empresario o, en los términos más arriba defendidos, a la dimisión provocada, se refiere a “la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado” (ap. b) art 50 ET). En este caso el legislador configura como justa causa resolutoria del contrato de trabajo determinadas irregularidades relativas al cumplimiento de la obligación salarial que el ordenamiento impone al empresario, correlativa al derecho básico reconocido al trabajador a la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida ex. art. 4.2.f) ET, por lo que aquí no cabe duda, en contraste con lo que sucede respecto a la primera causa establecida en el precepto, acerca de su fundamentación jurídica y encuadre dogmático al incardinarse sin problemas en la institución resolutoria de Derecho común regulada en el art. 1124 CC.

Sin embargo, al delimitar esta segunda causa resolutoria el precepto estatutario no tipifica un único incumplimiento empresarial sino dos diversos incumplimientos: el impago del salario y los retrasos continuados en el abono del mismo, cuyo denominador común es la infracción relativa a la obligación salarial y la vulneración del derecho de crédito que el trabajador ostenta frente al empleador, calificado de básico por el legislador laboral.

Por otra parte los elementos conceptuales utilizados por el precepto para integrar el tipo causal - “salario”, “falta de pago”, “retrasos continuados”- ponen de relieve que no todo incumplimiento empresarial respecto a las obligaciones retributivas para con el trabajador se subsumen en esta causa resolutoria que, por el contrario, circunscribe su ámbito a determinados conceptos retributivos -los salariales- y a unas específicas infracciones de las reglas que rigen su abono. De ahí que se haga preciso delimitar primero, el objeto del incumplimiento empresarial y segundo, las concretas infracciones relativas a su pago que implementan la facultad resolutoria del trabajador.

1. El “pacto” como fuente de determinación del salario objeto del incumplimiento

El tenor literal de la letra b) ex. art. 50.1 ET establece explícitamente que los incumplimientos empresariales que operan como presupuesto de la facultad resolutoria del trabajador se refieren al pago del “salario pactado”, lo que obliga al intérprete a precisar, en primer lugar, el alcance del término “pactado” utilizado por el precepto y, en segundo lugar, qué conceptos retributivos deben ser calificados de salario.

El art. 50.1.b) ET vincula el incumplimiento empresarial resolutorio a irregularidades en el pago del salario “pactado” y respecto de la significación de este último término es opinión pacífica que conecta con el salario fijado en cualquiera de las fuentes de la relación laboral ex art. 3.1 ET, esto es con el fijado en la ley, las disposiciones reglamentarias, los convenios colectivos -de eficacia *erga omnes* y eficacia limitada- y el contrato de trabajo³⁵⁹

³⁵⁹ Vid. VIQUEIRA PÉREZ, C., op. cit., pg.45; NOGUEIRA GUASTAVINO, M., op. cit., pg. 1074.

La referencia estatutaria al contrato individual como fuente de regulación de condiciones de trabajo en general y salariales en particular, obliga a una mención particular de las condiciones más beneficiosas cuyo contenido sea una mejora de las percepciones salariales establecidas legalmente o por convenio colectivo, siendo éstas, por lo demás, las más numerosas en la práctica negocial. Se hace preciso, por tanto, precisar ahora cuándo nos encontramos realmente ante una condición más beneficiosa en sentido técnico-jurídico, y más adelante, con ocasión del análisis del concepto jurídico de salario, delimitar los supuestos en que la mejora económica que comporta al trabajador la *conditio optima* goza de naturaleza salarial, puesto que sólo entonces su falta de pago o los retrasos reiterados en su abono determinan un incumplimiento contractual del empresario que, revistiendo gravedad, sería subsumible en la causa resolutoria que se analiza.

La condición más beneficiosa se caracteriza técnicamente por la concurrencia acumulativa de dos notas sustantivas: la voluntad empresarial, expresa o tácita, de conceder al trabajador a título individual una condición de trabajo más ventajosa a la establecida legal o convencionalmente y de obligarse a respetarla *ad futurum*, así como la efectiva concesión y disfrute pacífico por el trabajador del beneficio de modo que éste pueda considerarse consolidado. Conforme a ello, es obvio que la principal dificultad para que las irregularidades del pago de una condición más beneficiosa de carácter salarial puedan configurar un incumplimiento resolutorio, es que quede acreditada la realidad de su existencia para lo cual es imprescindible que se constate la voluntad empresarial necesaria para su constitución y configuración como derecho económico del trabajador.

En ese orden de ideas es sin duda relevante atender a las fuentes de condiciones más beneficiosas ³⁶⁰ y al respecto es tesis indiscutida en la doctrina científica y en la legal el origen contractual de las mismas ³⁶¹ hasta el

³⁶⁰ Para una sistematización y exhaustivo análisis crítico de dichas fuentes, vid. Diaz Aznarte, M.T.: El principio de condición más beneficiosa en el ordenamiento jurídico laboral, Boch, Barcelona, 2001, pp.109 y ss.

³⁶¹ Vid. entre otros, DE LA VILLA GIL, L.E.; GARCÍA BECEDAS, G. Y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, L.: Instituciones de Derecho del Trabajo, Ceura, Madrid, 1983, pp. 24 y 25; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: "Condición más beneficiosa: absorción y compensación", RL, nº 4, 1992, pg. 18; MARTÍNEZ JIMENEZ, J.M.: "La condición más beneficiosa. Especial referencia a los pactos colectivos y a los usos de empresa como fuentes de la misma, La Ley, T.I, 1988, pp. 98 y ss.; PÉREZ DE LOS

punto de que prácticamente todos los pronunciamientos judiciales hacen reposar la calificación de una situación laboral más ventajosa como condición más beneficiosa en su disfrute por el trabajador a título individual o plural ³⁶². Con este planteamiento, el contrato de trabajo se erige en la fuente principal de constitución de condiciones más beneficiosas pero, sin embargo, no en la fuente exclusiva toda vez que raramente el pacto individual, inicial o sobrevenido a la contratación laboral, que está en el origen de estos beneficios consolidables se recoge expresamente en el contrato.

Resultan por tanto admitidas, doctrinal y jurisprudencialmente, otras fuentes constitutivas de condiciones más beneficiosas como la concesión unilateral del empresario, los pactos colectivos extraestatutarios, los usos y prácticas de empresa e incluso, para algunos autores, los “acuerdos individuales en masa”, si bien es cierto que todas ellas terminan convergiendo en el contrato de trabajo como receptor de dichas condiciones ³⁶³.

Así, es frecuente que la situación ventajosa disfrutada por el trabajador sea fruto de una concesión unilateral expresa o tácita del empresario aceptada por el asalariado, que de este modo se incorpora por la vía de hecho al contrato. El principal problema que entraña esta fuente constitutiva radica en la acreditación de la concurrencia de la efectiva voluntad empresarial, sobre todo cuando sea tácita, de obligarse a respetar *ad futurum* el beneficio conferido, al ser ésta una de las notas sustantivas de la caracterización técnica de la condición más beneficiosa. En este sentido, se considera que la persistencia temporal y pacífica de la ventaja es el indicio objetivo clave de la existencia del consentimiento del empresario en orden a constituir una condición más beneficiosa, aunque no el único debiendo valorarse además otros criterios de refuerzo como la inexistencia de error en la concesión inicial del privilegio, el contenido del mismo, las circunstancias de su disfrute, etc... ³⁶⁴.

COBOS ORIHUEL, F.: "La denuncia modificativa empresarial y el principio de condición más beneficiosa", AL, n^o 21, 1996, pg. 424.

³⁶² Vid. DIAZ AZNARTE, M.T., op. cit., pg. 117 con acopio de jurisprudencia en tal sentido.

³⁶³ En este sentido, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: " Condición más beneficiosa...", cit., pp. 18 y 26.

³⁶⁴ Vid. DÍAZ AZNARTE, M. T., op. cit. pg. 141-146, con una crítica de la alta dosis de inseguridad jurídica provocada por la línea de tendencia jurisprudencial de relativizar como indicio de existencia de condición más beneficiosa la persistencia temporal y pacífica de disfrute de la ventaja.

Otra de las posibles fuentes generadoras de condiciones más beneficiosas son los convenios colectivos extraestatutarios partiendo, eso sí, de la premisa de su naturaleza contractual. Su aceptación es indebatida por parte de la doctrina y por la jurisprudencia, hasta el punto de ser considerada por algún autor no sólo como fuente legítima de condiciones más beneficiosas, sino como la más respetuosa con el principio de seguridad jurídica por varios órdenes de razones. La primera, porque evidencia la voluntad empresarial de concesión del beneficio; la segunda, reside en que a través de este instrumento convencional queda delimitado el contenido y el alcance de la mejora y, por último porque despeja las dudas acerca de posibles vulneraciones del principio constitucional de igualdad ³⁶⁵.

Más crítica se muestra alguna doctrina con la eficacia constitutiva de *conditio optima* de los llamados “pactos individuales en masa”, entendidos como pactos formalmente individuales entre empresario y trabajador en los que se modifican *in meius* las condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo, aunque materialmente plurales al ser suscritos por una pluralidad de trabajadores que aceptan la propuesta genérica empresarial. En realidad lo que se cuestiona no es propiamente si a través de estos pactos individuales masivos se pueden acordar condiciones más beneficiosas, sino más bien la legitimidad de esta técnica en la que se considera que puede subyacer el propósito de eludir el cumplimiento del convenio colectivo de eficacia general dejándolo, así, vacío de contenido sin sometimiento a los requisitos causales y procedimentales impuestos por el art. 41 ET.

Por lo que respecta a la doctrina científica el debate bascula entre el sector que aboga por la licitud de estos pactos, condicionada únicamente a que respeten o mejoren lo acordado colectivamente ³⁶⁶ y el que la rechaza por entender que redundan en menoscabo de los derechos constitucionales de

³⁶⁵ En este sentido, DIAZ AZNARTE, M.T., op. cit. pg 133-135.

³⁶⁶ Vid. CONDE MARTÍN DE HIJAS, V.: "Autonomía individual: alternativa de desarrollo", RL, nº 20-21, 1991, pp. 91 y ss.; BORRAJO DACRUZ, E.: " La regulación de las condiciones de trabajo en España: poderes normativos y autonomía individual", VV.AA: La Reforma del Mercado de Trabajo (dir. Borrajo Dacruz), Actualidad Ed., 1993, pp. 1063 y ss.; SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: " La libertad sindical y los espacios de la autonomía privada", DL. Nº 24, 1988, pp.11 y ss; FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: "Autonomía individual y autonomía colectiva en la relación de trabajo: un apunte de jurisprudencia", REDT, nº 77, 1996, pg. 547.

libertad sindical y de negociación colectiva ³⁶⁷, mientras que en sede jurisprudencial se detecta una línea de tendencia favorable a la legalidad de los mismos ³⁶⁸.

Finalmente, por lo que respecta a los usos y prácticas de empresa, son numerosos los pronunciamientos judiciales que vinculan el origen de condiciones más beneficiosas a aquéllos y la doctrina, pacíficamente, los considera fuente legítima de éstas y ello en base a dos órdenes de razones. La primera, que tales usos de empresa no son identificables con la costumbre laboral que en cuanto fuente del Derecho no podría ser fuente constitutiva de condiciones más beneficiosas de origen necesariamente contractual y la segunda, reside en el hecho que las mejoras procuradas por estos usos empresariales operan a través de su incorporación a los contratos individuales de trabajo ³⁶⁹.

A modo de conclusión, es de subrayar que el impago o retraso en el abono de condiciones más beneficiosas que consistan en ventajas retributivas de carácter salarial ³⁷⁰, si revisten gravedad, constituyen incumplimientos empresariales resolutorios subsumibles en el ap. b) del art. 50.1 ET, si bien debe advertirse que definen un campo abonado para eventuales controversias acerca de su realidad o su cuantía debido a las dificultades que puede entrañar en ocasiones la acreditación de la voluntad empresarial de concesión del beneficio lo que, como más adelante se verá ³⁷¹, entraña un obstáculo para la resolución en tanto que hasta que no esté determinada la deuda salarial, no puede hablarse en puridad de incumplimiento del empresario.

2. Concepto legal, caracteres y estructura del salario

³⁶⁷ Vid. CASAS BAHAMONDE, M.E.- BAYLOS GRAU, A.: " Organización del trabajo y autonomía individual: la "desregulación" del convenio colectivo", RL, T. II, 1988, pp. 171; GARCIA-PERROTE ESCARTÍN, I.: "Autonomía individual "en masa" y antisindicalidad", RL, T.II, pp.256 y ss.; OLARTE ENCABO, S.: " Pactos individuales y representación legal de los trabajadores", REDT, n° 50, 1991, pp. 957 y ss.; SALA FRANCO, T.: "La funcionalidad del pacto individual como vehículo flexibilizador de las condiciones contractuales", TS, n° 36, 1993, pp. 7-12; DÍAZ AZNARTE, M. T., op. cit., pp.128 y 129.

³⁶⁸ Para una sistematización de los pronunciamientos judiciales al respecto, vid. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., op. cit., pp. 525 y ss.

³⁶⁹ MARTÍNEZ JIMÉNEZ, J.M.: " La condición más beneficiosa. Especial referencia a los pactos colectivos y los usos de empresa como fuentes de la misma", cit., pg. 107; BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: Principio de condición más beneficiosa y reglas de absorción, compensación y supresión de la misma, Boch, Barcelona, 2001, pp. 80 y 81; DÍAZ AZNARTE, M.T.: El principio de condición más beneficiosa..., cit., pp. 159 y ss.

³⁷⁰ Vid. infra, 2.1.2.d).

³⁷¹ Infra 2.3.1

Como se sabe, la obligación remuneratoria que el ordenamiento jurídico-laboral hace recaer sobre el empresario en el marco de la relación laboral no se agota en la obligación estrictamente salarial, es decir, el concepto de remuneración es más amplio que el concepto de salario y abarca conceptos puramente salariales junto a otros que, aun siendo atribuciones patrimoniales del empresario a favor del trabajador con ocasión de la relación laboral, carecen de tal naturaleza y se califican de extrasalariales. Por ello, si la causa resolutoria objeto de análisis se circunscribe *ope legis* a ciertas irregularidades en torno al pago de los conceptos de naturaleza salarial, se hace precisa una remisión a la noción jurídico-laboral de salario en orden a su adecuada delimitación.

Sin embargo la tarea no resulta sencilla y ello por dos motivos. El primero reside en que en la evolución del Derecho del Trabajo respecto al concepto de salario se detecta un movimiento pendular desde un opción restrictiva según la cual sólo merecería la calificación de salario lo que desde un punto de vista material y formal o estrictamente técnico-jurídico lo sea inequívocamente, hasta una opción expansiva que, basándose en la *vis atractiva* salarial, incluiría todo concepto remuneratorio que el empleador pusiera a disposición del trabajador³⁷². El segundo de los motivos apuntados se concentra en que, como también ha puesto de relieve la doctrina, en el ordenamiento jurídico el salario se presenta como una figura poliédrica que determina la existencia de una pluralidad de nociones jurídico-retributivas particulares en función de la finalidad específica perseguida por la fuente reguladora, de modo que, desde esta perspectiva, puede hablarse del carácter relativo de la noción de salario y de las dificultades que entraña una definición jurídica unitaria³⁷³.

No obstante y por lo que ahora interesa, la labor de determinar el alcance de la noción jurídico-laboral de salario debe abordarse conforme al concepto legal forjado, a través de un criterio delimitador positivo en el art. 26.1 ET., para lo

³⁷² Vid. en este sentido, MOLERO MANGLANO, C.: Prólogo a la obra de MATORRAS DÍAZ-CAÑEJA, A.: Las percepciones extrasalariales (Estudio del régimen laboral, fiscal y de Seguridad Social aplicable), MCGRAW HILL, Madrid, 1999.

³⁷³ Para esta argumentación y las diferentes definiciones jurídico-estipulativas de la remuneración del trabajador, vid. FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: Configuración jurídica del salario, Comares, Granada, 2001, pp. 82 y ss.

cual el legislador ha recurrido a una técnica definitoria mixta que combina el método analítico y el sintético ³⁷⁴. De dicho concepto legal de salario se desprenden sus principales caracteres: la totalidad u omnicomprensividad y la reciprocidad.

En lo que concierne a la nota de omnicomprensividad, ésta se deduce de la amplitud del concepto que abarca un amplio y diverso abanico de atribuciones patrimoniales que realiza el empresario al trabajador en el marco de la relación laboral, considerándose así salario la totalidad de las percepciones económicas - en dinero o en especie- que el trabajador recibe, independientemente de la denominación que las partes le atribuyan. En este sentido se ha apuntado que la norma ostenta un relativo grado de flexibilidad sin perjuicio de la tendencia totalizadora que busca evitar que se sustraigan de la institución "atribuciones patrimoniales que deban reputarse salariales a los diversos efectos que el concepto salarial es tenido en cuenta en nuestro sistema jurídico laboral" ³⁷⁵.

En cuanto a la otra nota caracterizadora del concepto legal de salario ex. art. 26.1 ET, la reciprocidad o sinalagmaticidad radica en que el salario se enlaza causalmente, directa o indirectamente, con la efectiva prestación de servicios profesionales de suerte que se configura como la contraprestación de la actividad laboral, si bien su valor de contraprestación se fórmula en sentido amplio al abarcar también los descansos e interrupciones de la prestación laboral computables como tiempo de trabajo ³⁷⁶.

Desde esta perspectiva, la calificación de salariales de las prestaciones retributivas debidas por el empresario en situaciones de inexistencia de efectiva prestación de servicios, aun vigente la relación laboral -los llamados "salarios de inactividad"- ³⁷⁷, suponen, como ha advertido la doctrina, una desviación de la regla de sinalagmaticidad y dificultades de orden técnico- jurídico en orden al mantenimiento de la existencia de reciprocidad estricta entre prestación laboral y contraprestación salarial y en orden también a su fundamentación jurídica que, aunque se reconoce como heterogénea desde un punto de vista técnico-

³⁷⁴ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., op. cit., pg.84.

³⁷⁵ Vid. FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., op. cit., pg.116.

³⁷⁶ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., op. cit., pp. 95 y 96.

³⁷⁷ La expresión se debe a LYON-CAEN, G.: "Les salaires", en CAMERLYNCK, G.H. (dir.), *Traité de Droit du Travail*, París, 1967, pp. 197 y ss.

jurídico ³⁷⁸, desde una perspectiva de política del Derecho responde a una configuración de la obligación salarial orientada a la tutela de bienes e intereses no patrimoniales del trabajador de orden constitucional jurídicamente protegibles ³⁷⁹.

De este modo en nuestro Derecho positivo del Trabajo, acogiendo una “concepción social de salario que trasciende de la simple justicia conmutativa hacia la suficiencia y continuidad del derecho a su percepción” ³⁸⁰, se reconducen al concepto de “salarios de inactividad”: las prestaciones retributivas en supuestos de *mora accipiendi* del empresario ex art. 30 ET; la retribución de los tiempos de espera o de presencia ³⁸¹; de las ausencias y permisos retribuidos ex art. 37.3 ET; la correspondiente a los descansos semanal, festivo y vacaciones anuales (arts. 37.1 y 2 y 38 ET, respectivamente); al permiso correspondiente a desplazamientos temporales de duración superior a tres meses ex art. 40.4 ET ³⁸², así como la retribución del crédito horario reconocido a los miembros de los órganos de representación unitaria y delegados sindicales (art. 68. e) ET y 10.3 LOLS).

De la fórmula globalizadora y heterogénea por la que opta el legislador al acuñar el concepto de salario ex art. 26.1 ET, cabe extraer varias conclusiones. La primera se concentra en que el precepto alberga una concepción amplia de salario en virtud de la cual no sólo se entiende por tal “la contraprestación directa o inmediata por el trabajo prestado (concepción estricta), sino también, salvo exclusión legal constitutiva, toda prestación que siquiera de modo indirecto o mediato tenga su causa en el trabajo prestado por cuenta ajena”³⁸³. La segunda se refiere a que el carácter abierto de la noción

³⁷⁸ Vid. en este sentido, FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Los “salarios de inactividad”: Fundamentos y régimen jurídico, Estudios Financieros, Revista del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, nº 224, noviembre 2001, pg. 59, 60 y 64.

³⁷⁹ En este sentido, BALZARINI, G.: La retribuzione del lavoro subordinato, vol. I, Teramo, 1971, pg. 240, que sostiene que el fundamento último de los salarios de inactividad son los principios de tutela de la seguridad, la libertad y la dignidad humanas.

³⁸⁰ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Los salarios de inactividad...”, cit., pg.60.

³⁸¹ Cfr. arts. 8.1 y 8.3 RD 1561/1995, sobre jornadas especiales de trabajo; art. 7.1 RD 1424/1985 sobre la relación laboral especial de servicios del hogar familiar; arts. 7 y 8 RD 1435/1985, sobre la relación laboral especial de artistas en espectáculos públicos; art. 20 RD 371/1987, sobre la relación laboral especial de los estibadores portuarios.

³⁸² Sobre la fundamentación y régimen jurídico de estos salarios de inactividad en en el Derecho español del Trabajo, vid. FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “ Los “salarios de inactividad”...”, cit., pp.65 y ss.

³⁸³ MONEREO PÉREZ, J.L.: El salario y su estructura después de la reforma laboral de 1997, TIRANT LO BLANCH, VALENCIA, 1998, pg. 13.

jurídico-laboral de salario unido a su ambigüedad, ha sustentado la presunción *iuris tantum* de “salariedad”, construida por la jurisprudencia, que afecta a percepción económica del trabajador cuya calificación jurídica resulte dudosa³⁸⁴. Y por último, el concepto legal de salario apunta a su estructura necesariamente compleja integrando múltiples y diversos componentes que, aunque con finalidades particulares, participan de los requisitos esenciales de la prestación salarial: conmutatividad, determinación, continuidad y suficiencia³⁸⁵.

De esto último se deduce, como certeramente se ha dicho, que noción legal de salario y estructura salarial son “dos conceptos coextensos e interdependientes desde el punto de vista jurídico e institucional”, puesto que el art. 26.1 ET conceptúa el salario desde una “ perspectiva funcional o causal , es decir, atendiendo a su específica función jurídica y económico- social”, en tanto que el art. 26.3 ET lo “define desde el punto de vista de su estructura interna”, lo cual no supone la negación de la concepción legal unitaria del salario, “sino la necesaria contemplación de éste desde dos integrados puntos de vista”³⁸⁶.

Llegados así a la estructura del salario y antes de hacer referencia a sus componentes, conviene recordar que en la reforma laboral de 1994 el legislador optó por una racionalización de la organización del sistema salarial intermedia entre la “opción desreguladora máxima”, que sustraería la materia a las fuentes heterónomas a favor de la autonomía privada -colectiva e individual- y la “opción reguladora máxima”, que implicaría una regulación estatal exhaustiva e imperativa de la estructura del salario, vaciando de contenido la esfera de la autonomía privada al respecto, limitándose ésta a suplementar o mejorar las disposiciones heterónomas mínimas³⁸⁷.

³⁸⁴ En este sentido, GARCÍA MURCIA, J.: "Concepto y estructura del salario", REDT, n^o 100, 2000, pg. 620; MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: Las percepciones extrasalariales (Estudio del régimen laboral, fiscal y de seguridad social aplicada), Madrid, 1999, pp. 61-64.

³⁸⁵ Sobre la configuración de los requisitos tipológicos de la prestación salarial, vid. BORRAJO DACRUZ, E.: "Configuración jurídica del salario", RPS, n^o 50, pp. 18 y ss.; GUIDOTTI, F.: La retribuzione nel rapporto di lavoro, Milán, 1956, pg. 151; FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: Configuración jurídica del salario, cit., pp. 300 y ss.

³⁸⁶ Vid. MONEREO PÉREZ, J.L.: " La estructura del salario", Comentarios a las Leyes Laborales. La Reforma del Estatuto de los Trabajadores, T. I, Vol. 1^o, Edersa, 1994, pg. 83.

³⁸⁷ Este modelo sustraería a la autonomía colectiva una materia que es consustancial al derecho de negociación colectiva privandola de una de sus funciones esenciales. En este sentido D'ANTONA, M.:

En definitiva, se ha optado por un sistema pluralista de fuentes de determinación de la estructura del salario en virtud del cual la ley (art. 26.3 ET) establece un modelo general y las pautas fundamentales de la estructura salarial que habrán de ser respetados por las fuentes autónomas que, dentro de ese marco, asumen un importante papel en la determinación de los concretos conceptos retributivos que resulten más adecuados a las características y singularidades de los diferentes sectores productivos y empresas. Y aunque la remisión de la norma estatal a la autonomía privada es dual a favor de la autonomía colectiva e individual, se impone un modelo de relación entre ellas regido por el principio de primacía de la primera sobre la segunda, de modo que la intervención del contrato de trabajo en la regulación de la estructura del salario sólo es posible en defecto de convenio colectivo o en virtud de la remisión que éste haga a la autonomía individual ³⁸⁸.

Pues bien, aunque el art. 26.3 ET remite a la negociación colectiva (y en su defecto a la individual) la regulación de los componentes concretos del salario, el precepto legal establece con carácter general el desdoblamiento de la retribución salarial, en cuanto que institución compleja, en dos componentes interdependientes a los que habrán de reconducirse necesariamente los conceptos salariales pactados colectiva o individualmente: el salario base y los complementos salariales que, aun compartiendo la función genérica de contraprestación del trabajo, le son atribuidas a cada uno de ellos una función específica o "concausa" -clasificación profesional, cualificación profesional, circunstancias personales del trabajador, características del puesto de trabajo o del proceso productivo, productividad del trabajador etc...- lo que constituye un exponente más de la complejidad del salario y de la plurifuncionalidad del instituto ³⁸⁹.

Sentadas así las bases del concepto jurídico-funcional de salario y de la ordenación legal de sus elementos estructurales, puede ahora someterse a un

Appunti sulla fonti di determinazione della retribuzione, 1986, pg. 8; MAURICCI, L.: La contrattazione collettiva, Bologna, 1985, pg. 174.

³⁸⁸ Para esta valoración de la reforma legal del sistema de ordenación de la estructura del salario, vid. MONEREO PÉREZ, J.L.: " La estructura del salario", cit., pp. 59 y 76 y ss.

³⁸⁹ Sobre la "concausalidad" de los componentes del salario, vid. ALONSO OLEA, M.: "Consideraciones generales sobre las clasificaciones del salario", en VV.AA., Dieciseis lecciones sobre salarios y sus clases, Univ. Madrid, 1.971, pg.42; FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: Configuración jurídica del salario, cit., pp. 119 y ss.; MONEREO PÉREZ, J.L.: " La estructura del salario", cit., pg. 86.

análisis concreto el objeto de los incumplimientos empresariales en los que se sustenta la segunda de las causas resolutorias del art. 50.1.b) ET. Se trata de **irregularidades en el pago del salario pactado** y, por tanto las que afecten ya al salario base , ya a los complementos salariales, ya a “salarios de inactividad” e, incluso, las referidas a las mejoras retributivas de carácter salarial configuradas como condiciones más beneficiosas, quedando por tanto excluidas las partidas retributivas extrasalariales.

2.1 El salario base y los complementos salariales

Por lo que se refiere al salario base, pocas dudas suscita su identificación en tanto que parte de la retribución del trabajador fijada por unidad de tiempo o de obra que los convenios colectivos cuantifican anudándolo a la función que el trabajador realiza en la empresa o, lo que es lo mismo, al grupo, categoría o nivel profesionales al que se adscribe el trabajador a tenor del sistema de clasificación profesional aplicable.

En cuanto a los complementos salariales, de su naturaleza salarial no deja dudas el propio tenor literal del art. 26.3 ET y su principal diferencia con el salario base radica en que junto a la causa básica de toda prestación salarial que es el trabajo prestado -excepción hecha de los “salarios de inactividad” antes tratados- , concurre una “concausa” específica que, además de marcar su denominación, ejerce como factor de modulación de su régimen jurídico y revela el carácter instrumental de los complementos salariales al ponerse al servicio de plurales fines y “concausas jurídicas”³⁹⁰.

Conviene así mismo recordar que la ya citada reforma laboral de 1.994 llevó a cabo una racionalización legal operada a través de la clasificación y simplificación de las partidas retributivas complementarias, estableciendo tres grupos relativamente homogéneos a los que deberán reconducirse los complementos salariales que se establezcan en los convenios colectivos o, en su caso, en el contrato de trabajo. El primer grupo de complementos atiende a las condiciones personales del trabajador; el segundo, a circunstancias relativas al trabajo prestado y el tercero, refiere a circunstancias concernientes

³⁹⁰ Vid. MONEREO PÉREZ, J.L.: " La estructura del salario", cit., pp.93 y 94.

a la situación y resultados de la empresa ³⁹¹. Es claro, pues, que el incumplimiento grave por parte del empresario de la obligación de pago de alguno de los complementos salariales a los que el trabajador tenga derecho en virtud de disposición legal, convencional o contrato de trabajo, tiene virtualidad a efectos de la resolución contractual canalizada por la vía del ap.b) del art. 50.1 ET, incluyendo, como expresamente ha considerado la jurisprudencia de unificación de doctrina, las pagas extraordinarias ³⁹².

2.2 Los llamados “salarios de inactividad”

En lo concerniente a los “salarios de inactividad”, su particular fundamentación jurídica ya se abordó y ha de insistirse aquí que su naturaleza salarial responde a una dimensión “social” del salario en virtud de la cual éste no se limita a ser la contraprestación del trabajo prestado (lógica de la conmutatividad) sino que también, en ausencia de trabajo efectivo, viene facilitar el ejercicio de derechos de ciudadanía en la empresa constituyendo una garantía instrumental de efectividad de los mismos ³⁹³. Como manifestaciones concretas de “salarios de inactividad”, en nuestro Derecho laboral tienen esta consideración las prestaciones retributivas propias de los supuestos de *mora accipiendi* del empresario ex. art. 30 ET; la retribución de los tiempos de espera o de presencia ³⁹⁴; de las ausencias y permisos retribuidos ex art. 37.3 ET; la correspondiente a los descansos semanal, festivo y vacaciones anuales (arts. 37.1 y 2 y 38 ET, respectivamente); al permiso correspondiente a desplazamientos temporales de duración superior a tres meses ex art. 40.4 ET ³⁹⁵ así como la retribución del crédito horario reconocido a los miembros de los órganos de representación unitaria y delegados sindicales (art. 68. e) ET y 10.3 LOLS).

³⁹¹ Sobre la problemática general, clasificación y régimen jurídico general de los complementos salariales, vid. MONEREO PÉREZ, J.L.: “La estructura...” cit., pp. 93-147.

³⁹² Cfr. SSTSud 29-9-1995 (RJ 6892) y 25-1-1999 (RJ 898).

³⁹³ En este sentido, FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Los “salarios de inactividad”...”, cit., pg. 107.

³⁹⁴ Cfr. arts. 8.1 y 8.3 RD 1561/1995, sobre jornadas especiales de trabajo; art. 7.1 RD 1424/1985 sobre la relación laboral especial de servicios del hogar familiar; arts. 7 y 8 RD 1435/1985, sobre la relación laboral especial de artistas en espectáculos públicos; art. 20 RD 371/1987, sobre la relación laboral especial de los estibadores portuarios.

³⁹⁵ Sobre la fundamentación y régimen jurídico de estos salarios de inactividad en en el Derecho español del Trabajo, vid. FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Los “salarios de inactividad”...”, cit., pp.65 y ss.

Estas singulares percepciones plantean, no obstante, un problema de encuadramiento en la estructura salarial para cuya solución debe aplicarse la regla general según la cual los conceptos salariales que no puedan reconducirse, por su naturaleza o por las circunstancias a las que se vincula su percepción, a ninguno de los grupos clasificatorios de complementos salariales ex. art. 26.3 ET, deberán considerarse integrados en el salario base ³⁹⁶.

2.3 Condiciones más beneficiosas de naturaleza salarial

Como se dejó dicho, la mayoría de las condiciones más beneficiosas objeto de controversia en sede judicial, son las consistentes en mejoras de las percepciones económicas del trabajador establecidas legalmente o por convenio colectivo. De lo que se trata ahora es de determinar cuándo el beneficio o mejora disfrutada tiene naturaleza salarial, ya que en ese caso las anomalías en orden a su pago pueden servir de base a la dimisión provocada del trabajador ex. art. 50.1.b) ET siempre que revistan suficiente entidad.

La principal dificultad que entraña la calificación de salariedad de condiciones más beneficiosas radica en que, en sentido estricto, su función no es ni la retribución de la prestación de trabajo propia del salario base, ni de las eventuales circunstancias objetivas que puedan concurrir en la persona del trabajador, el puesto de trabajo desempeñado o la situación de la empresa, propia de las percepciones complementarias. Es decir, por definición, la mejora económica que puede estar en la base de la *conditio optima* no responde a la causa estricta del salario base ni a las “concausas” específicas de los complementos salariales ³⁹⁷, sino que carece de una causa concreta y objetiva que diferencie al trabajador beneficiario del resto de los trabajadores de la empresa, disfrutándose simplemente en virtud de un pacto entre las partes de la relación laboral o en virtud de una concesión unilateral del empresario.

No obstante, la doctrina se decanta por reconocer carácter salarial a las condiciones más beneficiosas cuantificables o consistentes en un *quantum* adicional a las retribuciones legales o convencionales siempre que no

³⁹⁶ Vid. MONEREO PÉREZ, J.L.: "La estructura del salario", cit., pg.90.

³⁹⁷ Advirtiendo de las diferencias entre estas condiciones más beneficiosas de carácter salarial y los complementos salariales consolidables pactados colectivamente, vid. DÍAZ AZNARTE, M.T., op. cit., pp. 194 y ss.

consistan en mejoras voluntarias de las prestaciones de la Seguridad Social, reconduciéndolas al salario base cuando no quepa subsumirlas en alguno de los grupos legales de percepciones complementarias ex. art. 26.3 ET ³⁹⁸.

2.4 Conceptos remuneratorios de naturaleza jurídica controvertida.

Como se sabe, existen algunos conceptos retributivos que suscitan dudas en orden a su naturaleza salarial y por ello puede resultar controvertido si su impago o pago extemporáneo es capaz de activar la facultad resolutoria del trabajador a través del cauce previsto ex art. 50.1.b) ET: nos referiremos, señaladamente, a los *bonus* vinculados a beneficios de la empresa o a la consecución de objetivos por parte del trabajador; a las “stock options” u opciones sobre acciones y a las compensaciones económicas inherentes, por imperativo legal, a los pactos de exclusividad y de no competencia postcontractual regulados en el art. 21 ET y, por último a los salarios de tramitación . Por esa razón merecen un comentario específico que seguidamente se aborda.

Tanto los “bonus” como las “stock options” son conceptos remuneratorios relativamente novedosos situados en la línea de tendencia, cada vez más acusada en la gestión de Recursos Humanos, consistente en introducir sistemas retributivos cuya finalidad es la fidelización o implicación de los trabajadores en la consecución de los objetivos empresariales. Se incardinan en el modelo de participación retributiva ³⁹⁹ y parten de la constatación de que el compartir beneficios con los trabajadores contribuye a la estabilidad y competitividad de las empresas ⁴⁰⁰.

En ese contexto, las dudas acerca de su “salariedad” derivan, por un lado de que ambos conceptos remuneratorios son causalmente complejos al converger en ellos factores o “concausas” que no guardan relación totalmente directa con la actividad del trabajador y, por otro lado, del hecho de tratarse de

³⁹⁸ Vid. DÍAZ AZNARTE, M.T., op. cit., pg. 203. Así mismo pero con carácter general, MONEREO PÉREZ, J.L.: " La estructura del salario", cit., pg. 90 sostiene que si "una partida salarial no puede ser calificada de complementaria (por su naturaleza o porque no se ajuste a los tres grupos normativos individualizados legalmente, tendrá necesariamente que integrarse en el salario base".

³⁹⁹ Para el análisis de las líneas de tendencia en materia de participación económica, vid. MONEREO PÉREZ, J.L.: " Estructura del salario", cit., pp. 130 y ss.

⁴⁰⁰ Vid. MERCADER UGUINA, J.: Modernas Tendencias en la Ordenación Salarial, Pamplona, 1996, pp. 199 y 200.

percepciones económicas de cuantía incierta, aunque determinable en el tiempo, que en la mayor parte de los casos responde a una voluntad discrecional de la empresa, por lo que participan de las características de los sistemas de retribución variable.

Por lo que se refiere a los denominados “bonus”, se trata de un tipo de retribución dirigida a determinados trabajadores cualificados por su nivel de responsabilidad o la naturaleza de su prestación, que se hace depender directamente de los beneficios obtenidos por la empresa y en ocasiones se anuda además a la consecución de determinados objetivos por parte de un determinado departamento, equipo o del propio trabajador individualmente considerado.

Desde este punto de vista, constituye una modalidad de participación en beneficios en sentido estricto toda vez que, en contraste con el tradicional tratamiento atécnico de estas retribuciones por parte de la ley y la negociación colectiva conforme al cual se suele configurar como una partida fija e independiente en su forma de cálculo y cuantía de los efectivos beneficios empresariales, en el caso de los “bonus” su devengo y cuantía dependen, objetiva y directamente, de la existencia de beneficios y del monto de los mismos, si bien en ocasiones se condicionan también a una evaluación subjetiva por parte de la dirección ⁴⁰¹. Este régimen, además de ser más adecuado a su “concausa” específica, procura una doble ventaja: por un lado se favorece la integración de los trabajadores en la organización y por otro, la partida se extrae propiamente de los beneficios empresariales que quedan así minorados por su reparto entre el personal ⁴⁰².

El “bonus” así configurado, puede fijarse en convenio colectivo como complemento salarial, aunque lo habitual es su establecimiento en el propio contrato de trabajo o través de una concesión unilateral del empresario de efectos individuales o plurales con el propósito de mejorar las retribuciones legales o convencionales, en cuyo caso constituiría una condición más beneficiosa. En cuanto a su devengo y monto, es indudable que en principio

⁴⁰¹ Para una sistematización de las alternativas posibles de configuración de sistemas de bonus en las empresas, vid. RODRÍGUEZ DE RÁVENA, P.: " La retribución variable, incentivos o bonus: un debate sin resolver en la jurisprudencia", RL, n^o 21, noviembre, 2001, pg. 40.

⁴⁰² MONEREO PÉREZ, J.L.: "Estructura del salario", cit., pg. 142.

arrostra una significativa dosis de aletoriedad o de incertidumbre, además de que efectivamente, puede no guardar una relación directa con la prestación del trabajador, como sucede en los casos en que el complemento se pacta en función de objetivos encomendados a un equipo o cuando el reparto de beneficios fuese lineal por categorías o niveles.

Pero aun así, cuando el *bonus* es fruto de pacto colectivo el TS, en unificación de doctrina y tras pronunciamientos judiciales vacilantes y a veces contradictorios de los Tribunales Superiores, lo ha calificado de complemento salarial⁴⁰³ encuadrable en el tercero de los grupos clasificatorios previstos en el art. 26.3 ET, esto es el de los complementos “organizacionales” vinculados a la situación y resultados de la empresa⁴⁰⁴. Sin embargo, en los supuestos en que su devengo se condicione no sólo al hecho objetivo de la obtención de beneficios por la empresa, sino también a circunstancias subjetivas relacionadas con el cumplimiento de precisos objetivos por parte de un equipo o del trabajador, el “bonus” dejaría de ser, en mi opinión, simplemente un complemento de los llamados organizacionales pasando a constituir un complemento salarial mixto que atiende además de a los resultados de la empresa a circunstancias relativas al trabajo realizado, particularmente, a la mayor calidad o cantidad de trabajo y, por tanto, identificable con las primas o incentivos.

Cuestión distinta se da si, de establecerse en convenio colectivo, debe ser considerado como complemento salarial consolidable o no consolidable y este respecto habrá de estarse a lo acordado colectivamente por las partes, ya que el art. 26.3 ET establece la regla general de su no consolidación, a falta de acuerdo en contrario. Por el contrario si se acuerda individualmente en el contrato de trabajo o cuando su percepción por el trabajador responde a una concesión unilateral del empresario, a un pacto extraestatutario o incluso es fruto de un uso o práctica de empresa que busca una mejora del paquete retributivo establecido por la ley o el convenio aplicable, puede configurar una

⁴⁰³ En este sentido, STSud 24-10-2001, cit., (f.j. 7º). Con ello puede darse por zanjada una vacilante y contradictoria doctrina judicial que a veces venía optando por su calificación de extrasalarial, cfr. entre otras, STSJ Navarra 18-10-1994 (AS 3765) aunque los pronunciamientos más recientes se decantaban por su carácter salarial, cfr. en este sentido STSJ Madrid 22-11-1995 (AS 4339); STSJ Madrid 19-12-2000, RL, nº 21, noviembre, 2001.

⁴⁰⁴ Cfr. STSJ Madrid 20-11-2001 (Rº 359), AL no 11, marzo 2002 que reconoce el carácter salarial del *bonus* y su cómputo a efectos de la indemnización por despido del trabajador.

condición más beneficiosa de contenido salarial, si se cumplen los demás parámetros necesarios para su constitución, y entonces su consolidación *ad futurum* será automática al ser éste uno de los rasgos definidores de dichas condiciones más beneficiosas.

Con todo y sin perjuicio de las precisiones que anteceden, es claro que el bonus, ya se pacte con carácter general en convenio colectivo, ya con carácter individual en el contrato de trabajo, bien vinculado a beneficios o bien a la consecución personal de objetivos o rendimiento adicional del trabajador o, acumulativamente a ambas circunstancias, goza de naturaleza salarial y en consecuencia, su impago o los retrasos habituales en su abono pueden suponer, si las anomalías revisten gravedad, un incumplimiento empresarial con eficacia resolutoria a tenor del art. 50.1.b) ET, aparte de que, a efectos de cuantificación de la indemnización legal prevista para el supuesto de dimisión provocada ex art. 50.2 ET, la cuantía del bonus percibido por el trabajador deberá igualmente incluirse en el salario regulador de la misma.

Sin embargo y dejando sentado que la naturaleza salarial del bonus es un tema zanjado en sede jurisprudencial, como se ha comentado, su régimen de funcionamiento y devengo sigue entrañando algunos problemas que son objeto de controversia en sede jurisprudencial, subsistiendo dos posturas judiciales enfrentadas al respecto.

Por un lado, existe una corriente jurisprudencial mayoritaria en virtud de la cual se considera que el devengo del *bonus* se produce tanto si se concurre la efectiva consecución de los beneficios y/o los objetivos pactados, cuanto en caso contrario siempre que se haya percibido en años anteriores, y ello por aplicación de la teoría de los derechos adquiridos. Esta argumentación es incontestable, en mi opinión, cuando se trate de un concepto retributivo disfrutado a título individual y constitutivo de una condición más beneficiosa, pero suscita más dificultades cuando el bonus se configure como complemento salarial en convenio colectivo, ya que las circunstancias objetivas de las que trae causa lo definen *prima facie* como no consolidable. Sin embargo debe dejarse constancia de que en muchos casos el bonus, al igual que otros complementos ligados al rendimiento del trabajador o los resultados de la empresa, sigue siendo disfrutado pacíficamente por el trabajador en la práctica

empresarial con independencia de las circunstancias a las que convencionalmente se vinculaba su causa y se condicionaba su devengo. En esos casos, doctrina y jurisprudencia han venido considerando que se produce una desnaturalización del complemento, al desaparecer la causa de la percepción económica, que podría comportar su conversión en condición más beneficiosa siempre que se cumplan los restantes requisitos técnico-jurídicos que determinan su nacimiento ⁴⁰⁵.

Por otro lado, se detecta una reciente línea de tendencia en la doctrina legal proclive a considerar que en materia de bonus debe prevalecer la autonomía privada al implantarlo y, en ese contexto, estimar ajustado a derecho que la empresa unilateralmente o previo acuerdo con el trabajador pueda establecer: a) su carácter no consolidable, por lo que su percepción pacífica no constituirá derecho adquirido o condición más beneficiosa alguna; b) la facultad de modificarlo, reducirlo o suprimirlo por unilateral voluntad del empleador e, incluso, c) su exclusión del salario regulador a efectos del cálculo de indemnización por extinción del contrato de trabajo.

La divergencia de la doctrina legal al respecto tiene indudables repercusiones en orden a la operatividad de la dimisión provocada, por cuanto conforme a la primera tesis el impago o los retrasos continuados en el pago del bonus puede servir de base a la pretensión resolutoria del trabajador, amén de que la cuantía del incentivo se computaría a efectos del cálculo de la indemnización correspondiente a la resolución incluso cuando su percepción ya no responda al cumplimiento de las previsiones convencionales y contractuales a las que se anudaba su devengo. En tanto que conforme a la segunda, por el contrario, si la falta de pago responde a una decisión unilateral de la empresa no sujeta al respeto de derechos adquiridos, no estaríamos ante incumplimiento empresarial alguno a efectos de dimisión provocada ex art. 50.1.b) ET y, por lo demás, a efectos de cálculo de la indemnización correspondiente a la resolución obediente a ésta o a cualquiera de las restantes causas resolutorias del citado precepto, sólo se computaría la cuantía de los bonus efectivamente percibidos por el trabajador ⁴⁰⁶.

⁴⁰⁵ Vid. DIAZ AZNARTE, T. Op. cit., pp. 199-201

⁴⁰⁶ Para un análisis crítico de estas posturas de la doctrina judicial, vid. RODRÍGUEZ DE RÁVENA, P., op. cit., pp. 41-44.

En mi opinión la solución de la controversia debe dirimirse en clave de los términos de establecimiento del bonus. Si éste se establece en pacto colectivo, su consolidación dependerá de la existencia de un acuerdo de las partes en tal sentido y si éste se da, su pago queda sustraído al arbitrio de la empresa de la misma forma en que sucederá si se trata de una condición más beneficiosa, es decir, fruto de un pacto individual insertado expresamente en el contrato de trabajo o de una concesión unilateral del empresario *ad personam* en que se evidencie la voluntad empresarial de respetar el beneficio *ad futurum*: en ambos casos su falta de pago constituiría un incumplimiento empresarial potencialmente resolutorio. Si, por el contrario, el devengo del bonus se condiciona expresamente a la obtención de beneficios y/o cumplimientos de objetivos, el complemento salarial, en principio, no es consolidable y la no concurrencia de las circunstancias de las que se hace depender su percepción determinan la inexistencia del derecho a su devengo, por lo que su impago no constituiría un incumplimiento empresarial a efectos de dimisión provocada, salvo que, como se indicó, en la práctica empresarial cotidiana el trabajador lo siga disfrutando pacíficamente aún no cumpliéndose las previsiones objetivas que determinan su devengo, ya que en tal supuesto el bonus puede devenir en condición más beneficiosa que se mantendrá como derecho adquirido⁴⁰⁷, con lo que su impago por parte de la empresa sería subsumible en el incumplimiento resolutorio tipificado en el art. 50.1.b) ET

Otra fórmula retributiva especialmente controvertida en lo que a su naturaleza salarial se refiere, es la constituida por las opciones sobre acciones (*stock options*) que, en términos similares al *bonus*, persigue fidelizar a los empleados e identificar sus intereses con los de los accionistas y con los de la empresa⁴⁰⁸. La cuestión que interesa resaltar aquí se refiere a si los beneficios que

⁴⁰⁷ Aunque la jurisprudencia sobre la materia evidencia que la percepción reiterada de una cuantía determinada por parte del trabajador pese a no cumplirse las circunstancias que determinan su devengo, no es dato suficiente para su conversión en condición más beneficiosa, es claro que tal situación de persistencia temporal del disfrute de la participación en beneficios aun no dándose éstos, es un indicio clave de la existencia de un acuerdo o voluntad empresarial tácita de constitución de una condición más beneficiosa; Vid. en este sentido, DIAZ AZNARTE, M.T., op. cit., pg. 200-201 y la jurisprudencia citada por la autora.

⁴⁰⁸ Sobre la evolución de esta técnica de gestión de los recursos humanos de la empresa, vid. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: " Implicaciones laborales de las stock options", AL, n^o 4, enero 2001, pp. 57-60.

eventualmente obtenga el trabajador al ejercitar la opción tienen naturaleza salarial.

La doctrina científica se encuentra dividida al respecto en torno a dos posturas divergentes: la que rechaza su carácter salarial ⁴⁰⁹ frente a la que, por el contrario, se decanta por reconocerle esa naturaleza jurídica ⁴¹⁰ y por lo que respecta a la doctrina legal, aunque en un principio los pronunciamientos judiciales optaron por su calificación de extrasalariales ⁴¹¹, los más recientes se inclinan por reconocer a este tipo de retribución naturaleza salarial ⁴¹². En este escenario de controversia, el TS, en unificación de doctrina, ha terciado en el debate sentando el carácter salarial de las stock options - aunque con voto particular contrario a dicha interpretación- ⁴¹³ al entender que, pese a tratarse de un concepto retributivo complejo en el que convergen un conjunto de factores no todos ellos aliniables con el concepto tradicional de salario, en él se aprecian las notas sustanciales del mismo.

Con todo y sin perjuicio del reconocimiento jurisprudencial de su carácter salarial, las opciones sobre acciones no constituyen, bajo mi punto de vista, un concepto retributivo con virtualidad en el marco de la dimisión provocada basada en irregularidades en el pago del salario ex art. 50.1.b) toda vez que, como es sabido, la empresa se limita a diseñar el plan de stock options y es al trabajador al que corresponde ejercer potestativamente, en el plazo señalado por el plan, el derecho de opción y obtener así los beneficios consiguientes, con lo que el momento del devengo y la efectiva percepción del beneficio depende de la voluntad del propio trabajador y no de la de la empresa, a

⁴⁰⁹ Entre otros, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: "Implicaciones laborales...", cit., pp. 65 y ss; MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: Las percepciones extrasalariales (Estudio del régimen laboral, fiscal y de Seguridad Social aplicable), cit., pg.7.

⁴¹⁰ GÓMEZ FERNÁNDEZ, E.: " Consideraciones acerca del posible carácter salarial de la retribución a los trabajadores mediante retribuciones basadas en acciones (stock options), La Ley, nº 4962, enero de 2000; TAPIA, A.: " ¿ Son salario las opciones sobre acciones?, Revista de Trabajo y Seguridad Social, Estudios Financieros, nº 209-210, 2001; MOLINA NAVARRETE, C.: "La dimensión jurídico-salarial de los Employee Stock Options Plans: La doctrina legal ¿zanja o relanza la polémica?, Revista de Trabajo y Seguridad Social, Estudios Financieros, nº 229, 2002.

⁴¹¹ Vid. entre otras, STSJ Madrid 10-4-1992 (AS 2133).

⁴¹² En este sentido SSTSJ Madrid 4759/2000 de 22-2-2001, Revista de Trabajo y Seguridad Social (Legislación y Jurisprudencia), nº 210, 2001 y 1463/2001 de 1-10-2001, Revista de Trabajo y Seguridad Social (Legislación y Jurisprudencia), nº 226, 2002.

⁴¹³ Vid. STSud 24- 10-2001, RL, nº 1, enero 2002, pg. 86. Para una crítica de los argumentos en que se sustenta este pronunciamiento, aunque compartiendo la tesis de la naturaleza salarial de las stock options, MOLINA NAVARRETE, C.: "La dimensión jurídico-laboral de los Employee Stock Options Plans...", cit., pp.42 y ss.

diferencia de lo que sucede con los restantes conceptos retributivos salariales que, al considerarse de derecho necesario, serían irrenunciables. Otra cosa es que de ejercitarse la opción, siempre durante la vigencia de la relación laboral o fuera de ella en los supuestos previstos en el correspondiente plan, los beneficios obtenidos, al considerarse salario, deban ser computados a efectos de la indemnización prevista en el art. 50.2 ET cuando el trabajador inste la resolución del contrato al amparo de cualquiera de las causas resolutorias ex art. 50.1 ET, del mismo modo en que se ha reconocido jurisprudencialmente a efectos de la cuantificación de la indemnización por despido improcedente ⁴¹⁴.

Otras remuneraciones de naturaleza controvertida son las compensaciones económicas correspondientes a los pactos de plena dedicación o exclusividad y de no competencia postcontractual regulados en el art. 21 ET. Respecto de éstos como se recordará, el precepto condiciona su validez al establecimiento de una “compensación económica” a favor del trabajador, pero nada se dice acerca de la naturaleza jurídica de dicha percepción.

Ante el silencio del legislador caben, vía interpretativa, dos soluciones alternativas. La primera, considerarlas de naturaleza salarial si se opta por el carácter cerrado del listado legal de percepciones extrasalariales establecida en el art. 26.2 ET ⁴¹⁵, con lo cual las percepciones económicas del trabajador no subsumibles en ninguno de los conceptos previstos en el precepto excluyente ⁴¹⁶, como sería el caso de las compensaciones económicas que se analizan, tendrían la consideración legal de salario. La segunda, parte del carácter abierto y no exhaustivo de la lista de exclusiones expresas del art. 26.2 ⁴¹⁷, precepto éste que se considera obediente a la misma *ratio* del art. 26.1, en virtud de la cuál sólo serán salario las percepciones del trabajador que

⁴¹⁴ En este sentido, aunque indirectamente, las sentencias referidas en las notas 30 y 31.

⁴¹⁵ Sobre el carácter cerrado de la lista legal de percepciones extrasalariales, vid. COLINA ROBLEDÓ, A.: El salario, CISS, Valencia, 1995, pp. 25-26; ALBIOL MONTESINOS, I.: El salario. Aspectos legales y jurisprudenciales, Deusto, Bilbao, 1992, pg. 21. Cfr. también, entre otras, STSud. 24-10-2001, RL, nº 1, enero 2002, (R. 488), exponente de la línea de tendencia jurisprudencial proclive al carácter taxativo del listado legal ex art. 26.2 ET.

⁴¹⁶ Que son las indemnizaciones o suplidos por gastos consecuencia de la actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones por traslados, suspensiones o despidos.

⁴¹⁷ En este sentido, MOLINA NAVARRETE, C.: "La dimensión jurídico-salarial de los Employee Stock Options..", cit., pg. 47; STSud 24-10-2001, cit., Voto Particular (f.j. 2º); MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., op. cit, pg. 77 para quien el carácter abierto de la lista de exclusiones del art. 26.2 ET tiene un apoyo normativo indirecto al no existir en la norma la advertencia expresa de inadmisibilidad de otras exclusiones que si se recogía en el art. 2 del derogado DOS.

directa o indirectamente traen causa del trabajo prestado, pero no las que tienen otra función distinta como, entre otras, la resarcitoria o la compensatoria que es la que llevarían anudada las percepciones económicas a percibir por el trabajador en virtud de estos pactos, al buscar el resarcimiento del perjuicio que al trabajador le supone su renuncia a otro empleo durante la vigencia de la relación laboral, en el primero de ellos, o tras la extinción de la misma, en el segundo, y por tanto al ejercicio de su derecho constitucional al trabajo (art. 35 CE) en ambos supuestos.

Desde esta última perspectiva, la doctrina científica y la jurisprudencia, mayoritariamente, le atribuyen un función estrictamente indemnizatoria ⁴¹⁸, postura que básicamente debe compartirse y de la que deviene su naturaleza extrasalarial.

Una vez asumido su carácter extrasalarial, debe concluirse que si bien el impago o los retrasos continuados en el abono de estas compensaciones tendrían efectividad resolutoria de estos específicos pactos, carecerían de ella respecto al contrato de trabajo y ello por razones diversas vinculadas a la diferente funcionalidad de cada uno de ellos. En lo concerniente al pacto de no competencia postcontractual, la última afirmación formulada es obvia dado que sus efectos se difieren precisamente al momento en que pierda vigencia la relación laboral y por lo que respecta al pacto de "plena dedicación", la falta de pago o los retrasos continuados en el abono de la compensación económica, de pactarse su devengo periódico, aun resultando graves, tampoco operarían como causa resolutoria al menos en lo que se refiere a la vía propiciada por el ap. b) del art. 50 ET que, como se sabe, exige la naturaleza salarial de la deuda empresarial, aunque podrían tener esta virtualidad mediante su reconducción al ap. c) del mismo precepto, junto a las irregularidades de pago de otros conceptos extrasalariales a los que más adelante nos referiremos ⁴¹⁹, en la medida que constituyan incumplimientos contractuales graves por parte del empleador.

⁴¹⁸ Vid. MONTROYA MELGAR, A.: Derecho del Trabajo, 22 ed., Tecnos, Madrid, 2001, pp. 327-328; CHARRO BAENA, P.: " El pacto de no competencia postcontractual", RL, T. I, 1995, pg.147 y 148; Molina Navarrete, C.: " La dimensión jurídico-salarial...", cit., pg. 47.

⁴¹⁹ Vid. infra 2.1.1.D

Especial interés suscita, por último, la cuestión de si el impago de salarios de tramitación constituye incumplimiento empresarial causa de dimisión provocada encuadrable en la letra b) del art. 50, ya que, como es sabido no es pacífica su naturaleza jurídica debatiéndose la doctrina entre su carácter salarial o su naturaleza estrictamente indemnizatoria. De atribuírsele el primer carácter el incumplimiento de la obligación de abono de estos conceptos podría subsumirse en la letra b), mientras que si se opta por la segunda tesis habrían de reconducirse a la letra c) de precepto estatutario.

Siguiendo la sistemática de Gárate Castro⁴²⁰, pueden identificarse dos posiciones contrapuestas en la doctrina y la jurisprudencia respecto a la caracterización de los salarios de trámite: a) la que les atribuye distinta naturaleza según que el despido culmine en readmisión del trabajador o en pago de indemnización. Partiendo de la premisa de la eficacia inmediata del acto de despido con independencia de su eventual impugnación y calificación judicial, se concluye que sólo cuando proceda la readmisión se reconstruye el contrato inicial quedando el despido privado de sus efectos extintivos con lo que desde ese momento el empleador se sitúa en *mora accipiendi* (art. 30 ET) y por tanto en deudor de salario desde el cese hasta la readmisión, y b) la que generaliza el carácter salarial de los salarios de tramitación en todos los supuestos de despido ilegítimo (improcedente o nulo) independientemente de que haya o no readmisión del trabajador. El argumento que sustenta esta tesis es que el efecto extintivo perseguido por el empresario se produce sólo si el trabajador no impugna el despido dentro del plazo legal o si es calificado de procedente, de modo que de recaer sentencia que lo declare ilegítimo se produce la ineficacia *ex tunc* del despido y el nexo contractual se reconstruye manteniendo su vigencia durante el periodo transcurrido desde la fecha del cese decidido por la empresa, por lo que los salarios de trámite tendrían naturaleza netamente salarial.

De todas las construcciones doctrinales, la mejor argumentada es la que parte de considerar que la sentencia de nulidad del despido produce una “revocación” judicial del acto extintivo determinando su ineficacia jurídica *ex tunc*, es decir el contrato de trabajo se restablece por el efecto constitutivo de la

⁴²⁰ Vid. GÁRATE CASTRO, J.: *Los salarios de tramitación. Un estudio de las percepciones salariales unidas a la declaración de improcedencia o nulidad del despido*, Acarl, Madrid, 1994, pp. 55-67.

sentencia que declara la nulidad del despido y por ello impone al empresario la readmisión inmediata del trabajador y el abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que se materialice la readmisión, que serán, por tanto, salarios en la acepción técnico-jurídica del art. 26 ET por dos órdenes de motivos: por un lado, como reflejo de la *restitutio in integrum* consecuente con la privación de los efectos extintivos del acto de despido y la reposición de la situación jurídica, esto es, de la relación laboral al estado que tenía previamente a la decisión patronal; restitución que aunque no permite recobrar la prestación laboral perdida, si que exige remunerarla y, por otro lado, por efecto de la *mora accipiendi* en que se sitúa el empleador. Sin embargo, en el supuesto de despido improcedente la sentencia no revoca el acto de despido sino que conlleva una condena al empresario a emanar una declaración de voluntad dirigida bien a readmitir al trabajador, o bien a confirmar su decisión extintiva del contrato indemnizando al trabajador, de modo que si opta por la primera alternativa es el propio empresario (no el pronunciamiento judicial) el que revoca con eficacia *ex tunc* el acto de despido reconstruyendo el vínculo contractual con efecto retroactivo, mientras que si se decanta por la segunda, el acto de despido mantiene su eficacia extintiva desde la fecha en que se produjo⁴²¹. Por ello, en el despido improcedente los salarios de tramitación tienen diversa naturaleza según cuál sea el sentido de la facultad alternativa que, conforme a la previsión legal, la sentencia confiere al empresario: de optarse por la readmisión, se reproduce el esquema del despido nulo y los salarios de tramitación, es decir, los dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que se produzca la readmisión, devienen “débito salarial” como consecuencia de la reconstitución *ex tunc* de la relación laboral y la constitución del empresario en *mora accipiendi* desde la fecha del despido injustificado, en tanto que si se opta por la indemnización alternativa a la readmisión dichos salarios de trámite –los no percibidos desde el despido hasta que se ejercite la opción por la indemnización- carecerán de naturaleza salarial al no haberse

⁴²¹ La excepción a esta regla reside en los supuestos de despido improcedente de representantes -unitarios o sindicales- de los trabajadores en los que la titularidad de la facultad jurídica de revocar o no el despido o, si se quiere, de restablecer o no el contrato con efecto *ex tunc* se atribuye *ex lege* al trabajador representante.

revocado el despido por ejercicio de la facultad alternativa que se otorga en la sentencia judicial de condena ⁴²².

Partiendo de esta premisa, los salarios de tramitación que interesa traer aquí a colación son los que las Leyes sustantiva y adjetiva laborales anudan a los supuestos de despido improcedente en que el empresario opte por la readmisión o cuando esta opción corresponde al trabajador por su cualidad de representante, así como en el caso de despido nulo ⁴²³, puesto que admitida su naturaleza salarial el impago por el empresario de estas cantidades se habría de reputar como incumplimiento empresarial grave subsumible en el apartado b) del art. 50 ET, tesis que es la que aquí se sostiene. La gravedad de este cumplimiento, por lo demás, vendría dada por el hecho de afectar a una obligación principal –el pago de salarios- inherente a un contrato de trabajo reconstituido *ex tunc* y, por tanto, plenamente vigente por la revocación del despido, aunque tratándose de incumplimientos salariales la gravedad exige además su ponderación conforme al triple criterio -objetivo, cuantitativo y temporal- que la jurisprudencia viene aplicando al impago o a los retrasos continuados en el pago de salarios a objeto de estimar la viabilidad de la dimisión provocada, de los cuales la aplicación del criterio temporal podría dificultar, sino impedir, apreciar gravedad en el supuesto que ahora nos ocupa dada la sumariedad del proceso de despido y la inmediatez que la LPL establece para la readmisión.

Sin embargo, la obligación de abono de salarios de trámite puede prolongarse temporalmente cuando el empresario no proceda a la readmisión o ésta sea irregular, en cuyo caso el trabajador podrá acudir a la ejecución provisional de la sentencia, si ésta ha sido objeto de recurso por parte del empleador (arts. 295 y ss LPL), o solicitar la ejecución definitiva de tratarse de sentencia firme (arts. 276-284 LPL). Así, en el caso de ejecución provisional, la LPL (art. 295.1 y 2 LPL) impone al empresario la obligación de continuar satisfaciendo al trabajador la misma retribución que viniera percibiendo con

⁴²² Vid. MONEREO PÉREZ, J.L y MORENO VIDA, M.N.: “Forma y procedimientos del despido disciplinario. El despido nulo”, en *Comentarios a las leyes laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, T.II, Edersa, Madrid, 1994, pp. 377-378.

⁴²³ Arts. 55.6 ET y 113 LPL.

anterioridad al despido durante toda la tramitación del recurso hasta que la sentencia devenga firme.

En lo que concierne a la ejecución definitiva, la Ley Procesal Laboral también contempla la obligación de abono de salarios de tramitación si bien, aquí, con un tratamiento diferente según se trate de sentencia de improcedencia o de nulidad. En la ejecución definitiva de la sentencia de improcedencia, si el empresario persiste en su negativa a la readmisión, el juzgador dictará auto declarando extinguida la relación laboral y condenando al empresario al pago de la indemnización tasada legalmente y de los salarios de trámite correspondientes al periodo comprendido entre la notificación de la sentencia de instancia y la fecha de notificación del auto ejecutivo, éstos últimos de no haberse percibido por ejecución provisional si ésta no se hubiera solicitado (art. 279 LPL). Cuando, por el contrario, se trate de ejecución definitiva de sentencia de nulidad (o de improcedencia favorable a representante de los trabajadores que haya optado por la readmisión) que es la hipótesis que ahora interesa, las cosas discurren de otro modo, ya que al imponer la ley en estos casos la ejecución en sus propios términos de la sentencia (art. 280 LPL) – lo que descarta la declaración judicial de extinción del contrato como en el supuesto anterior-, si el empresario continuara resistiéndose a la readmisión tras el oportuno requerimiento, el juez adoptará entre otras medidas, que ahora resultan irrelevantes al objeto que nos ocupa, la de imponer al empresario la obligación de abonar al trabajador su salario con la misma periodicidad y cuantía declarada en la sentencia de instancia con los incrementos que por vía de convenio colectivo o norma estatal correspondan, hasta que se produzca la readmisión (art. 282.1.a) LPL).

Como puede deducirse de la secuencia fáctica descrita, los periodos durante los cuales el empresario puede verse obligado al abono de salarios de tramitación son prolongados temporalmente, de modo que si junto a la negativa a la readmisión regular no abonase dichas cantidades, dado el carácter principal de dicha obligación en el marco del contrato de trabajo -que, no se olvide, aún está vivo-, su prolongación en el tiempo y la presumible entidad cuantitativa de la deuda, podríamos perfectamente estar ante un

incumplimiento empresarial grave integrador de la causa de dimisión provocada ex art. 50.1.b) ET.

No obstante, y frente a la bien fundamentada construcción doctrinal antes expuesta acerca del carácter salarial de los salarios de tramitación en los supuestos de despido nulo o improcedente con readmisión, la jurisprudencia insiste en reputarles una naturaleza indemnizatoria al considerar que su función (o causa) es compensatoria o sustitutiva de los salarios dejados de percibir por el trabajador en base a una decisión extintiva empresarial calificada judicialmente de injustificada o nula, lo cual en todo caso no sería óbice para que su impago pudiera ser constitutivo de un incumplimiento con virtualidad a efectos de dimisión provocada esta vez por la vía del apartado c) del art. 50 ET, ya que, al igual que sucede con los pagos directos y delegados del subsidio durante la IT, en el periodo comprendido entre el despido y la readmisión, esas cantidades, aún no considerándose salariales, constituyen el principal, sino el único, medio de sustento del trabajador y como tal el deber de pago es consustancial al contrato cuya vigencia subsiste al haber privado el pronunciamiento judicial de efectos extintivos a la decisión empresarial ⁴²⁴.

La reconducción del incumplimiento de la obligación de abono de salarios de tramitación a la causa resolutoria establecida en la letra c) en lugar de a la letra b) del art. 50 ET, obedece a que jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo pasa por reconocer a los salarios de tramitación, como se dijo, naturaleza indemnizatoria y no salarial. En particular, en lo relativo a los salarios a cuyo pago queda obligado el empresario tanto en los trámites de ejecución provisional como de ejecución definitiva de la sentencia de despido, la doctrina legal les ha atribuido una causa compleja: una función resarcitoria o reparadora parcial del perjuicio ocasionado al trabajador por la ausencia de readmisión y una función coercitiva que busca presionar económicamente al empresario a cumplir *in natura* la sentencia con la necesaria readmisión ⁴²⁵.

⁴²⁴ Vid. en este sentido, SJS Madrid (n^o 25) 30-6-2000 (AS 2411) estimando la pretensión resolutoria por este motivo a través del cauce del art. 50.1.c) ET con una fundamentación jurídica similar a la que se acaba de exponer.

⁴²⁵ Vid. STS 13-3-1991 (RJ 1851) F.j. 5^o, para la cual estas medidas “tienen una finalidad compleja, que no se agota en la reparación parcial del perjuicio que sufre el trabajador, pues tratan también de forzar directamente al empresario, mediante una presión económica, a cumplir de forma completa la sentencia,

Sin embargo tal interpretación ha sido cuestionada por algún pronunciamiento de instancia en el que, con fundados argumentos, se ha sostenido que la jurisprudencialmente proclamada naturaleza indemnizatoria de los salarios de tramitación debe ser revisada en lo que se refiere específicamente a los salarios que se ordena abonar al empresario en la fase de ejecución de sentencias firmes de despido improcedente de representante unitario o sindical que opte por la readmisión o de sentencias de nulidad, acudiendo a una interpretación estricta del art. 282.a) LPL. En efecto, la citada norma establece literalmente que el Juez ordenará “que el trabajador continúe percibiendo su salario con la misma periodicidad y cuantía que la declarada en la sentencia, con los incrementos que por vía de convenio colectivo o mediante norma estatal se produzcan hasta la readmisión en debida forma”, de modo que tanto el término salario utilizado aquí por la norma sin aditamento alguno, así como la mención a su necesaria regularización conforme a las subidas acordadas en pacto colectivo o las establecidas por norma heterónoma, permiten inferir que no estamos en este caso ante cantidades de naturaleza indemnizatoria, sino ante percepciones de naturaleza salarial en la acepción técnico-jurídica del art. 26.1 ET ⁴²⁶. De acuerdo con esta interesante y fundada propuesta hermenéutica, el impago o los retrasos continuados en el abono de estas cantidades podrían constituir, siempre que revistan gravedad –conforme

como se pone de manifiesto hoy claramente en la nueva regulación contenida en los artículos 281 y 282 de la nueva Ley de Procedimiento Laboral de 27 de abril de 1990”. En idéntico sentido, STS 20-3-1991 (RJ 1882).

⁴²⁶ Vid. SJS Madrid (nº 25) 30-6-2000 (AS 2411) F.j. 4º cuya argumentación al respecto reproducimos por su interés: “Otra cuestión sobre la que podría especularse ..., es la naturaleza de los salarios que se generan conforme al ya citado art. 282.a), ya que por su regulación deberían configurarse como la retribución a la que se refiere el núm. 1 del art. 26 del TRET, frente al carácter indemnizatorio de los salarios de tramitación propiamente dichos, según opinión mayoritaria de la Sala de lo Social del TS, y que por conocida omitimos su concreta cita. Como elementos diferenciales se podría destacar que aquí se habla exclusivamente de «salario» sin adjetivación alguna, y a diferencia de los de tramitación; además, se han de percibir: «... con los incrementos que por vía de Convenio colectivo o mediante norma estatal se produzcan hasta la fecha de la readmisión en debida forma...». Sin embargo, de las sentencias dictadas por la Sala de lo Social del TS el 13 (RJ 1991, 1851) y 20 de marzo de 1991 (RJ 1991, 1882), respectivamente, parece deducirse que el criterio mayoritario es dar naturaleza reparadora a estas percepciones, por los motivos que allí se contienen y que se dan por reproducidos en aras a la brevedad. Pero también se ha de matizar que esas resoluciones están analizando los arts. 212 y 213 de la LPL de 1980, y la actual regulación no sólo amplía los colectivos afectados, sino que también introduce importantes adiciones, como la transcrita en el párrafo anterior”.

a los criterios cuantitativo y temporal ya mencionados-, un incumplimiento reconducible al apartado b) del art. 50 ET, al igual que el impago de los salarios de tramitación debidos al trabajador en fase de ejecución provisional de sentencias de despido nulo o improcedente con readmisión, cuyo carácter salarial también se infiere del tenor literal del art. 295 TRLPL⁴²⁷.

2.5 El salario en especie

Sin pretensiones de efectuar un estudio de las modalidades de salario, sí parece conveniente hacer una especial mención al salario en especie por ser ésta la modalidad salarial referida expresamente, junto al salario en metálico, en el art. 26.1 ET y porque pudiendo constituir potencialmente el objeto de la deuda salarial susceptible de activar la facultad resolutoria del trabajador ex. art. 50.1.b) ET, ha adolecido de una insuficiente determinación legal.

En efecto, pese a que la concreción y sistematización de las percepciones calificables como salario en especie no ha resultado hasta ahora tarea fácil, dada la parquedad del precepto estatutario mencionado y la inexistencia de otra disposición legal o reglamentaria sobre la materia, la doctrina ha recurrido instrumentalmente a la normativa de Seguridad Social con ese objetivo⁴²⁸ y en particular se ha valido del reformado art. 23 del Reglamento General de Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social (RGCLSS) que desarrolla lo establecido en el art. 109 TRLGSS⁴²⁹, que por vez primera concreta y cuantifica las percepciones salariales en especie, aunque lo haga indirectamente al determinar los conceptos computables a efectos de cotización a la Seguridad Social mediante una remisión al art. 43 de la Ley 40/1998 de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

En base al citado precepto reglamentario, pues, se consideran salarios en especie a efectos de cotización: la utilización de vivienda facilitada por la empresa sin coste para el trabajador; utilización de automóvil facilitado por la empresa para uso particular del trabajador; préstamos con tipos de interés

⁴²⁷ El art. 295 TRLPL establece que el empresario queda obligado, mientras dure la tramitación del recurso, a satisfacer al trabajador “la misma retribución que venía percibiendo con anterioridady continuará el trabajador prestando servicios a menos que el empresario prefiera hacer el abono aludido sin compensación alguna”

⁴²⁸ DÍAZ AZNARTE, M.T., op. cit., pp 204-206.

⁴²⁹ Modificado por RD 1426/1997 de 15 de septiembre.

preferenciales o sin interés; prestaciones en concepto de manutención, hospedaje y viajes turísticos con fines vacacionales; primas satisfechas por la empresa en virtud de contrato de seguro o similar a favor del trabajador; contribuciones satisfechas por los promotores de Planes de Pensiones, así como las cantidades satisfechas por el empresario para sistemas de previsión social alternativos a del trabajador o su familia.

Sin embargo, este listado de percepciones salariales en especie la establece el precepto, como ya se ha dicho, a efectos de cotización a la Seguridad Social y por tanto no es extrapolable automáticamente al ámbito jurídico-laboral estricto y ello por dos órdenes de razones. La primera, de carácter general, reside en que el “concepto de salario de cotización” no es plenamente identificable con el concepto iuslaboral de salario, dado que pese a la relativa autonomía del Derecho del Trabajo frente al de la Seguridad Social y las interconexiones existentes entre ambas ramas del ordenamiento jurídico, al tiempo de indagar acerca de la naturaleza jurídica de un determinado concepto económico integrante del “paquete económico” de cada trabajador, habrá de acudir a criterios de calificación jurídico-laborales, esto es, a la causa jurídicamente determinante de su percepción, sin perjuicio, eso sí, de la posibilidad de recurrir, en caso de duda, a otros criterios o reglas calificadoras complementarias como ocurre, señaladamente, con su consideración como salario a efectos de determinación de la base de cotización a la Seguridad Social que, no obstante, constituye, entre otros, un indicio de “salariedad”⁴³⁰.

La segunda de las razones, apunta a que algunos de los conceptos incluidos en el listado del art. 23 RCLDSS, tales como las cantidades satisfechas por el empresario en concepto de primas de seguro, las contribuciones a Fondos y Planes de Pensiones, las prestaciones con fines culturales o educativos, entre otros, presentan fronteras muy difusas respecto a las denominadas prestaciones asistenciales que carecen, como se sabe, de naturaleza salarial, por lo cuál habrá que entrar a valorar las circunstancias concurrentes en cada

⁴³⁰ Sobre la utilidad limitada de los criterios de determinación de la base de cotización a efectos de la calificación jurídica de las percepciones económicas del trabajador, vid. MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., op. cit., pp. 23 y ss.

caso concreto en orden a su calificación jurídica ⁴³¹ para determinar cuando, resultando salario, pueden tener virtualidad a los efectos resolutorios en estudio.

3. El art. 50.1.b) ET como norma implícitamente excluyente de las percepciones extrasalariales como objeto del incumplimiento resolutorio tipificado y su reconducción a la cláusula general de la letra c) del precepto

Si como se ha dejado sentado en las líneas precedentes, sólo las irregularidades relativas al pago de percepciones económicas del trabajador de naturaleza salarial pueden constituir el objeto del incumplimiento empresarial tipificado a efectos de dimisión provocada en el ap. b) del art. 50.1 ET, debe concluirse tal y como lo ha hecho la jurisprudencia ⁴³², que la norma excluye implícitamente del ámbito de esta segunda causa resolutoria las irregularidades relativas al pago de conceptos extrasalariales.

En lo concerniente a la delimitación de las percepciones extrasalariales, debe tenerse en cuenta no obstante, como ha puesto de manifiesto la doctrina, que la tendencia expansiva del concepto jurídico-laboral de salario ha llevado aparejada una tendencia de sentido inverso o contractiva del ámbito de lo extrasalarial y, a la postre, una elevada dosis de confusión en el terreno de la calificación jurídica de los diversos conceptos remuneratorios que el empresario debe poner a disposición del trabajador ⁴³³.

Partiendo, pues, de que al enfrentarnos a las percepciones extrasalariales nos adentramos en un campo que adolece de falta de univocidad en orden a su delimitación, puede afirmarse que la exclusión del ámbito de la causa de dimisión provocada ex. art. 50.1.b) ET antes mencionada afecta, en principio, a todas las percepciones declaradas legalmente extrasalariales por el art. 26.2

⁴³¹ Para un análisis pormenorizado de estas últimas percepciones económicas y los criterios de calificación de las mismas como salariales o prestaciones asistenciales, vid. MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., op. cit., pp.169 y ss y 365 y ss.

⁴³² Cfr. entre otras, STS 4-2-1991 (RJ 796) para la que no cabe la aplicación del art. 50.1.b) ET la falta de abono del subsidio de incapacidad temporal aunque el empresario esté obligado a su pago delegado; STS 11-4-1988 (RJ 2943) en referencia a otras prestaciones de Seguridad Social; STS 11-6-1990 (RJ 5055) respecto de gastos de representación y viajes.

⁴³³ Sobre las diversas causas de esta confusión del que denomina "paisaje retributivo", vid. MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., op. cit., pp. 1-10.

ET, esto es las indemnizaciones o suplidos por gastos realizados por el trabajador como consecuencia de la actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despido.

Sin embargo, la delimitación negativa del concepto legal de salario operada por este precepto estatutario suscita un problema interpretativo que, a la luz de la doctrina y de la jurisprudencia más reciente, continúa abierto y sin solución concluyente, cual es el referido al carácter cerrado o abierto de la lista de exclusiones de “salariedad” que en el se establece.

Al respecto, como ya se adelantó, existen dos posturas enfrentadas. Por un lado la doctrina mayoritaria considera que el listado legal de exclusiones ex art. 26.2 ET constituye un *numerus clausus*, lo que conectado con el carácter totalizador del concepto de salario delimitado en sentido positivo en el art. 26.1 ET determina que sólo sean calificables de extrasalariales las partidas expresamente previstas en aquél⁴³⁴. Esa es también la línea de tendencia prevalente en la jurisprudencia, puesto que el TS, en unificación de doctrina, se vale de los mismos argumentos para integrar determinados conceptos en el salario del trabajador alejándolos del terreno de lo extrasalarial⁴³⁵.

Por el contrario una posición más compartible es la que, desde una interpretación contextual del bloque normativo relativo al salario que conecta el apartado 2º del art. 26 con su apartado 1º, éste último a *sensu contrario*, entiende que toda controversia que pueda suscitarse acerca de la naturaleza jurídica de una concreta percepción económica del trabajador habrá de dirimirse conforme a un criterio eminentemente causal, es decir atendiendo a su causa o, lo que es lo mismo, a la función que jurídicamente se le atribuya que puede ser retributiva, indemnizatoria, compensatoria, asistencial, “previsional” o responder a una mera liberalidad del empleador. De este modo y en clave “causal” serán salario los conceptos económicos que cumplan una función directa o indirectamente remuneratoria o retributiva de la prestación de trabajo, mientras que carecerán de esta naturaleza, estén o no contemplados

⁴³⁴ Vid. COLINA ROBLEDO, A.: El salario, cit., pp. 25 y 26; ALBIOL MONTESINOS, I.: El salario. Aspectos legales y...”, cit., pg.97.

⁴³⁵ SSTsud 26-6-1995 (RJ 5277); 1-4-1996 (RJ 2969); 3-5-1996 (RJ 4372); 24-10-2001, RL, nº 1, 2002 (R 488)

expresamente en el art. 26.2 ET, los que desprovistos de aquélla causa retributiva lleven anudada cualquiera de las restantes funciones mencionadas ⁴³⁶.

Desde esta última perspectiva, la naturaleza extrasalarial será predicable no sólo de los conceptos expresamente incluidos en el listado legal del art. 26.2 ET, sino también de otros como la compensación económica propia de los pactos de exclusividad que lleva anudada una función indemnizatoria; así como de las aportaciones empresariales a fondos de inversión de los asalariados ⁴³⁷, las mejoras voluntarias de las prestaciones directas de la Seguridad Social ⁴³⁸ y las aportaciones satisfechas por el empresario a Fondos y Planes de Pensiones ⁴³⁹ caracterizadas todas ellas por una finalidad "previsional" y no estrictamente retributiva.

Pero con todo, su exclusión del ámbito de aplicación del ap.b) ex art. 50 ET no comporta necesariamente que las graves anomalías en su abono carezcan de virtualidad al efecto de dimisión provocada. Por el contrario, la doctrina mayoritaria admite que las irregularidades en el abono de retribuciones extrasalariales constituyen un incumplimiento empresarial que en la medida de

⁴³⁶ En este sentido, vid. CRUZ VILLALÓN, J. : " El régimen jurídico del salario como instrumento de política económica" en AA.VV. Reforma de la Legislación Laboral, Universidad de Sevilla, 1997, pg.97, para el que aunque se considere que el listado del art. 26.2 no constituye un *numerus clausus*, en todo caso exige la concurrencia de un elemento de causalidad en cada supuesto que justifica su exclusión del ámbito del salario; MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., op. cit., p75-80.

⁴³⁷ Sobre éstas se ha dicho que aunque se insertan en una categoría próxima al salario y están dotados de un efecto sustitutivo de los incrementos salariales, resulta ajena al salario propiamente dicho atendiendo a su origen, causa y dinámica funcional, vid. MONEREO PÉREZ, J.L.: " La estructura del salario", cit., pp.146-147.

⁴³⁸ Sobre su naturaleza extrasalarial se han pronunciado GALIANA MORENO, J.M. y SEMPERE NAVARRO, A.V.: "La limitación legal de las mejoras voluntarias establecidas en convenio colectivo a cargo de empresa pública", AL, n° 8, 1987, pg. 395; NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: "Extinción del contrato por voluntad del trabajador" cit., pg. 1074; MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., op. cit., pp.191-193. En contra, vinculándolas a un concepto amplio de salario, vid. DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M.L.: " Las mejoras voluntarias de protección social: Naturaleza y régimen jurídico", TL, n° 36, 1995, pp. 93-97; MARTÍN VALVERDE, A.: Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social, Instituto García Oviedo, Univ. Sevilla, 1970, pp. 27 y ss.; CASAS BAHAMONDE, M.E.: Autonomía colectiva y Seguridad Social, IES, Madrid, 1977, pg. 250.

⁴³⁹ Sin ánimo de entrar en otras diversas implicaciones jurídico-laborales, algunos autores han manejado la hipótesis de su posible consideración como salario en especie, vid. al respecto, ALVAREZ DE LA ROSA, M.: "El complemento extrasalarial de prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social", en AA.VV. Estudios sobre el salario, Acarl, Madrid, 1993, pg. 527; MONEREO PÉREZ, J.L.: Público y Privado en el sistema de pensiones, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 258 y ss., aunque éste último autor se inclina finalmente por su calificación de partidas extrasalariales en, Los Planes de pensiones del sistema de empleo, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, pp.74 y ss.

que revista gravedad, puede canalizarse a través de la vía diversa establecida por del ap. c) del art. 50 ET ⁴⁴⁰.

En este orden de ideas y sin perjuicio de su tratamiento pormenorizado se efectuará al abordar el análisis de la cláusula general de cierre del precepto (ex art. 50.1.c) LET), merece ser mencionada la particular controversia suscitada en sede jurisprudencial en torno al encuadramiento en el art. 50 ET de los incumplimientos relativos al pago delegado de las prestaciones de Seguridad Social o de las mejoras voluntarias a ellas vinculadas, cuyo centro de gravedad reside, en realidad, en torno a la cuestión de si pueden considerarse o no incumplimientos contractuales, que como se sabe es el presupuesto de operatividad de la dimisión provocada.

La doctrina científica tradicionalmente ha venido sosteniendo, con carácter general, que una interpretación conjunta de los arts. 49.1.j) y 50 ET en relación con lo establecido en el art. 1258 CC, lleva a inferir que los incumplimientos resolutorios que justifican la dimisión provocada serán los concernientes a obligaciones que, independientemente de su origen, incumban al empresario frente al trabajador en cuanto que contraparte de la relación laboral; es decir, tanto los relativos a obligaciones pactadas individualmente por las partes contratantes, cuanto a obligaciones provinientes de otras fuentes – heterónomas o fruto de la autonomía colectiva ⁴⁴¹- que, como es sabido, tienen particular e intensa virtualidad en la predeterminación del contenido de la relación laboral. Por el contrario, quedarán excluidos los incumplimientos de obligaciones empresariales que, aunque nacidas *con ocasión* del contrato de

⁴⁴⁰ En este sentido, ALBIOL MONTESINOS, I.: "Dimisión del trabajador y extinción por voluntad del trabajador", en AA.VV.: Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores, T.IX, v. I, Edersa, Madrid, 1983, pg. 217; VIQUEIRA PÉREZ, C.: La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador por incumplimiento del empresario, cit., pg. 45; De MIGUEL LORENZO, A.M.: La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, cit., pp. 92-93; NOGUEIRA GUATAVINO, M.: "Extinción del contrato por voluntad del trabajador", cit., pg.1074; Sempere Navarro, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, cit., pg.77. En contra, CRUZ VILLALÓN, J.: " La resolución contractual por modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo", RL, T.I, 1988, pg. 455, para quien el ap. c) es aplicable para otros incumplimientos empresariales distintos a los afectantes a la retribución del trabajador.

⁴⁴¹ La STS de 12-7-1986 (RJ 4033) aprecia la existencia de incumplimiento contractual resolutorio por infracción de lo pactado en el convenio colectivo aplicable a la relación laboral. Vid. así mismo SJS (nº 4) Valencia 29-10-2001 (AS 4044) que estima la pretensión extintiva del trabajador fundada en la omisión por el empresario de la regularización salarial a la que le obligaba un Acuerdo de empresa.

trabajo, no incumben al empresario frente al trabajador en su condición de contraparte de la relación contractual⁴⁴².

Pues bien, aplicando esa construcción a los incumplimientos empresariales en materia de prestaciones de Seguridad Social, la doctrina ha mantenido mayoritariamente que deben considerarse incumplimientos contractuales tanto la falta de pago como los retrasos continuados en el abono de las prestaciones de pago directo y de pago delegado, así como de las mejoras voluntarias, pero tratándose de obligaciones extrasalariales deberán encuadrarse en el primer inciso del ap. c) del art. 50⁴⁴³. Por el contrario, a los incumplimientos de las obligaciones de afiliación, alta o cotización, se les considera excluidos del ámbito del precepto⁴⁴⁴.

Por lo que respecta a los primeros, su inclusión en el ámbito material del precepto no ha sido pacífica, sin embargo, en sede jurisprudencial. En efecto, iniciales pronunciamientos del Tribunal Supremo desestimaron la pretensión resolutoria del trabajador fundada en la falta de abono por el empresario de los pagos delegados de las prestaciones de Seguridad Social o de las mejoras voluntarias a ella vinculadas, con el argumento de que frente a dichos incumplimientos no procedía la acción resolutoria del contrato sino la acción directa contra la Entidad Gestora en exigencia del pago⁴⁴⁵. Aunque el rechazo a la solicitud de resolución obedecía, en realidad, a la necesidad de evitar la incongruencia dado que la causa invocada inadecuadamente por los actores había sido la contemplada en el apartado b) del art. 50, el posicionamiento del Alto Tribunal suscitó la duda acerca de que estos específicos incumplimientos tuvieran carácter contractual y pudieran ser causa de dimisión provocada a través del cauce del apartado c) del citado precepto.

La cuestión fue, no obstante, despejada por posterior doctrina unificada recogida en sendas sentencias de 22-5-1995 y 2-11-1996 con la que se vino a admitir expresamente la resolución del contrato a instancia del trabajador a

⁴⁴² En este sentido, VIQUEIRA PÉREZ, C., op. cit., pg.76; JUANES FRAGA, E.: “Resolución del contrato”, en VV.AA., Extinción del contrato de trabajo, Madrid, Edit. Francis Lefebvre, 1998, pg. 208

⁴⁴³ Vid. ALBIOL MONTESINOS, I.: “Dimisión del trabajador y extinción por voluntad del trabajador”, cit., pg. 217; VIQUEIRA PÉREZ, C., op. cit., pg. 45.

⁴⁴⁴ Vid. VIQUEIRA PÉREZ, C., op. cit., pg. 77.

⁴⁴⁵ SSTs 17-12-1987 (RJ 8969); 4-12-1989 (RJ 8926); 4-2-1991 (RJ 796), doctrina que fue acogida por los Tribunales de suplicación.

través del cauce de la cláusula general ex art. 50 c) ET, afirmándose de forma explícita que las obligaciones empresariales de pago directo y pago delegado de las prestaciones de Seguridad Social “derivan ex lege del contrato de trabajo”⁴⁴⁶

La misma solución anuda el Tribunal Supremo a las mejoras voluntarias de las prestaciones de Seguridad Social pactadas colectivamente, respecto de las cuales la Sala Social aduce que con su impago el empresario vulnera una norma de convenio colectivo que le obliga directamente a asumir el pago del complemento pactado para la mejora del subsidio de incapacidad temporal. Según esta doctrina, con abstracción de cuál sea la naturaleza jurídica de esta mejora -pública de Seguridad Social o laboral-, “lo cierto es que la fuente de la obligación asumida, si bien no deriva directamente de la ley, pues tiene su origen en el convenio colectivo -fuente de la relación laboral, según el artículo 3.1, b) del Estatuto de los Trabajadores- guarda una conexión directa con el contrato de trabajo, máxime si se tiene en cuenta su finalidad de aproximar la cuantía de la prestación de Seguridad Social al salario, que es uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo”.

Sin embargo, en lo concerniente a las obligaciones empresariales de encuadramiento –afiliación y alta- y de cotización a la Seguridad Social, la cuestión se torna distinta ya que doctrina y jurisprudencia se han mostrado de acuerdo acerca de su exclusión como incumplimientos resolutorios en el art. 50.1.c) ET, al tratarse de obligaciones directamente existentes frente a la Seguridad Social y no de obligaciones contraídas por el empresario frente al trabajador⁴⁴⁷.

⁴⁴⁶ Vid. SSTSud 22-5-1995 (RJ 3995); 2-11-1996 (RJ 8187). A partir de entonces esa doctrina ha sido reiterada en múltiples sentencias de suplicación; vid. entre otras, muchas STSJ Galicia 14-7-2000 (AS 1836); SSTSJ Cataluña 4-10-2000 (AS 873) y 3-11-2000 (AS 3772); STSJ Castilla y León 21-11-2000 (AS 236); STSJ Extremadura 6-2-2001 (AS 982); SSTSJ Cataluña 2-4-2001 (AS 2301 y 22-4-2001 (AS 3512); STSJ Madrid 24-4-2001 (AS 2349); STSJ Cataluña 25-10-2001 (AS 45); STSJ Madrid 13-11-2001 (AS 532) y las más recientes, STSJ Madrid 18-04-2006 (AS 1775); STSJ Comunidad Valenciana 11-01-2006 (AS 918).

⁴⁴⁷ En este sentido, vid. VIQUEIRA PÉREZ, C., op. cit., pg. 77; NOGUEIRA GUASTAVINO, M., op. cit., pg. 1082. Por la jurisprudencia, vid. SSTCT 7-7-1987 (Ar. 15350); 19-5-1987 (Ar. 10373); 11-11-1987 (Ar. 24646); 30-4-1985 (Ar. 2808); STS 15-1-1987 (RJ 38).

Por el contrario, algunos autores⁴⁴⁸ han cuestionado esta tesis de su desvinculación del contrato de trabajo, teniendo en cuenta que dichas obligaciones nacen, precisamente, por y con el inicio de la prestación laboral. Desde esta última perspectiva, la hipótesis de la consideración de estos incumplimientos, si revisten gravedad, como resolutorios a efectos de la aplicación del art. 50 ET, esta vez de su letra c), no debería descartarse con ligereza, ya que desde la interpretación extensiva, antes formulada, de lo que deben entenderse por incumplimientos contractuales conforme a la dogmática general de los contratos ex art. 1258 CC ⁴⁴⁹, y de la regulación que de tales obligaciones efectúa la normativa vigente de Seguridad Social, particularmente los arts 15.1 y 104.1-4 TRLGSA se infiere que la ley las liga de manera indisoluble a la existencia del contrato de trabajo además de que su incumplimiento habiendo descuento de cuotas a los trabajadores no sólo se deriva responsabilidad empresarial frente a la Seguridad Social, sino también frente a los propios trabajadores. En consecuencia hay que considerar que el incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y cotización, si bien traen su causa inmediata de normas de Seguridad Social, al no contraerlas el empresario sólo y directamente ante la Seguridad Social, sino también frente al trabajador en virtud de la celebración del contrato de trabajo, puede ser, si reviste la suficiente gravedad, incumplimiento contractual con eficacia resolutoria y, por tanto, causa justa de dimisión provocada ex art. 50.1.c) ET ⁴⁵⁰.

4. Tipología legal de incumplimientos de la obligación salarial con eficacia resolutoria ex art. 50.1.b) ET

Encuadrados en la segunda apertura causal del art. 50.1 ET aparecen en realidad dos tipos diversos de irregularidades relativas al cumplimiento de la obligación salarial que incumbe al empleador, obviando otras posibles que

⁴⁴⁸ Vid. SEMPERE NAVARRO, A.- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, cit. pg. 95.

⁴⁴⁹ El art. 1258 CC establece que “los contratosobligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”.

⁴⁵⁰ En este sentido, vid. la muy significativa SJS n^o 25 Madrid de 10-9-2001 (AS 3449) de la que proceden los párrafos entrecomillados, que estima la pretensión de resolución del contrato por esta causa, viabilizada a través del art. 50.1.c) ET, con una irreprochable fundamentación jurídica.

quedan así al margen del ámbito del instituto resolutorio, al menos en lo que a esta concreta causa resolutoria se refiere. Parece de ello inferirse que el legislador ha querido reservar la resolución a los incumplimientos empresariales que más directa y significativamente neutralizan lo que se ha denominado “función alimenticia” del salario ⁴⁵¹, cuales son “la falta de pago” del salario y “los retrasos continuados” en su abono que, por tanto, serán a continuación objeto de un análisis pormenorizado.

4.1 La falta de pago del salario

Como acertadamente ha puesto de relieve la doctrina, la determinación de cuándo se produce una falta de pago del salario debe efectuarse a partir de la determinación de cuándo se considera que existe cumplimiento de la obligación salarial ⁴⁵². Para ello es forzosa una remisión a las reglas generales del Derecho común en materia de cumplimiento de las obligaciones bilaterales o sinalagmáticas, conforme a las cuales los principios aplicables son los de integridad e identidad, establecidos expresamente en los arts. 1157 y 1166 CC, en cuya virtud la deuda se entenderá pagada cuando se realice íntegramente la prestación debida, no pudiéndose además obligar al acreedor a recibir una prestación diversa a la pactada.

Desde esta perspectiva y a *sensu contrario*, se producirá una falta de pago del salario pactado siempre que no exista una satisfacción íntegra de la deuda salarial, lo que abarcaría no sólo los supuestos de ausencia total de pago sino también aquéllos de impago de una parte del salario pactado, encuadrándose todos ellos en el ámbito material de operatividad de la causa resolutoria ex art. 50.1.b) ET ⁴⁵³.

La postura adoptada por la jurisprudencia del orden social no es, sin embargo unánime al respecto y así, desde una interpretación excesivamente rigorista del

⁴⁵¹ Vid. en este sentido, VIQUEIRA PÉREZ, C., op. cit, pg.46, y en general sobre el carácter alimenticio del salario, LYON CAEN y PELISSIER: Droit du Travail, París, Dalloz, 1990, pg. 598.

⁴⁵² Para este planteamiento, vid. Albiol Montesinos, I.: "Causas y efectos de la extinción por el trabajador" en Comentarios a las leyes laborales, Madrid, 1983, pg. 216.

⁴⁵³ Con carácter general, Diez-Picazo al delimitar los tipos de incumplimiento en relación con el incumplimiento resolutorio base de la resolución del art. 1124 CC, pone de relieve que junto al incumplimiento definitivo también entran otras hipótesis de lesión del derecho de crédito: el incumplimiento parcial, el cumplimiento defectuoso y el retardo en la ejecución de la obligación convenida, Vid. DIEZ-PICAZO, L.: Fundamentos...cit., pp. 712-715.

precepto se ha rechazado, en algunos pronunciamientos, la suficiencia del impago parcial del salario en orden a fundamentar la pretensión resolutoria del trabajador a través del cauce arbitrado por la letra b), aun en supuestos de hecho en que se constataba que el impago alcanzaba a un significativo porcentaje del monto total de la deuda salarial ⁴⁵⁴.

Este posicionamiento jurisprudencial resulta criticable por cuanto se enfrenta a la interpretación más flexible y tuitiva del interés del acreedor que tanto la doctrina como la jurisprudencia civilistas hacen del art. 1124 CC., según la cual se admiten sin dificultad como incumplimientos resolutorios tanto el incumplimiento parcial como el cumplimiento defectuoso si bien con matices que apuntan a que ambos deben revestir entidad tal que comporten la insatisfacción del acreedor, la desatención de sus legítimas expectativas o la frustración el fin del contrato, matices que se consideran necesarios para soslayar un eventual abuso del derecho a la resolución ⁴⁵⁵. En definitiva, con ello se está exigiendo que el incumplimiento parcial o el cumplimiento defectuoso asuman caracteres de gravedad para fundamentar la facultad resolutoria, lo que evidencia que la resolución debe ligarse a incumplimientos en alguna medida cualificados aunque ello no signifique, en opinión de doctrina autorizada, que el instituto resolutorio sea un recurso excepcional y la regla general la conservación del negocio ya que la ratio de la resolución es el amparo del contratante cumplidor frente al incumplimiento ⁴⁵⁶.

En esta misma línea debe interpretarse, en mi opinión, el ap. b) del ar. 50 ET y entenderse que, conforme a los principios de integridad e identidad que rigen en materia de cumplimiento de las obligaciones a los que ya se aludió, la falta de pago del salario con eficacia resolutoria, se da siempre que la deuda salarial no se haya liberado íntegramente y por tanto debe vincularse a los casos en que el impago afecte al total de lo adeudado, así como a aquéllos en los que el

⁴⁵⁴ Cfr. STS 17-2-1987 (RJ 877) en la cual se estima que al no tratarse de impago total del salario debido, la resolución debe reconducirse a la cláusula general del ap. c) ex art. 50 ET.

⁴⁵⁵ Vid. en este sentido, JORDANO BAREA, J.B.: "Cumplimiento tardío y facultad resolutoria tácita", ADC, 1951, pp. 307-308; DÍEZ-PICAZO, L.: " El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos", ADC, 1969, pg. 389 y Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, cit., pp.712-713; LASARTE, C.: Principios de Derecho Civil, t.3º, Madrid, 1995, pp. 161-162; Roca Sastre, R.M.: Instituciones de Derecho Hipotecario, t.II, Barcelona, 1941, pg. 113; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M.A.: La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales, cit., pp.39-52 con exhaustivo acopio de jurisprudencia al respecto.

⁴⁵⁶ En este sentido, DIEZ-PICAZO, L.: Fundamentos..., cit., pg. 704.

empresario no abone una parte del montante total de la deuda salarial al implicar una falta de pago de la parte no satisfecha⁴⁵⁷ y por tanto un incumplimiento parcial de la obligación salarial. Ahora bien, el impago total del salario y con mayor motivo el parcial, para que sean jurídicamente relevantes en el marco de la resolución del contrato de trabajo, por lo demás indemnizada, ha de revestir entidad suficiente o, si se quiere, una gravedad que frustre las legítimas expectativas del trabajador y con ello el programa de prestaciones recíprocas que integra el contrato de trabajo⁴⁵⁸, criterio que se aprecia en algunos pronunciamientos judiciales que reconducen al ap b) del art. 50.1 ET los impagos de una parte de las percepciones salariales que, aun siendo cuantitativamente poco significativos, adquieren gravedad suficiente por su reiteración⁴⁵⁹.

El problema radica entonces en precisar cuáles deben ser los criterios de determinación de la existencia de gravedad del incumplimiento de la obligación salarial y en ese contexto, aun admitiendo como ha advertido el TS en unificación de doctrina que se trata de una cuestión de apreciación judicial eminentemente casuística⁴⁶⁰, de los múltiples pronunciamientos judiciales pueden extraerse tres criterios generales de apreciación conjunta en orden a la estimación de la concurrencia de gravedad: un criterio objetivo, que prescinde de la nota de culpabilidad; un criterio temporal, que atiende al periodo temporal establecido para el abono del salario, al no ser equiparable el impago de retribuciones de vencimiento mensual, trimestral o anual; y un criterio cuantitativo, por el que se valora la cuantía de la deuda -en caso de impago total- o el monto de lo abonado en relación con el total de la deuda salarial -en los supuestos de impago parcial⁴⁶¹.

La jurisprudencia, no obstante lo anterior, sigue acusando la impronta casuística de esta materia adoleciendo de falta de uniformidad e incluso de contradicciones a la hora de apreciar cuando se está ante incumplimientos

⁴⁵⁷ Vid. GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: La terminación del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, Publicaciones Facultad de Derecho, Palma de Mallorca, pg. 106.

⁴⁵⁸ En este mismo sentido, DURÁN LÓPEZ, F.: "Resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador y despido", cit., pg.16; VIQUEIRA PÉREZ, C., op. cit., pg. 47.

⁴⁵⁹ Cfr. STS 22-11-1988 (RJ 8857); STSJ Galicia 18-2-2000 (AS 299).

⁴⁶⁰ Cfr. SSTSud 25-9-1995 (RJ 6892); 13-7-1998 (RJ 5711); 28-9-1998 (RJ 8533).

⁴⁶¹ Sobre estos criterios generales de apreciación de la existencia de gravedad, cfr. Auto TS (ud) 21-11-2000 (R 10303).

resolutorios subsumibles en el ap.b) del art. 50, lo que impide trazar con pretensiones dogmáticas una frontera precisa entre las irregularidades retributivas que activan la facultad resolutoria del trabajador y las que carecen de esa virtualidad ⁴⁶².

Una vez fundamentada la tesis de que el concepto de “falta de pago del salario” utilizado por el precepto en estudio engloba tanto el impago total cuanto el impago parcial de la deuda salarial y que por ello ambas irregularidades retributivas son jurídicamente hábiles a efectos de dimisión provocada ex art. 50.1.b) ET, debe hacerse mención, así mismo, a otro dato que coadyuba a la integración de dicho concepto en orden a su virtualidad como incumplimiento resolutorio. En efecto, cuando el art. 50 ET se refiere a la “falta de pago del salario”, parece apuntar a un incumplimiento definitivo de la obligación salarial, es decir a un impago persistente o duradero en el tiempo ⁴⁶³ que al trabajador se le presenta como definitivo, lo que trae a colación el debate doctrinal en torno a si la expresión “continuados” que utiliza el precepto, se refiere tanto a la falta de pago del salario cuanto a los retrasos en su abono.

Para alguna doctrina el calificativo de “continuados” se vincula legalmente a los retrasos en el pago y podría hacerse extensible, todo lo más, a los impagos parciales y ello, por que el legislador ha querido diferenciar entre irregularidades de diversa entidad como son, por un lado, la falta total de pago del salario que por su gravedad intrínseca no requiere del plus de continuidad o reiteración a efectos de configurar la causa resolutoria y, por otro lado, los retrasos (y, en su caso, los impagos parciales) que constituyen un cumplimiento aunque sea defectuoso y al comportar, en sí mismos, una lesión más leve del derecho a la percepción puntual del salario, se les exige un plus

⁴⁶² Lo difuso de tal frontera se evidencia con pronunciamientos en los que se rechaza la resolución por impago de tres mensualidades ordinarias y una extraordinaria (STSud 25-9-1995 (RJ 6892) o de tres mensualidades ordinarias y dos pagas extras (STSJ Castilla-León 9-11-1998 (AS 7151), mientras que en otros se estima el incumplimiento resolutorio por el impago de cuatro mensualidades ordinarias y una extraordinaria (STSud 29-12-1994 (RJ 10522). Vid. también al respecto, SEMPERE NAVARRO, A. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, cit., pg. 82; VIQUEIRA PÉREZ, C., op. cit., pg. 49 y los pronunciamientos judiciales estimatorios y desestimatorios de la resolución que en dichas obras se sistematizan.

⁴⁶³ Téngase en cuenta al respecto que el plazo legal de prescripción de la acción de reclamación de la deuda salarial, así como de la acción resolutoria es de un año computado desde la fecha de vencimiento de la deuda (art. 59.1 ET).

de gravedad que vendría dado, entre otras circunstancias, por su continuidad temporal ⁴⁶⁴.

Siendo esta argumentación técnicamente irreprochable, no casa bien con el carácter extraordinario que en parte el ordenamiento laboral (y también el civil) otorgan al instituto resolutorio, dados sus drásticos efectos tanto extintivos del contrato cuanto indemnizatorios, carácter del que deriva la exigencia de una relevante entidad del incumplimiento empresarial para la operatividad de la dimisión provocada que estaría ausente en los supuestos de impago del salario que, aun total, sea esporádico u ocasional. Por esta razón, la posición mayoritaria sostenida por la doctrina y la jurisprudencia, que esencialmente compartimos, es que la continuidad es también requisito necesario para la configuración de la falta de pago como incumplimiento resolutorio ⁴⁶⁵.

La persistencia y continuidad temporal del impago determinan, por otra parte, que el incumplimiento se le presente al trabajador como definitivo de modo que si, con ese presupuesto, éste insta la resolución contractual, el pago posterior que pudiera realizar el empresario ni subsana el incumplimiento, ni quiebra el carácter definitivo que *ab origine* tuvo, ni, por supuesto, preclude la resolución ⁴⁶⁶. Sin embargo, el pago extemporáneo, pero previo a la acción resolutoria, podría constituir un retraso en el abono del salario o lo que algún autor ha calificado de cumplimiento defectuoso ⁴⁶⁷, que igualmente podría tener virtualidad a efectos resolutorios si es cualificado por su gravedad, o por el

⁴⁶⁴ Vid. VIQUEIRA PÉREZ, C., op. cit., pp. 47,49 y 51.

⁴⁶⁵ Vid. en este sentido, PENDAS DÍAZ, B.: La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, ACARL, Madrid, 1.992, pg.120; SAMPEDRO CORRAL, M.: "La extinción causal del contrato de trabajo a instancia del trabajador, DL, nº 45, 1995, pg. 49; SEMPERE NAVARRO-SAN MARTÍN MAZZUCCONI, op. cit., pp. 79 y 84. Por lo que a la doctrina legal se refiere, cfr. SSTSud 24-3-1992 (RJ 1870); 29-12-1994 (RJ 10522); 25-9-1995 (RJ 6892); 13-7-1998 (RJ 5711); 25-1-1999 (RJ 898)

⁴⁶⁶ Vid. en este sentido, NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: "Extinción del contrato por voluntad del trabajador", cit. pg. 1073.

⁴⁶⁷ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: "La extinción del contrato por voluntad del trabajador" en AA.VV: La extinción del contrato de trabajo. El despido, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, pg. 172.

contrario carecer de ella si se trata de un simple retraso ⁴⁶⁸ que tan sólo llevaría anudado el mero recargo por mora establecido en el art. 29.3 ET ⁴⁶⁹.

4.2 Los retrasos continuados en el abono del salario

El otro incumplimiento al que, alternativa o acumulativamente a la falta de pago del salario, se anuda la facultad resolutoria del trabajador por la vía del ap. b) del art. 50.1 ET, son, según el tenor literal del precepto, los “retrasos continuados” en el abono del salario, conducta empresarial que comporta una infracción del requisito de puntualidad que integra el derecho básico reconocido al trabajador, en el marco de la relación laboral, en el art. 4.2.f) ET y que se reitera en el art. 29.1 del mismo cuerpo legal.

Cabe destacar, preliminarmente, que se trata de un supuesto particular de incumplimiento resolutorio toda vez que existe pago del salario y por tanto liberación de la deuda contraída por el empleador, si bien éste se hace efectivo tardía o extemporáneamente con infracción de las reglas de ordenación jurídica del tiempo de pago del salario establecidas en el art. 29.1 ET pero, aun así, como se verá seguidamente, puede ser jurídicamente relevante a los efectos resolutorios ex art. 50.1.b) ET, en paralelismo con lo que sucede a tenor del art. 1124 CC ⁴⁷⁰.

Conforme a lo anterior y para la delimitación del concepto de “retrasos continuados” se hace precisa, en primer lugar, una remisión a las reglas de periodificación en el pago del salario ex art. 29.1 ET, dado que su vulneración es precisamente lo que determina la existencia del retraso y, en segundo término, determinar el alcance de la expresión “continuados” con la que se completa la tipificación legal del incumplimiento resolutorio que nos ocupa.

⁴⁶⁸ Esta misma distinción entre retraso cualificado o simple también opera en el ámbito de la resolución civil ex art. 1124 CC; vid. al respecto, JORDANO FRAGA, F.: La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria (Estudio jurisprudencial del art. 1504 del Código Civil), Madrid, 1992, pg.97; DE LA HAZA DÍAZ, P.: El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Madrid, 1996, pp. 24 y ss.

⁴⁶⁹ Para los diferentes efectos jurídicos del retraso cualificado y el simple, anudando la resolución a instancia del trabajador sólo al cualificado, vid. ALBIOL MONTESINOS, I.: "Causas y efectos de la extinción por voluntad del trabajador", cit., pp. 218 y ss. Cfr. así mismo S. Juzgado de lo Social n^o1 Castellón, de 8-9-1999 (AS 2601).

⁴⁷⁰ Conforme al art. 1124 CC también se reconoce la eficacia resolutoria del retraso en la ejecución de la obligación convenida; Vid. al respecto, DIEZ-PICAZO, L.: Fundamentos..., pp.714-715 y “El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos”, cit., pg.395; PUIG BRUTAU, J.: Fundamentos de Derecho Civil, t.I, vol. 2^o, cit., pg.128; FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J.: El incumplimiento resolutorio en los contratos bilaterales, Aranzadi Civil, abril 1997, pp.9 y ss.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, es sabido que la legislación laboral somete el cumplimiento de la obligación salarial a unos requisitos de tiempo, lugar y forma (art. 29 ET), que obedecen a una finalidad tuitiva concretada en garantizar al trabajador la efectiva percepción y conservación del salario ⁴⁷¹, pero, por lo que ahora interesa al objeto del presente estudio, tan sólo se hará referencia a la ordenación jurídica del tiempo del pago de la retribución.

Del análisis del régimen jurídico-laboral sobre la materia, cabe inferir las siguientes y principales conclusiones: 1ª) la aplicación por el legislador del “principio de postremuneración”, en virtud del cual se opera una división del pago en unidades temporales referidas siempre a periodos de prestación de trabajo anteriores a la efectividad de la prestación salarial; 2ª) que dichas unidades temporales serán acordadas colectiva o individualmente por las partes contratantes, aunque con sometimiento a un plazo máximo legal de periodificación que, para las retribuciones periódicas y regulares, se establece en un mes ⁴⁷²; y 3ª) la fecha de pago se determinará mediante pacto colectivo o individual y, en su defecto, será la que resulte de la costumbre local y profesional.

Si todas estas reglas especifican el derecho reconocido al trabajador a la percepción “puntual” del salario de modo que el pago impuntual o tardío constituye un retraso, llegados a esta convención, la cuestión radica en determinar cuándo el retraso en el abono del salario es jurídicamente susceptible de ser causa de resolución del contrato a instancia del trabajador, lo que obliga a traer de nuevo aquí a colación la distinción entre lo que puede denominarse retraso simple y retraso cualificado.

Prima facie el retraso “simple” en el abono del salario o cumplimiento tardío de la obligación salarial, coloca al empresario en situación de mora *solvendi* que lleva anudada una responsabilidad de perfiles sancionadores y resarcitorios, concretada en la obligación de pago de un interés moratorio equivalente al 10% de lo adeudado (art. 29.3 ET), sin que dicho precepto

⁴⁷¹ GALLEGO MORALES, A. Y OLARTE ENCABO, S.: “Liquidación y pago del salario” en Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores, T.I, vol. 2º, Edersa, Madrid, 1994, pg. 263.

⁴⁷² Gallego Morales, A. y Olarte Encabo, S., op. cit., pg. 267.

estatutario contemple ningún otro efecto jurídico del retraso que incida en el vínculo contractual.

De ello se deduce que el retraso con eficacia resolutoria del contrato de trabajo ex art. 50.1.b) ET debe ser en cierta medida cualificado, esto es, debe ir acompañado -como sucede con la falta de pago- de ciertas circunstancias concurrentes determinantes de gravedad para justificar la ruptura del vínculo sin perjuicio de la responsabilidad empresarial por mora anteriormente referida ⁴⁷³, lo que pone de manifiesto, en mi opinión, que la obligación salarial no puede entenderse sometida a término esencial en interés del trabajador-acreedor, por cuanto de ser así cualquier retraso en el pago, por irrelevante que fuere, constituiría causa de resolución contractual ⁴⁷⁴. Se trataría más bien de un término que, aunque no esencial *strictu sensu*, responde a especiales intereses del trabajador, de modo que el retraso en determinadas circunstancias genera una situación de espera intolerable que además le hace perder su interés a la contraprestación.

Conviniendo, pues, que el retraso en el abono del salario para que pueda ser considerado incumplimiento resolutorio debe ser en alguna medida cualificado, es decir revestir caracteres de gravedad, se abre entonces la cuestión de determinar cuándo concurre esta nota de gravedad. Al respecto, aunque existe unanimidad en la doctrina en orden a que esa apreciación queda al arbitrio judicial, lo que necesariamente imprime altas dosis de casuismo en la materia tal y como reconoce el TS en unificación de doctrina ⁴⁷⁵, sí cabe resaltar como criterios generales de apreciación conjunta por la jurisprudencia, la cuantía del salario del trabajador ⁴⁷⁶, la prolongación temporal del retraso, esto es su distanciamiento de la fecha de vencimiento de la deuda salarial, y su reiteración.

⁴⁷³ La necesidad de que el pago extemporáneo o tardío sea relevante o grave y no un simple retraso para justificar la resolución ex art. 1124 CC también es puesta de relieve por la doctrina y la jurisprudencia civilistas. Vid. por la doctrina, JORDANO FRAGA, F.: *La resolución por incumplimiento...*, cit., pg. 97; JORDANO BAREA, J.B.: *“Cumplimiento tardío y facultad resolutoria tácita”*, cit., pg. 308; ALVAREZ VIGARAY, R.: *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Granada, 1986, pg. 129. En lo que se refiere a la jurisprudencia, cfr., entre otras, SSTS (Civil) 22-3-1985 (RJ 1196); 27-11-1992 (AC 348/93); 16-11-1996 (AC 218/97); 5-5-1997 (AC 833/97).

⁴⁷⁴ En sentido contrario predicando la esencialidad del término en el cumplimiento de la obligación salarial, vid. GALLEGO MORALES-OLARTE ENCABO, op. cit., pp. 265 y 284.

⁴⁷⁵ SSTSud 25-9-1995 (RJ 6892); 13-7-1998 (RJ 5711); 28-9-1998 (RJ 8533).

⁴⁷⁶ En el sentido de que en caso de montantes bajos el retraso frustra con mayor intensidad la función alimenticia del salario, cfr. STSJ Castilla-León 11-10-1993 (AS 4489).

Es precisamente éste último parámetro de la gravedad del retraso -la reiteración- el único establecido expresamente por el legislador laboral al formular la causa resolutoria en estudio. Repárese en que el art. 50.1.b) ET se refiere literalmente a “retrasos” y “continuados”, expresiones que, sin duda, conectan con la nota de reiteración o habitualidad, lo que por tanto descarta del ámbito de la resolución los retrasos esporádicos, ocasionales o aislados ⁴⁷⁷. Sentada la exigencia de reiteración, alguna doctrina se ha planteado la posibilidad de dos interpretaciones diversas acerca de la continuidad temporal de los retrasos exigida legalmente: una restrictiva, según la cual los retrasos deben ser reiterados y consecutivos, en contraste con otra extensiva que abarcaría también a los retrasos reiterados aunque intermitentes y ante tal disyuntiva, la doctrina y jurisprudencia mayoritarias se decantan por la última postura que dejaría extramuros del ámbito del instituto resolutorio únicamente los retrasos esporádicos ⁴⁷⁸.

Como puede apreciarse, la jurisprudencia laboral al tiempo de valorar la concurrencia de gravedad en la mora solvendi del empleador en orden a justificar o no la resolución, se guía por criterios exclusivamente externos y objetivos a diferencia de lo que ocurre en el ámbito civil en el que también se atiende, en mi opinión con acierto, junto a los criterios objetivos a otros de corte subjetivo cual, señaladamente, la pérdida del interés del acreedor de recibir la prestación que, por tardía, deja de serle útil, lo que cobra todo su sentido en el marco de relaciones sinalagmáticas en las que el término del cumplimiento de la obligación, aunque no sea esencial en sentido propio, responde a especiales intereses del acreedor ⁴⁷⁹, como, en mi opinión, sucede con el término del cumplimiento de la prestación salarial en el contrato de trabajo ⁴⁸⁰.

⁴⁷⁷ Cfr. entre otras, STS 28-9-1998 (RJ 8553).

⁴⁷⁸ Vid. en este sentido, ALBIOL MONTESINOS, I.: “La extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador”, RT, nº93, 1989, pg. 34; DURÁN LÓPEZ, F.: “Resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador y despido”, cit., pg.13; VIQUEIRA PÉREZ, C., op. cit., pp. 51-52.; SEMPERE NAVARRO- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, op. cit., pg.79. Por la jurisprudencia, cfr. SSTSud 25-9-1995 (RJ 6892); 28-9-1998 (RJ 8533); 25-1-1999 (RJ 898).

⁴⁷⁹ En este sentido, vid. JORDANO BAREA, J.B., op. cit., pg. 306-308; DIEZ-PICAZO, L.: Fundamentos..., cit., pg. 715. Cfr. también, entre otras, SSTS (Civil) 22-3-1985 (RJ 1196); 18-11-1983; 31-5-1985 y 24-1-1986, éstas últimas citadas por DIEZ-PICAZO, op. cit..

⁴⁸⁰ De este modo, aunque el término del cumplimiento de la prestación salarial no es esencial en sentido propio, su fijación responde a especiales intereses del trabajador por lo que el retraso, aun siendo todavía posible el cumplimiento de la prestación salarial, la hace inidonea para atender a la finalidad buscada por el trabajador-acreedor.

En otro orden de cosas, pero todavía en relación con los requisitos de los retrasos relevantes a efectos de resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, cabe efectuar un comentario acerca de si además de la gravedad, es precisa la previa constitución en mora del empresario-deudor.

Esta cuestión ha sido objeto de controversia en la doctrina iuscivilista ya que, en el ámbito del Derecho civil, la constitución en mora del deudor no se considera objetiva ni automática, como parece desprenderse de la literalidad del art. 1.100 último prf. *in fine* del CC, sino que a la necesidad de cumplimiento previo de la contraparte se ha de adicionar la necesaria culpabilidad del retraso y el requerimiento judicial o extrajudicial de pago al deudor, incluso cuando se trate de obligaciones bilaterales ⁴⁸¹. Con esa premisa, mientras algunos autores mantienen que la previa intimación al deudor es preceptiva para instar la resolución ex art. 1124 CC, ya que sólo cuándo efectuada la reclamación del pago y rehusando el deudor el cumplimiento el acreedor tendrá la convicción de que el cumplimiento no va a producirse ⁴⁸², otra doctrina igualmente autorizada estima que la constitución en mora no constituye, *per se*, requisito para el ejercicio de la acción resolutoria por lo que, en definitiva, los requisitos de la mora no deben entrecruzarse con los de la resolución ⁴⁸³.

Este debate, sin embargo se torna baldío en el ámbito laboral toda vez que, desde una perspectiva técnico-jurídica, en la mora en el pago del salario confluye una doble peculiaridad: la constitución en mora del empleador es objetiva - por lo que no se exige la imputabilidad al empresario-deudor del retraso- y es automática - lo que hace innecesario el requerimiento judicial o extrajudicial de pago al empleador- al ser operativas cualquiera de las excepciones que a tal efecto se establecen en el art. 1100 CC ⁴⁸⁴. Es decir, el empleador quedará constituido en mora *solvendi* desde el momento en que no cumpla con la obligación salarial en la fecha de pago, independientemente de

⁴⁸¹ Vid. ALBALADEJO GARCÍA, M.: “Comentario al artículo 1100 del Código Civil”, en Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales (dir. Albadalejo García), tomo XV, vol. 1^o, Madrid, 1989, pp. 353 y ss. y Derecho Civil II, Derecho de obligaciones, vol.1^o, 9^a edic., Barcelona, 1994, pp. 181-182.

⁴⁸² En este sentido, CRISTOBAL MONTES, : “La mora del deudor en la resolución contractual”, RDP, 1985, pp. 125-126.

⁴⁸³ En esta línea se pronuncia DÍEZ-PICAZO, L.: Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, tomo II, 4^a edic., Madrid, 1993, pg. 714.

⁴⁸⁴ Vid. en este sentido, GALLEGO MORALES, A. y OLARTE ENCABO, S., op. cit., pg. 281. Para un estudio detallado de la mora solvendi del empresario, vid. MONTOYA MELGAR, A.: “La mora en el pago del salario”, RPS, n^o 64, pp. 93 y ss.

la concurrencia de culpa y de la intimación por parte del trabajador-acreedor, con lo que, en cualquier caso y siempre que concurra la nota de gravedad apuntada anteriormente, los retrasos continuados en el abono del salario podrán ser causa de dimisión provocada por la vía del art. 50.1.b) ET.

II. REQUISITOS DEL INCUMPLIMIENTO RESOLUTORIO

El incumplimiento empresarial tipificado en la letra b) del precepto estatutario y configurado como causa justa de dimisión provocada debe cumplir determinados requisitos, algunos de los cuales vienen dados expresamente por la norma en tanto que otros son fruto de la jurisprudencia interpretativa de la misma.

1. Exigibilidad de la deuda salarial. Especial referencia a supuestos de deuda salarial controvertida y acuerdos dilatorios de pago del salario.

En primer lugar, la exigibilidad de la deuda salarial. En efecto, uno de los requisitos del incumplimiento objeto de análisis fruto de la doctrina legal interpretativa del art. 50.1.b) ET es el de exigibilidad de la deuda salarial -ya que de otro modo no puede hablarse de incumplimiento de la obligación salarial-⁴⁸⁵, para lo cual la deuda ha de estar vencida y su cuantía determinada o al menos ser determinable. La indispensable exigibilidad de la deuda salarial como condición de la dimisión provocada, suscita varios problemas que conviene traer a colación al ser aun objeto de debate en la doctrina científica y que se refieren a: a) la existencia de discrepancia entre las partes de la relación laboral acerca del quantum adeudado o, incluso, de la propia existencia de la deuda; b) las consecuencias del pago extemporáneo por parte del empresario y c) la concurrencia de un acuerdo sobre aplazamiento del pago de la deuda.

En lo concerniente a la primera cuestión, doctrina legal pacífica rechaza la resolución instada por el trabajador si en la pretensión subyace una deuda controvertida⁴⁸⁶. El fundamento de este criterio es que si el derecho salarial no esta completamente definido no existe incumplimiento, de modo que en tal

⁴⁸⁵ Con carácter general, se considera que la exigibilidad de la prestación debida es condición indispensable del incumplimiento resolutorio, vid. DIEZ-PICAZO, L.: Fundamentos... , pg. 707).

⁴⁸⁶ Vid., entre otras, SSTS 14-10-1986 (RJ 5468); 6-5-87 (RJ 3252); 6-5-1991 (RJ 4169); STSJ C.Valenciana 4-2-1999 (AS 550); STSJ Canarias 25-2-1999 (AS 722).

estadio lo procedente es el ejercicio por el trabajador de la acción declarativa de reconocimiento de la deuda y/o la determinación de su cuantía y tras ello, si ha lugar, instar la acción resolutoria. Con los mismos argumentos, también se niega la existencia de la facultad resolutoria cuando el trabajador se haya negado a aceptar el pago por su disconformidad con la cuantía ofrecida por el empresario, al entenderse que ello supone una negativa al cobro y no una falta de pago ⁴⁸⁷, por lo que en tales casos lo procedente es aceptar el cobro y la reclamación de cantidad de las diferencias salariales.

No obstante la convención jurisprudencial sobre los efectos enervantes de la resolución producidos por la controversia en torno a la deuda salarial, la doctrina ha señalado, con agudeza, ⁴⁸⁸ que esta regla general debe matizarse con el objeto de evitar que el empleador pueda valerse de ella estratégica y fraudulentamente para eludir la resolución, a base de negar sistemáticamente la realidad de la deuda o su monto. Por esta razón, es argumento acogible que la eventual controversia debe ser sometida por los Tribunales a lo que podría denominarse un “juicio de razonabilidad”, de modo que sólo cuando la deuda esté absolutamente indeterminada o no sea determinable conforme a los parámetros establecidos en el contrato de trabajo ⁴⁸⁹, la discrepancia tendrá visos de verosimilitud y virtualidad para enervar la acción resolutoria del trabajador ⁴⁹⁰.

Igual intención dilatoria de la resolución puede subyacer cuando el empresario, tras incurrir en el incumplimiento de la prestación salarial y una vez que el trabajador haya formulado la demanda de resolución, proceda al pago de la deuda contraída. Para estos supuestos, doctrina y jurisprudencia coinciden al entender que producido el incumplimiento al que el art. 50.1.b) ET vincula la facultad resolutoria y ejercitada ésta, el pago tardío no subsana el incumplimiento y por tanto no preclude la acción del trabajador ⁴⁹¹. Incluso, la

⁴⁸⁷ SSTS 6-3-1987 (RJ 1348); 17-12-1987 (8969)

⁴⁸⁸ Vid. VIQUIERA PÉREZ, C., op. cit., pp.61-62.

⁴⁸⁹ Lo que puede suceder cuando se trate de condición más beneficiosa en casos en que deba acreditarse la voluntad empresarial de conceder y consolidar el beneficio retributivo, o cuando la existencia de la deuda dependa de la calificación de laboralidad de la relación de trabajo.

⁴⁹⁰ En este sentido, vid. SSTS 13-3-1984 (RJ 1558); 17-2-1987 (RJ 877).

⁴⁹¹ Vid. por la doctrina, RODRIGUEZ PIÑERO, M.- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo, cit., pg. 87; PENDÁS DÍAZ, B.: La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, cit., pg. 75; De MIGUEL LORENZO, A., op. cit., pg. 92; NOGUEIRA GUASTAVINO, M., op. cit., pp. 1077-1078. Por la jurisprudencia, SSTS 27-7-1988 (RJ

aceptación por el trabajador del pago extemporáneo, esto es, una vez instada la resolución, tampoco afecta a la viabilidad de la acción resolutoria ya que con ello no queda desvirtuado el incumplimiento, tratándose tan sólo del cobro tardío de la contraprestación devengada y no satisfecha por el trabajo ya realizado.

Por lo demás y en la misma línea argumental, es oportuno subrayar como particularidad del régimen jurídico de este supuesto, que en el marco de los incumplimientos de la obligación salarial la acción resolutoria es compatible con la acción de exigencia del cumplimiento de la deuda, en contraste con lo que sucede en presencia de las restantes causas resolutorias del art. 50.1 ET y con carácter general conforme al art. 1124 CC, en las que la pretensión de exigencia de cumplimiento es alternativa e incompatible con la resolución contractual. Dicho lisa y llanamente, el trabajador en estos casos puede resolver el contrato y simultáneamente reclamar el pago o las cantidades correspondientes a la diferencia entre lo adeudado y lo efectivamente cobrado en supuestos de incumplimiento parcial de la prestación salarial, puesto que el crédito constituido por los salarios devengados y no satisfechos es exigible en tanto no prescriba la acción correspondiente que, como es sabido, está sometida a un plazo de prescripción de un año computable desde el momento del impago conforme al art 59.2 ET ⁴⁹². Esta tesis es acogida por la doctrina legal, si bien con divergencias acerca de si el momento oportuno para el ejercicio de la acción de reclamación de la deuda debe ser anterior, posterior o simultáneo al de la demanda de resolución ⁴⁹³, pero si el trabajador se decantase por esta última opción, es conveniente tener presente que pese a la coincidencia temporal de ambas acciones no cabría su acumulación en virtud de la prohibición expresa establecida en el art. 27 de la LPL, según la cual no se permite que las acciones de extinción del contrato de trabajo conforme al art.

6260); 25-9-1989 (RJ 6487); SSTSud 22-5-1995 (RJ 3995 y 25-1-1999 (RJ 898). En contra de este criterio, STSJ C.Valenciana 4-2-1999 (AS 550) que considera motivo de pérdida de la acción resolutoria el pago de la deuda inmediatamente sucesivo a la interposición de la demanda por el trabajador.

⁴⁹² DESDENTADO BONETE, A.: “La resolución del contrato de trabajo por incumplimiento del empresario en la unificación de doctrina. Un apunte crítico”, cit., pg. 19; DURÁN LÓPEZ, F.: “Resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador y despido”, cit., pg. 370; DE MIGUEL LORENZO, A., op. cit., pp. 87 y ss; SEMPERE NAVARRO, A.- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., op. cit., pp. 75-76

⁴⁹³ Previamente al ejercicio de la acción resolutoria, STS 23-7-1987 (RJ 5722); con posterioridad a la sentencia firme estimatoria de la resolución, STCT 4-4-1988 (RJ 2691); simultáneamente al ejercicio de la acción resolutoria, SSTS 3-11-1988 (RJ 8514); 6-5-1991 (RJ 4169).

50 ET, esto es la acción resolutoria, pueda acumularse a cualesquiera otras entre las que debe considerarse incluida la de reclamación de la deuda que motiva la pretensión resolutoria.

Tratamiento especial, por último, debe dispensarse a las interacciones que puedan darse entre un eventual pacto de aplazamiento del pago de salarios y dimisión provocada y, en particular, determinar si la existencia de un acuerdo con dicho objeto produce efectos neutralizadores de la facultad resolutoria del trabajador. Al respecto, cabe plantear dos hipótesis: que se trate de un acuerdo individual entre las partes de la relación laboral o, por el contrario, un pacto colectivo suscrito entre el empresario y los representantes de los trabajadores.

Caso de existir un acuerdo individual entre empresario y trabajador en orden a diferir el momento de pago del salario o a condicionarlo al cumplimiento de determinadas circunstancias como la superación de una situación de pérdidas empresariales o la obtención de beneficios, no cabe duda de su validez conforme al art. 1255 CC ⁴⁹⁴, como también es indiscutible que, a tenor del art. 1125 CC, tal acuerdo interpartes retrasa el vencimiento de la deuda salarial hasta el momento en que se cumpla el término pactado para el pago o se cumpla la condición suspensiva del cumplimiento de la obligación salarial. De este modo, la infracción de las reglas jurídico-laborales que ordenan el momento de pago del salario no será constitutiva de un incumplimiento empresarial resolutorio al no cumplirse uno de sus requisitos sustantivos: que esté vencida y sea exigible la deuda salarial.

Mayores problemas suscita, sin embargo, la incidencia en la resolución de un acuerdo colectivo de aplazamiento del pago, tal y como evidencia la división doctrinal entre los que consideran que dicho acuerdo enerva la resolución al igual que el de carácter individual ⁴⁹⁵ y los que niegan la virtualidad enervante de la resolución desplegada por los acuerdos colectivos, en base a diversos argumentos: la inexistencia de facultad legal de los representantes de los trabajadores en orden a la fijación de las condiciones de pago de los salarios; el riesgo de renuncia de derechos que engendra el acuerdo cuando en él no se

⁴⁹⁴ Según este precepto, “los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”.

⁴⁹⁵ DE MIGUEL LORENZO, A., op. cit., pp. 92-93. En la jurisprudencia también equiparan los efectos dilatorios de ambos tipos de acuerdo las SST 13-2-1984 (RJ 869); 16-6-1987 (RJ 4377) y 28-9-1998 (RJ 8553)

determine la fecha de pago de los atrasos y, por último, se arguye que la disponibilidad colectiva de derechos individuales -como es el derecho del trabajador al pago puntual del salario- sólo es posible previa expresa autorización legal⁴⁹⁶.

No parece conveniente, sin embargo, tratar de resolver el problema planteado con pretensiones de generalidad sin descender al análisis de los concretos acuerdos colectivos que, conforme a nuestro ordenamiento laboral, pueden cumplir el objetivo de aplazar el pago de salarios.

Se trataría, en todo caso, de acuerdos de empresa fruto de la negociación colectiva y por tanto con amparo constitucional en el art. 37.1 CE. De entre la diversas manifestaciones de estos acuerdos establecidas en la legislación laboral, los que *prima facie* encajan en el supuesto que nos ocupa son los denominados acuerdos de empresa de “descuelgue salarial” ex art. 82.3 ET y los acuerdos de empresa de modificación del “sistema de remuneración” establecido en convenio colectivo *erga omnes*, previstos en el art. 41.2 ET.

En ambos casos se trata de mecanismos que entrañan un límite legal a la fuerza vinculante de los convenios colectivos estatutarios, pero entre ellos se aprecian diferencias de entre las que ahora interesa resaltar la relativa a su ámbito de aplicación material.

En lo que se refiere a los acuerdos de empresa de “descuelgue salarial”, tienen por objeto la inaplicación del “régimen salarial” establecido en un convenio colectivo supraempresarial, cuando la aplicación del mismo a una concreta empresa pueda comportar un daño a su estabilidad económica. Este acuerdo de empresa constituye un mecanismo legal de descuelgue de carácter subsidiario, puesto que es operativo sólo en defecto del sistema convencional, esto es, cuando el convenio aplicable no incluya cláusulas específicas en las que se establezcan las condiciones y procedimientos del descuelgue. Por su parte, el mecanismo previsto en el art. 41.2 ET, en el marco del régimen jurídico de la modificación sustancial de condiciones de trabajo, refiere a un acuerdo de empresa modificativo igualmente de un convenio colectivo

⁴⁹⁶ En este sentido, VIQUIERA PÉREZ, C., op. cit., pp. 65-74.

estatutario, pero a diferencia del anterior, la modificación va referida al “sistema de remuneración” previsto en el convenio aplicable.

En efecto, la doctrina ha reparado en el diverso ámbito material de estos acuerdos, subrayando que el acuerdo de descuelgue del art. 82.3 ET versa sobre la inaplicación del “régimen salarial” convencionalmente establecido, expresión que se considera conceptualmente amplia al englobar tanto los aspectos cuantitativos como cualitativos que inciden en la conformación del salario, mientras que el acuerdo del art. 41.2 ET tiene por objeto la modificación sustancial del “sistema de remuneración” fijado en el convenio colectivo, noción ésta más restringida que se ciñe a los aspectos cualitativos y, particularmente, a la estructura y a las modalidades de salario ⁴⁹⁷. Este argumento apoya la tesis de que si lo que pretenden los sujetos colectivos es pactar un aplazamiento del pago de los salarios en atención a la situación económica por la que atraviese la empresa, el mecanismo más idóneo es el acuerdo de descuelgue salarial ex art. 82.3 ET, ya que en este caso se desbordarían, en mi opinión, los límites objetivos del art. 41.2 ET.

En dicho acuerdo de descuelgue, empresario y representantes de los trabajadores convendrán la inaplicación del régimen salarial establecido en el convenio colectivo aplicable a la empresa y deberán fijar además las nuevas condiciones que regirán en la misma en materia retributiva ⁴⁹⁸ y es en este estadio cuando pueden pactar medidas de aplazamiento y/o condicionamiento del pago junto al nuevo término del cumplimiento de la obligación salarial.

La duda que, no obstante, se suscita en este escenario se refiere a si el contenido del acuerdo colectivo suscrito en los términos apuntados, vincula o no a todos los trabajadores de la empresa o centro de trabajo que definen la unidad de negociación del mismo ⁴⁹⁹, lo que necesariamente remite a la

⁴⁹⁷ Sobre las diferencias entre ambos tipos de acuerdos, vid. in extenso, SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: El régimen jurídico de la modificación sustancial de condiciones de trabajo, cit., pp.189-191.

⁴⁹⁸ Alguna doctrina ha advertido de que del tenor del art. 82.3 ET se desprende que el mecanismo legal de descuelgue comprende en realidad dos acuerdos diversos, complementarios y sucesivos: uno en el que se decide la inaplicación y un segundo en el que se fijan las nuevas condiciones retributivas, vid. en este sentido, SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., op. cit., pg. 191. Otros autores, sin embargo, interpretan que se trata de un solo acuerdo sin perjuicio de que internamente se estructure en dos fases de negociación; vid. al respecto, Pérez de los COBOS ORIHUEL, F.: “Mecanismos legales de descuelgue salarial”, AL, n^o 10, 1997.

⁴⁹⁹ La posibilidad de que el acuerdo de descuelgue salarial tenga un ámbito de aplicación inferior a la empresa, afectando únicamente a uno o varios centros de trabajo de la misma es admitido por la

controvertida cuestión de la naturaleza y eficacia jurídicas del citado acuerdo de empresa. Al respecto, un sector minoritario de la doctrina científica se pronuncia por la naturaleza contractual de todos las manifestaciones legales de acuerdos de empresa⁵⁰⁰, en contraste con la doctrina mayoritaria que se decanta por reconocerles naturaleza normativa y por tanto eficacia *erga omnes*⁵⁰¹, en tanto que algún autor sostiene una postura ecléctica en la que se les niega naturaleza normativa por su desvinculación de los requisitos del Título III ET, si bien se les reconoce eficacia personal general en virtud de la legitimación que ostentan los sujetos que los suscriben⁵⁰².

De entre las diversas posturas doctrinales descritas, merece mayor acogida la mayoritaria por entender que aunque la naturaleza normativa de un producto de la negociación colectiva se anude legalmente al cumplimiento de los requisitos del citado Título III ET, del que, desde una perspectiva sistemática, quedan desligados los acuerdos de empresa en general y los acuerdos de empresa de descuelgue salarial en particular, si el objeto de estos acuerdos es la modificación de un convenio normativo, debe predicarse de ellos ese mismo carácter y eficacia jurídica.

Conforme a esta interpretación debe convenirse que en el supuesto en que se alcance un acuerdo colectivo de este tipo en el que las partes acuerden posponer el pago de salarios a los trabajadores comprendidos en su ámbito de aplicación, dicho acuerdo produce, entre otros efectos, el aplazamiento del vencimiento de la deuda salarial contraída por el empresario frente a cada uno de dichos trabajadores de lo que derivaría, por tanto, la inexistencia de

doctrina. Vid. AGUT GARCÍA, C.: “Breves consideraciones en torno a la cláusula de inaplicación del régimen salarial pactado en convenio colectivo supraempresarial”, *Tribuna Social*, nº 83, 1997, pg.12.

⁵⁰⁰ Vid., MONTOYA MELGAR, A.: “Convenios, acuerdos colectivos y contratos individuales tras la reforma laboral”, *DL*, nº 49, 1996, pg. 27; OJEDA AVILÉS, A.: “Delimitación de los acuerdos y pactos colectivos”, *AL*, nº 17, 1995, pp. 263 y ss..

⁵⁰¹ En esta línea, vid. entre otros autores, VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*, CES, Madrid, 1996, pp. 27 y ss.; CASAS BAHAMONDE, M.E.: “¿Hacia la disponibilidad de la eficacia de los convenios colectivos?”, *RL*, nº 4, 1997, pg.2; ESCUDERO RODRIGUEZ, R.: “Ley, convenio colectivos y acuerdos de empresa”, en *VV.AA. La reforma del mercado laboral (VALDÉS DAL RÉ, dir.)*, Lex Nova, Valladolid, 1994, pg. 55; RIVERO LAMAS, J.: “Las relaciones entre la ley, el convenio colectivo y las manifestaciones de la negociación informal”, *RMTAS*, nº3, 1997, pg. 115. En el mismo sentido, en referencia específica a los acuerdos de descuelgue salarial, vid. ALFONSO MELLADO, C., PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: “ Los acuerdos de empresa de descuelgue salarial de un convenio colectivo supraempresarial”, *RL*, nº 23, 1995, pp.130 y ss.

⁵⁰² Vid. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, cit., pg. 192.

incumplimiento empresarial así como el rechazo de la acción resolutoria que cualquiera de ellos ejercitase individualmente, que deberá posponerse hasta cuando, cumplido el término fijado convencionalmente para el pago, éste no se lleve a efecto, momento éste en que la deuda estará definitivamente vencida y producido el incumplimiento resolutorio ⁵⁰³.

2. La cualificación de los incumplimientos de la obligación salarial. Estudio específico de las notas de gravedad y culpabilidad

2.1 La gravedad del incumplimiento de la prestación salarial

No parece necesario abundar en la incidencia específica de la nota de gravedad en esta causa de resolución del art. 50 ET, puesto que ya se ha puesto de manifiesto al efectuar la delimitación de los tipos legales de irregularidades retributivas que constituyen incumplimientos resolutorios a tenor del art. 50.1.b) ET, que es criterio unánime en la jurisprudencia la necesidad de que la resolución se anude a incumplimientos de la prestación salarial graves, dándose cuenta, además, de los criterios generales utilizados por la doctrina legal para la apreciación de esta circunstancia.

No obstante, debe recordarse que el silencio de la norma estatutaria al respecto, ha suscitado una división doctrinal entre el sector minoritario que entiende que estos particulares incumplimientos de la obligación salarial revisten una gravedad intrínseca que hace innecesario la exigencia de un plus adicional de esta nota ⁵⁰⁴, con la posición mayoritaria que, por el contrario, considera exigible la concurrencia de gravedad toda vez que, aunque el precepto estatutario no la menciona expresamente en su apartado b), tal exigencia se deduce de una interpretación lógica y sistemática del mismo y el apartado c) que acoge una formulación general de los incumplimientos empresariales resolutorios en donde la nota de gravedad aparece expresamente como requisito de los mismos, de manera que si es aquí exigida por el legislador debe presuponerse exigible en los incumplimientos específicos

⁵⁰³ En este sentido, NOGUEIRA GUASTAVINO, M., op. cit., pg. 1079.

⁵⁰⁴ Por todos, vid. VIQUEIRA PÉREZ, C., op. cit., pp. 39 y ss.

tipificados en las restantes aperturas causales a los que se les atribuye un valor ejemplificativo ⁵⁰⁵.

En ese orden de ideas, la postura más acogible es la segunda apuntada y acogida abrumadoramente por la jurisprudencia ⁵⁰⁶, y ello no sólo conforme a la interpretación sistemática del art. 50 ET que se ha postulado, sino a un argumento de carácter más general que reside en que la resolución de cualquier contrato, en todo caso, debe responder a incumplimientos de los deberes contractuales en alguna medida cualificados o que revistan una especial gravedad, con el objeto de impedir un abuso en el ejercicio de las acciones resolutorias que, además, en el ámbito del contrato de trabajo y cuando son instadas por el trabajador, llevan anudadas la máxima indemnización legal a cargo del empleador.

Conviniendo, pues, que todos los incumplimientos que legitiman al trabajador a ejercitar su facultad resolutoria del contrato de trabajo han de ser graves, como implícitamente se infiere de la cláusula general definitoria del art. 50 ET, lo que no aclara el precepto es cuándo ha de entenderse concurrente la gravedad, es decir cuáles son los elementos configuradores de esta nota cualificadora del incumplimiento resolutorio. La ausencia de criterios explícitos en la norma estatutaria, ha llevado a la doctrina a postular dos elementos configuradores de la gravedad del incumplimiento resolutorio: la relevancia de la obligación empresarial incumplida y la intensidad del incumplimiento ⁵⁰⁷.

En cuanto al primer elemento de configuración de la gravedad –la incidencia del incumplimiento en una obligación principal en el marco del contrato–, más que un criterio a ponderar en orden a la existencia de gravedad se presenta como presupuesto esencial del propio incumplimiento resolutorio. Así, la interpretación mayoritaria dada por la doctrina civilista a la figura de la

⁵⁰⁵ ALONSO OLEA, M.: “La extinción del contrato de trabajo por decisión del trabajador”, RPS, nº 118; NOGUEIRA GUASTAVINO, M., op. cit., pg.1075; SEMPERE NAVARRO- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, op. cit., pp. 79-80

⁵⁰⁶ Así, tiene declarado jurisprudencia constante, que el éxito de la acción de resolución de la relación laboral a instancias del trabajador por causa de falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado exige la concurrencia del requisito de gravedad en el incumplimiento empresarial. Vid. entre otras, SSTS 25 de septiembre de 1995 [RJ 1995, 6892], 28 de septiembre de 1998 [RJ 1998, 8553], 25 de enero de 1999 [RJ 1999, 898]; SSTSJ Andalucía 8-10-2002 (AS 2003,881) y 20-2-2003 (AS 1149); STSJ Madrid 26-11-2002 (AS 2003, 1213).

⁵⁰⁷ Vid. VIQUEIRA PÉREZ, C., op. cit., pg. 78.

resolución ex art. 1124 CC mantiene, al abordar su exégesis, que sólo puede hablarse de incumplimiento resolutorio cuando concierna a una obligación principal, es decir a una obligación ligada mediante un vínculo de interdependencia con la obligación puesta a cargo del demandante de la extinción contractual, toda vez que la resolución del contrato encuentra su fundamento, precisamente, en la interdependencia de las obligaciones recíprocas articuladas en una relación sinalagmática.

De esta construcción provenga seguramente la teoría de la gravedad intrínseca del incumplimiento salarial, es decir, del hecho de referirse a una obligación principal en la relación laboral, pero como bien ha puesto de relieve doctrina y jurisprudencia la gravedad del incumplimiento resolutorio exige de otro ingrediente o elemento integrador que es el referido a la intensidad, es decir el incumplimiento de la obligación principal debe ser de intensidad suficiente para que provoque la ruptura del programa de prestaciones recíprocas propio del contrato y la pérdida de interés de la parte cumplidora en mantener su vigencia. Y si esta intensidad requerida sí que está implícita en los dos incumplimientos específicos tipificados en las letras a) –modificación de condiciones de trabajo cualificadamente lesiva- y c), 2^o - incumplimiento de la sentencia que declare injustificada (o nula) una modificación sustancial-, no puede afirmarse lo mismo respecto de los incumplimientos salariales de la letra b) del art. 50 ET.

Desde este punto de vista, en los incumplimientos salariales la concurrencia de gravedad no puede apoyarse tan sólo en el hecho de que conciernen a una obligación principal del contrato de trabajo cual es la prestación salarial, y así lo ha entendido la jurisprudencia respecto a todos los supuestos en que las obligaciones concernidas por el incumplimiento empresarial son de índole económica y, en particular, los relativos a la prestación salarial y a las prestaciones de Seguridad Social cuyo pago impone la ley al empresario (pago directo y pago delegado de IT). En este sentido, es doctrina consolidada del TS que una “interpretación conjunta de los apartados b) y c) del art. 50.1 ET exige para que prospere la causa resolutoria la concurrencia del requisito de "gravedad" en el incumplimiento empresarial, y que a los efectos de determinar tal "gravedad" debe valorarse exclusivamente si el retraso o impago es o no

trascendente en relación con la obligación de pago puntual del salario ex arts. 4.2.f) y 29.1 ET⁵⁰⁸. No obstante, la doctrina jurisprudencial deja constancia de la particularidad y el casuismo que subyace en este supuesto de hecho resolutorio en donde es difícil la igualdad fáctica por lo que se hace precisa una individualización de cada caso atendiendo a las circunstancias subjetivas del trabajador afectado y a las objetivas concurrentes⁵⁰⁹. Pero aún admitiendo la intensa casuística e individualización en la ponderación de este incumplimiento resolutorio, se termina admitiendo que la ponderación de su entidad en la economía del contrato, es decir su suficiencia en orden a impedir la satisfacción del trabajador y, en consecuencia, la apreciación de gravedad del incumplimiento salarial debe efectuarse sobre la base de un triple criterio: objetivo (haciendo abstracción de la culpabilidad del empresario); de índole temporal (prolongación en el tiempo) y cuantitativo (montante de la deuda) que evidencien su intensidad. Para ello, la jurisprudencia se vale de un triple criterio de valoración conjunta recurrente cuando la dimisión provocada viene casualizada en incumplimientos de índole salarial: criterio objetivo (independiente de la culpabilidad), criterio temporal (prolongación en el tiempo) y criterio cuantitativo (montante de lo adeudado)⁵¹⁰.

Conviene poner de relieve, por otra parte, que, como seguidamente se verá con más detalle, la gravedad intrínseca al incumplimiento resolutorio de índole salarial sea ponderada en algunos casos, no infrecuentes, por la jurisprudencia como circunstancia justificativa del cese prematuro de la prestación de trabajo, entendiéndose, en mi opinión con acierto, que una situación de impago prolongado de salarios que afecte a la atención a las necesidades personales y familiares básicas, así como al normal desenvolvimiento de las relaciones familiares, amistosas y lúdicas constituye un trato suficientemente vejatorio o degradante del trabajador como para fundar el abandono anticipado del puesto de trabajo, esto es, el *ius resistentiae* del trabajador afectado⁵¹¹.

⁵⁰⁸ Vid., entre otras, STS 25 de enero de 1999 (RJ 1999, 898).

⁵⁰⁹ STS 13 de julio de 1998 (rec. 3688/97 [RJ 1998, 6169])

⁵¹⁰ SSTS 25 de septiembre de 1995 [RJ 1995, 6892], 28 de septiembre de 1998 [RJ 1998, 8553], 25 de enero de 1999 [RJ 1999, 898]; y recepcionando su doctrina, SSTSJ Andalucía 8-10-2002 (AS 2003,881)y 20-2-2003 (AS 1149); STSJ Madrid 26-11-2002 (AS 2003, 1213); SSTSJ Comunidad Valenciana 13-01-2006 (AS 919) y 20-1-2006 (AS 874); STSJ Murcia 10-04-2006 (AS 1447), entre otras muchas.

⁵¹¹ En este sentido, SSTS 18-9-1989 (RJ 6455); 18-7-1990 (RJ 6425); STSJ Madrid 19-1-1999 (AS 590).

2.2 La culpabilidad del incumplimiento resolutorio: subjetividad *versus* objetividad en la ponderación del incumplimiento de la prestación salarial

Cuestión más problemática y aun centro del debate en la doctrina y en la jurisprudencia, es la concerniente a si en los supuestos de irregularidades relativas a la obligación salarial es precisa la concurrencia de culpabilidad para que exista incumplimiento resolutorio, es decir para que queda plenamente integrado el tipo de la letra b) del art. 50 ET.

Por lo que respecta a la doctrina científica, para un sector⁵¹² la culpabilidad es requisito de todos y cada uno de los incumplimientos tipificados en la Ley estatutaria como causa de dimisión provocada y por ello ha de estar presente en todo caso en los referidos a la obligación salarial. Esta postura se sustenta en diversos argumentos: el paralelismo con el art. 1124 CC; la simetría del art. 50 ET con el art. 54 del mismo texto legal, según el cual la conducta del trabajador debe ser culpable además de grave para ser merecedora del despido; la virtualidad del principio general de conservación del contrato (art. 3.1 CC) propio del Derecho de obligaciones e, incluso, se esgrime el valor de formulación general de la letra c) del art. 50 ET en la que expresamente se excluye como incumplimientos resolutorios los que sean debidos a fuerza mayor, exclusión que por tanto sería extensible a los restantes incumplimientos tipificados en el precepto legal. En contraposición a esta postura, otra doctrina igualmente autorizada sostiene la tesis de que los incumplimientos de la obligación salarial que hacen operativa la facultad resolutoria del trabajador, se producen con independencia de la culpabilidad empresarial, y ello porque,

Vid. así mismo, STSJ Comunidad Valenciana 20-1-2006 (AS 874), FJ.3^o, que estima la pretensión extintiva por impago de salarios pese al cese prematuro de la prestación de servicios que justifica por sus connotaciones vejatorias y degradantes, calificando el periodo de inactividad laboral del trabajador como de suspensión contractual.

⁵¹² Vid. PENDÁS DÍAZ, B.: “La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador”, Acarl, Madrid, 1992, pg. 63; ALBIOL MONTESINOS, I.: “Causas y efectos de la extinción por el trabajador”, cit., pg. 221; BORRAJO DACRUZ, E.: “Reinterpretación jurisprudencial del artículo 50 del Estatuto de los trabajadores”, cit., pp. 28 y ss.; GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: La terminación del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, cit., pp. 107 y 112.

desde esta perspectiva, el precepto estatutario los singulariza, objetivándolos, al integrar dicha prestación el objeto mismo del contrato de trabajo ⁵¹³.

La confrontación entre la tesis subjetivista y objetivista se reproduce en sede jurisprudencial en donde la corriente subjetivista fue la inicialmente mayoritaria, imponiéndose una interpretación restrictiva del art. 50 ET que, en su versión más rigurosa, incluso exigía la existencia de una “voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento” por parte del empresario para justificar la resolución del contrato a instancia del trabajador⁵¹⁴. Posteriormente cobró fuerza, en detrimento de la anterior, una corriente de perfiles objetivistas según la cual no cabría subjetivar las motivaciones del incumplimiento empresarial bastando para estimar procedente la resolución instada por el trabajador la constatación objetiva de la gravedad del impago o de los retrasos en el abono del salario sin entrar a valorar otras circunstancias volitivas como la buena o mala fe del empleador o la incidencia de una crisis de empresa⁵¹⁵.

Aunque en este trabajo se dedicará un capítulo específico a las repercusiones de la crisis de la empresa en la dinámica de la institución de la dimisión provocada⁵¹⁶, valga por el momento adelantar que la jurisprudencia interpretativa del artículo 50 ET en lo que particularmente respecta a su apartado b), ha experimentado una significativa evolución en virtud de la cual ha obtenido carta de naturaleza la tesis de que la crisis de empresa ajena al procedimiento concursal (o extraconcursal) no es una circunstancia que justifique el incumplimiento empresarial de la obligación salarial y en consecuencia se descarta que deba ser ponderada a efectos de resolver acerca de la estimación o desestimación de la pretensión resolutoria del trabajador afectado. Es más, para el Tribunal Supremo, como se detallará más adelante, el incumplimiento de la obligación salarial en un escenario de crisis o dificultad económica de la empresa puede considerarse agravado o, incluso, acompañado del ingrediente de culpabilidad (que actuaría como argumento de

⁵¹³ VID. VIQUEIRA PÉREZ, C., op. cit., pp. 53 y ss; DURÁN LÓPEZ, F., op. cit., pp. 370 y ss.; De MIGUEL LORENZO, A., op. cit., pg. 30.

⁵¹⁴ Cfr. SSTS 15-1-1987 (RJ 38); 26-11-1990 (RJ 8605); 3-12-1990 (RJ 9748).

⁵¹⁵ A la incidencia de la crisis de la empresa en la dinámica de la institución de la dimisión provocada se dedica un epígrafe específico dada la relevancia del tema, la evolución de la doctrina legal interpretativa sobre sus efectos y las sustanciales modificaciones introducidas en la figura por la nueva Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Vid. infra epígrafe 2.4.

⁵¹⁶ Infra, cap. V.

refuerzo en orden a estimar la demanda de resolución contractual) cuando el empresario rehuya –deliberada o negligentemente- de los medios que el sistema normativo del ET dispone par hacer frente a las necesidades sobrevenidas de funcionamiento de la organización productiva a través del grupo normativo regulador de las reestructuración laboral y crisis de la empresa dentro del sistema normativo del Estatuto de los Trabajadores (arts. 32, 33, 40, 41, 42, 43, 44, 47, 51 y 52.1 c) ET)⁵¹⁷.

Por otra parte, la doctrina legal unificada se ha deslizado progresivamente hacia una interpretación que proclama la absoluta autonomía del instituto resolutorio ex art. 50 ET y las medidas de regulación de empleo a las que eventualmente pueda recurrir el empleador para la reestructuración laboral de la empresa en crisis y en particular respecto al despido colectivo regulado en el art. 51 de dicho cuerpo legal. En este sentido, según la vigente doctrina del TS el inicio o tramitación de un Expediente de Regulacion de Empleo (ERE) carece de efectos preclusivos de la acción resolutoria ejercida por uno o varios trabajadores de la empresa afectados por incumplimientos previos relativos al crédito salarial subsumibles en el apartado b) del art. 50 ET y descarta que el fallo judicial acerca de la solicitud extintiva del trabajador recaído antes de la resolución del ERE deba verse condicionado por la deriva del procedimiento administrativo de regulación de plantilla⁵¹⁸, acabando de este modo con la tesis de la interacción de ambas instituciones extintivas -dimisión provocada y despido colectivo- mantenida con anterioridad en la que subyacía el criterio de la primacía del interés colectivo de la plantilla en un escenario de crisis empresarial sobre el interés individual del trabajador o trabajadores postulantes

⁵¹⁷ SSTSud 24-3-1992 (RJ 1870); 29-12-1994 (RJ 10522); 28-9-1998 (RJ 8533); 25-1-1999 (RJ 898). En el mismo sentido, reiterando la doctrina sentada en la sentencia anterior, vid. SSTSud 21-11-2000 (RJ 1033) F.j. 3^o; 22-11-2000 (RJ 10423) F.j. 3^o. En la doctrina de suplicación, vid. STSJ País Vasco 23-5-2000 (AS 3294); STSJ Castilla-La Mancha 11-10-2001 (AS 2106); STSJ Navarra 19-11-2002 (AS 4175); STSJ Asturias 1-5-2002 (AS 926); STSJ Castilla y León 18-2-2003 (AS 1242); STSJ Andalucía 20-2-2003 (AS 1149); STSJ Andalucía 8-10-2003 (AS 881); STSJ Madrid 20-12-2002 (AS 2003, 1568); STSJ Andalucía 20-2-2003 (AS 1110).Aplicando esta misma doctrina para un supuesto de suspensión de pagos, vid. STSJ Madrid 17-10-2000 (AS 4679) y para un supuesto de solicitud de quiebra de la empresa, STSJ Cataluña 2-10-2001 (AS 4656); STSJ Castilla y León 20-2-2006 (AS 514); STSJ Murcia 20-1-2006 (AS 1447).

⁵¹⁸ STSud 5-4-2001 (RJ 4885). Acogiendo esta jurisprudencia unificada, vid. en la doctrina judicial de suplicación, STSJ Castilla y León 17-12-2001 (AS 226); STSJ Comunidad Valenciana 26-6-2002 (AS 466); STSJ Madrid 18-12-2002 (AS 658); STSJ Madrid 26-11-2002 (AS 2003,1213).En contra, rechazando la resolución por estar pendiente el ERE, STSJ Asturias 1-5-2002 (AS 926).

de la resolución contractual por incumplimiento salarial⁵¹⁹. Este enfoque, sin embargo, cambia radicalmente en el marco de la crisis extraconcursal en el que, como más adelante se verá, conforme al nuevo régimen jurídico concursal (ex art, 64.10 LC), se consuma una interacción de la dimisión provocada por incumplimiento salarial y el despido colectivo instado por el empresario o la administración concursal que aboca, en determinadas condiciones, a una colectivización de la figura resolutoria ex art, 50. 1. b) incidente en aspectos sustantivos y procesales de la misma.

Volviendo a la problemática relativa a la culpabilidad del incumplimiento, pese a ser la postura objetivista la decididamente acogida por el Tribunal Supremo en unificación de doctrina, aun siguen recayendo algunos pronunciamientos judiciales de suplicación que continúan anclados en el criterio subjetivo de la exigencia de culpabilidad del incumplimiento empresarial para viabilizar la resolución a través del art. 50.1.b) ET⁵²⁰ o incluso otros, particularmente criticables, que utilizan como argumento para rechazar la resolución, la pasividad previa del trabajador ante el impago del salario o los retrasos en su abono, hechos de los que el juzgador infiere que consintió tácitamente el incumplimiento empresarial⁵²¹.

Terciando en esta controversia, la postura que merece mejor acogida es la que propugna la objetivación del incumplimiento resolutorio al sustentarse, en mi opinión, en argumentos más sólidos, que, en particular, residen no sólo en el elocuente silencio en torno a la culpabilidad en la definición de la causa resolutoria del art. 50.1.b) ET en contraste con su expresa mención en la causa de despido del art. 54 ET, sino también en el carácter igualmente objetivo que reviste la constitución del empleador en *mora solvendi* conforme al art. 29.3 ET y, finalmente, la propia objetividad del incumplimiento resolutorio del art. 1124

⁵¹⁹ Vid. SSTS 12-5-1988 (RJ 4234); 22-12-1988 (RJ 9899) y en la doctrina de suplicación la más reciente STSJ Castilla y León 3-4-2000 (AS 2146).

⁵²⁰ STSJ Canarias 25-2-1999 (AS 722); STSJ Galicia 18-2-2000 (AS 299); STSJ Cataluña 27-9-1999 (AS 6638); STSJ Castilla-León 19-4-1999 (AS 5935).

⁵²¹ En este sentido, STSJ C.Valenciana 4-2-1999 (AS 550). En contra, STSJ Cataluña 29-3-1999 (AS 1743), para la que la tolerancia del trabajador frente al incumplimiento de la obligación salarial no preclude la acción resolutoria.

CC de acuerdo con la interpretación doctrinal y jurisprudencial dominante de este precepto en el ámbito civil ⁵²².

III. PARTICULARIDADES EN TORNO AL CESE PREMATURO DE LA PRESTACIÓN LABORAL

Sin tratar de reproducir de nuevo aquí las reflexiones generales a propósito de la problemática que engendra la decisión del trabajador de cesar en la prestación de servicios previamente a la estimación judicial de la pretensión resolutoria, sí parece conveniente recordar, de forma sucinta, los riesgos que entraña dicha actitud del trabajador ya que puede poner en cuestión la vigencia de la relación laboral, siendo ésta un requisito general necesario para la operatividad del instituto resolutorio, habida cuenta de que sólo en presencia de circunstancias excepcionales que determinen que la continuidad de la prestación devenga insoportable, los Tribunales del orden jurisdiccional social justifican el cese del trabajo sin que ello obstaculice la viabilidad y eventual estimación posterior de la pretensión extintiva.

Sin perjuicio de ese criterio general, debe darse cuenta no obstante de su modalización en el marco de esta específica causa resolutoria, hasta el punto de poder hablar de una peculiaridad funcional de la misma a este respecto. En efecto, tal y como se ha dicho con anterioridad, la jurisprudencia viene considerando que los incumplimientos empresariales graves en materia salarial pueden fundamentar la decisión del trabajador de no mantenerse en el desempeño de su puesto de trabajo ⁵²³ y ello, probablemente, por la circunstancia de que la prestación salarial es obligación principal del empleador que integra el objeto mismo del contrato de trabajo, además del reconocido carácter alimenticio del salario, lo que hace presumir la onerosa carga económica que conlleva seguir prestando servicios sin contraprestación o con contraprestación gravemente irregular. En efecto, la pérdida de la percepción salarial o graves irregularidades en su abono colocan al trabajador en una verdadera situación de necesidad fácilmente incardinable en las situaciones en

⁵²² Ya se hizo mención (supra 1.3.1) de la evolución de la jurisprudencia civilista desde la tesis subjetivista hacia la objetivista, subrayándose así mismo que incluso en la versión más rigorista de la corriente subjetivista, la culpabilidad no se configura como un verdadero requisito del incumplimiento resolutorio sino más bien como argumento de refuerzo del rechazo de la resolución ante la inexistencia de incumplimiento o de gravedad del mismo.

⁵²³ SSTs 18-9-1989 (RJ 6455); 18-7-1990 (RJ 6425); STSJ Madrid 19-1-1999 (AS 590).

las que el TS excepcionalmente admite el abandono del puesto de trabajo previo a que recaiga la sentencia constitutiva del procedimiento resolutorio: piénsese en que ello incide o impide el cumplimiento de obligaciones de índole financiera (prestamos o hipotecas) y fiscal (impuestos), e incluso de los deberes familiares y personales mas elementales, referidos a la educación, utilización de los servicios mínimos de la vivienda, alimentos, etc, circunstancias todas ellas que necesariamente deben entenderse como afectantes a la propia subsistencia personal y familiar. En este sentido, pues, no es desacertado calificar esta conducta empresarial como degradante y por ello lesiva de la dignidad, ya que “tanto más degradante puede resultar para éste (el trabajador) la falta de retribución de su trabajo, ya que dicho impago coloca al trabajador paulatinamente desde la incertidumbre hasta la insostenibilidad física de dicho puesto de trabajo y en una posible situación de deterioro de su autoestima, cuya directa vinculación con la dignidad es incuestionable”⁵²⁴.

Con todo, este posicionamiento jurisprudencial no atenúa los riesgos de los que antes se advertía, puesto en este caso el juzgador habrá de entrar también en la apreciación de la concurrencia de las circunstancias anómalas que justifican el cese anticipado de la prestación previa ponderación de la gravedad del incumplimiento salarial, de modo que si éste no se estima grave como para justificar la extinción contractual el abandono del puesto de trabajo sería considerado injustificado y la resolución solicitada sería rechazada no ya por la inexistencia de causa imputable al empleador sino por causa imputable al trabajador, a salvo de que se admitiera la solución postulada por un sector doctrinal de considerar que el cese anticipado de la prestación forzado por una situación económica que el trabajador percibe como insostenible comporte la calificación de suspensión de la relación laboral y tan sólo la pérdida de los salarios correspondientes a la tramitación del proceso ⁵²⁵.

⁵²⁴ Vid. STSJ Comunidad Valenciana 20-1-2006 (AS 874), FJ.3º, que estima la pretensión extintiva pese al cese prematuro de la prestación de servicios calificando el periodo de inactividad laboral del trabajador como de suspensión contractual.

⁵²⁵ Vid. Durán López, F.: “Resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador y despido”, RL, nº 11, pg. 21. En contra, VIQUEIRA PÉREZ, C., op. cit., pp. 117-119, al considerar que esa hipótesis sólo tendría cabida en el marco de una resolución extrajudicial.

Es más, la inseguridad jurídica derivada con carácter general del cese prematuro de la prestación laboral, se acrecienta si cabe en los supuestos de incumplimientos de la obligación salarial habida cuenta del ya comentado casuismo e individualización que, tal y como advierte la jurisprudencia interpretativa del precepto, concurre en este supuesto en orden a valorar la concurrencia de la gravedad exigida para que quede integrado el incumplimiento resolutorio.

IV. DIMISIÓN PROVOCADA POR INCUMPLIMIENTO SALARIAL Y CRISIS DE EMPRESA (remisión Parte III)

Como se sabe, los incumplimientos empresariales concernientes al pago del salario suelen ser un componente usual de los supuestos de crisis económica de las empresas, hasta el punto de que incluso legalmente su incidencia en determinados términos cuantitativos se considera indiciaria de una situación de insolvencia y puede llegar a ser el detonante de que la crisis se formalice en concurso.

En tal contexto, es también habitual el ejercicio más o menos masivo de acciones resolutorias de los trabajadores afectados, pero el dato a tener en cuenta aquí es que tales acciones extintivas se someten a un régimen jurídico diverso dependiendo de si actúan en el marco de una crisis extraconcursal o concursal: en el primer caso, es aplicable el art. 50 LET conforme al régimen legal estatutario, objeto de una interesante doctrina interpretativa a cargo de jurisprudencia unificada del TS, mientras que en el segundo caso, declarado el concurso y superado un determinado umbral de acciones resolutorias individuales, la figura resolutoria sufre una profunda reformulación a costa del nuevo régimen jurídico concursal establecido en el art. 64.10 de la Ley 22/2003, Concursal (LC).

Las cuestiones que suscita esta diversificación de regímenes jurídicos son de tal calado como para justificar que el estudio de la dinámica de la dimisión provocada se aborde en un capítulo específico de la tesis a la que me remito (Parte III)

CAPITULO III. LA NEGATIVA DEL EMPRESARIO A REINTEGRAR AL TRABAJADOR EN SUS ORIGINALES CONDICIONES DE TRABAJO, TRAS SENTENCIA QUE DECLARE INJUSTIFICADA LA MEDIDA MODIFICATIVA EMPRESARIAL

III. Consideraciones preliminares

IV. Delimitación del incumplimiento resolutorio

1. Cauces procesales de impugnación de medidas de movilidad geográfica y de modificación sustancial de condiciones de trabajo

1.1 La impugnación individual (o plural) a través de la modalidad procesal ex art. 138 LPL. Especial referencia a la impugnación, individual o plural, de modificación sustancial productora de perjuicio cualificado: problemas sustantivos y procesales

1.1.1 Consideraciones generales: el carácter de la modificación sustancial objeto de impugnación y el fundamento de la impugnación

1.1.2 El perjuicio cualificado como fundamento de la impugnación. Puntos críticos: la cognición limitada del proceso especial ex art. 138 LPL y el juego de las excepciones de litispendencia y cosa juzgada

1.2 La impugnación colectiva. El proceso de conflicto colectivo y su modalización como cauce impugnativo de modificaciones sustanciales

1.3 La impugnación, individual o colectiva, a través del proceso de amparo ordinario

2. La calificación judicial de la medida modificativa impugnada y dimisión provocada. Concordancias y discordancias entre el ET y la LPL
 - 2.1. Declaración judicial de justificación de la medida modificativa: causas y efectos jurídicos. La desestimación de la demanda impugnativa y dimisión provocada al amparo del art. 50.1.a) ET
 - 2.1.1. Causas y efectos de la sentencia que declara justificada la medida modificativa
 - 2.1.2 Desestimación de la pretensión impugnativa y dimisión provocada ex art. 50.1.a) ET
 - 2.2 Declaración judicial de injustificación de la medida modificativa: causas y efectos jurídicos
 - 2.3 Declaración judicial de nulidad de la medida modificativa: causas y efectos. Especial consideración de la calificación adecuada a la modificación sustancial productora de perjuicio cualificado
3. Incumplimiento empresarial de la sentencia que declara injustificada la medida modificativa y dimisión provocada. Puntos críticos.
 - 3.1 El incumplimiento de la sentencia dictada en el proceso impugnativo individual del art. 138 LPL y dimisión provocada
 - 3.2 El incumplimiento de la sentencia recaída en el proceso de conflicto colectivo y dimisión provocada
 - 3.3 Incumplimiento parcial de la sentencia que declare injustificada la modificación y dimisión provocada
4. Incumplimiento empresarial de la sentencia que declara nula la medida modificativa y dimisión provocada. Problemas de encuadramiento en la letra c) *in fine* ex art. 50.1 ET.
 - 4.1 Incumplimiento de la sentencia de nulidad recaída en la modalidad procesal del art. 138 LPL y dimisión provocada
 - 4.2 Incumplimiento de la sentencia de nulidad recaída en el proceso especial de tutela de derechos fundamentales y dimisión provocada

III. PARTICULARIDADES RELATIVAS A LA CUALIFICACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO RESOLUTORIO

CAPITULO III. LA NEGATIVA DEL EMPRESARIO A REINTEGRAR AL TRABAJADOR EN SUS CONDICIONES DE TRABAJO ORIGINALES TRAS SENTENCIA QUE DECLARE INJUSTIFICADA UNA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO (art. 50.1.c) 2º ET)

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La Ley 11/1994 de 19 de mayo, por lo que aquí interesa, vino a introducir en el art. 50.1 ET una nueva causa de dimisión provocada: la negativa empresarial a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo tras recaer sentencia que declare injustificada la medida modificativa del empleador (art. 50.1.c) *in fine ET*). Esta nueva aportación del legislador a las aperturas causales de la resolución contractual por voluntad del trabajador, ha sido relativizada por la doctrina al considerar que el incumplimiento resolutorio añadido al listado legal no es más que la definición de un supuesto específico más, meramente ejemplificativo, de los incumplimientos empresariales graves tipificados a través de la formulación general o abierta establecida en el apartado c) primer inciso del art. 50 ET ⁵²⁶.

Lo cierto es que la razón de la explicitación de esta causa de dimisión provocada es resultado de la reforma que la citada Ley 11/94 operó tanto en el art. 40 como en el art. 41, ambos del ET, sustituyendo la autorización administrativa previa necesaria para la licitud de las modificaciones geográficas y sustanciales que en ellos se regulan por un control judicial *ex post* que se implanta por la decisión del trabajador disconforme con la medida de impugnarla, para lo cual también se creó *ex novo* una modalidad procesal específica a tal efecto que actualmente se regula en el art. 138 LPL.

II. DELIMITACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO RESOLUTORIO

En la delimitación de la causa resolutoria que ahora nos ocupa, confluyen dos elementos diversos: uno material, ya que se parte de la introducción por el empleador de una medida de movilidad de traslado ex art. 40.1 ET, o bien de

⁵²⁶ En este sentido, SEMPERE NAVARRO, A. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., op. cit., pg. 91.

cualquier otra modificación sustancial de condiciones de trabajo de las reguladas en el art. 41 ET ⁵²⁷; y otro de índole procesal, puesto que el incumplimiento con eficacia resolutoria del contrato se produce cuando el empresario, tras la impugnación judicial de la medida organizativa por parte del trabajador y una vez recaída sentencia que la declare injustificada, se niegue a reponer a dicho trabajador en sus anteriores condiciones laborales.

1. Cauces procesales de impugnación de medidas de movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo

El acusado componente procesal de esta causa de dimisión provocada ha sido objeto de crítica por alguna doctrina, que ha reprochado al legislador el incurrir en un error técnico-jurídico al insertar en la Ley sustantiva laboral como causa de resolución del contrato a instancia del trabajador lo que en puridad es una cuestión de ejecución de sentencia, que debiera haberse dilucidado en el marco exclusivo de la Ley adjetiva ⁵²⁸. Sin embargo tal reproche no es merecido ni desde el punto de vista técnico-jurídico, y aun menos desde la perspectiva de política del derecho, por dos órdenes de motivos.

En primer lugar, desde la óptica de política jurídica debe entenderse que su inclusión en el art. 50 ET responde a la opción del legislador por una técnica garantista e integradora del instituto de la dimisión provocada que, por otra parte, no es desconocida en la ordenación de otras instituciones jurídico-laborales como el despido o la propia modificación sustancial de condiciones de trabajo, cuyo régimen jurídico constituye un paradigma de imbricación sustantiva y procesal que, lejos de desdibujar la naturaleza sustantiva de ambos institutos, evidencian su interconexión funcional. En segundo lugar, esta doctrina confunde el supuesto de hecho del art. 50.1.c *in fine*, esto es el incumplimiento resolutorio del empresario, de carácter procesal en este caso, con la medida jurídico-reactiva que se le confiere al trabajador -la dimisión provocada-, de carácter netamente sustantivo.

⁵²⁷ Nótese que el traslado constituye, igualmente, una modificación sustancial de condiciones de trabajo aunque su régimen jurídico se segrega del aplicable con carácter general a los demás supuestos de modificación sustancial, conforme al mandato remisivo del art. 41.5 ET a lo establecido en el art. 40. 1-3 ET.

⁵²⁸ Vid., RODRIGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ. M.F., op. cit., pg. 191.

Así las cosas, lo cierto es que un adecuado entendimiento de las particulares características del incumplimiento resolutorio empresarial que ahora nos ocupa obliga preliminarmente a un análisis, si bien no exhaustivo, de las modalidades procesales de impugnación de medidas empresariales de movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo, así como a una referencia a las alternativas que legalmente se ofrecen al juzgador en orden a la calificación de dichas medidas modificativas, puesto que en este caso el art. 50.1 c) *in fine* ET vincula la justa causa de dimisión provocada a determinadas circunstancias que eventualmente pueden darse a resultados del control judicial *ex post* de las mismas.

1.1 La impugnación individual o plural a través de la modalidad procesal ex art. 138 LPL. Especial referencia a la impugnación de la modificación sustancial productora de perjuicio cualificado: problemas sustantivos y procesales

1.1.1 Consideraciones generales: el carácter de las modificaciones sustanciales objeto de impugnación y el fundamento de la impugnación

En este orden de ideas, debe recordarse que los arts. 40.1, prrf. 5º y 41.3. prf. 3º, ambos del ET, establecen que en caso de que el trabajador afectado por una medida de movilidad geográfica o de modificación sustancial de sus condiciones de trabajo se muestre disconforme con la alteración operada por el empresario, podrá impugnarla individualmente ante la jurisdicción del orden social, sin perjuicio de la ejecutividad de la medida organizativa, tanto si se trata de una modificación individual como si se trata de modificación contractual de naturaleza colectiva.

El cauce procesal habilitado legalmente para la impugnación individual (o plural) es la modalidad regulada en el art. 138 LPL, que se configura como un procedimiento sumario, de tramitación preferente ⁵²⁹ y sin posibilidad de recurso, siendo el plazo para el ejercicio de la acción de caducidad y de 20 días hábiles desde el día siguiente a la notificación de la modificación ⁵³⁰.

Debe tenerse en cuenta, además, que esta reacción impugnativa puede dirigirse no sólo contra la decisión empresarial implantada unilateralmente por

⁵²⁹ La preferencia de este procedimiento decae ante la iniciación del proceso de tutela de derechos fundamentales (art. 177.1 LPL) y del proceso de conflicto colectivo (arts. 157 y 138.3 LPL).

⁵³⁰ Vid. art. 59.4 ET y 138.1 LPL.

el empleador sino, así mismo, cuando se trate de una modificación colectiva fruto de negociación “gestional o participativa”⁵³¹, contra el acuerdo alcanzado entre el empleador y los representantes de los trabajadores en el preceptivo periodo de consultas-negociación o, en su caso, contra el laudo arbitral que resolviera las discrepancias surgidas durante el mismo. En el marco de esta última hipótesis, alguna doctrina ha cuestionado la opción legal a favor de la posibilidad de impugnación individual del acuerdo colectivo logrado por considerarla contradictoria con la naturaleza jurídica de dicho acuerdo⁵³², y en lo que respecta a la impugnación del laudo arbitral, se ha puesto de manifiesto, también en sede doctrinal, que los trabajadores afectados carecen de legitimación para impugnar individualmente el laudo arbitral a través de proceso de impugnación de convenios colectivos, contrariamente a lo que sucede si la impugnación la entablan los representantes legales, lo que remite a aquéllos necesariamente a la modalidad procesal del art. 138 LPL⁵³³.

La reacción impugnativa del trabajador afectado procede, según se ha dicho, cuando se muestre “disconforme” con la medida empresarial, lo cual obliga al intérprete a discernir sobre qué aspectos puede versar la disconformidad del trabajador lo que traducido a términos técnico-jurídicos supone determinar cuáles son los motivos en los que puede fundar su pretensión (*causa petendi*) y, en definitiva, delimitar el ámbito material del proceso por el que se canaliza la impugnación.

Pues bien, a este respecto, tanto doctrina como jurisprudencia menor atribuyen mayoritariamente a la modalidad procesal del art. 138 LPL un ámbito de cognición amplio, que le permite servir de cauce a impugnaciones individuales fundadas en múltiples y diversos motivos, aunque todos ellos reconducibles a la motivación y procedimiento de implantación de la medida modificativa. Entre ellos se encuentran, además de la falta de acreditación de

⁵³¹ Utilizando la expresión de MONEREO, para hacer referencia a la técnica de Derecho reflexivo legal de reenvío a la autonomía colectiva de regulación de ciertas medidas de reestructuración empresarial con el objeto de lograr el máximo grado de aceptabilidad de las mismas. Vid. MONEREO PEREZ, J.L.: “Concurso y relaciones laborales. Efectos laborales de la declaración de concurso”, RL, n^o 15-16, 2005, pp. 20 y ss.

⁵³² En este sentido, MARTINEZ EMPERADOR, R.: “Procedimientos para las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1994, pg. 235; VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo, CES, Madrid, 1996, pp. 155 y ss.

⁵³³ Vid. BAYLOS GRAU- CRUZ VILLALÓN- FERNÁNDEZ LÓPEZ: Instituciones de Derecho Procesal Laboral, Trotta, 2^a ed., Madrid, 1995, pg. 362.

las causas justificativas, la infracción de las preferencias concedidas a determinados trabajadores y el fraude de ley por elusión del procedimiento propio de la modificación colectiva, las siguientes : la inexistencia o inidoneidad de las causas alegadas por la empresa, la falta de justificación de la medida en su aplicación al demandado, la infracción de requisitos formales o procedimentales legal o convencionalmente exigidos, el carácter no modificable de la condición alterada y, en fin, la discriminación o vulneración de derechos fundamentales ⁵³⁴. Por el contrario, una postura doctrinal minoritaria y con escaso eco jurisprudencial, sustentándose en el tenor literal del art. 138 LPL en sus apartados 2 y 5, defiende la tesis restrictiva de que el ámbito material de esta modalidad procesal es limitado, abarcando exclusivamente el debate acerca de las causas justificativas de la modificación, de las preferencias otorgadas a ciertos trabajadores y de su implantación en fraude de ley por la eventual simulación de modificaciones individuales con el objeto de eludir el procedimiento garantista establecido para las de carácter colectivo ⁵³⁵. De este modo, los restantes supuestos impugnativos se reconducirían, en su mayoría, al proceso ordinario laboral beneficiándose así el trabajador demandante de un plazo mayor para el ejercicio de la acción y de la posibilidad de ulterior recurso en caso de que la sentencia de instancia fuese desestimatoria de su pretensión ⁵³⁶.

En el marco de esta confrontación doctrinal, resulta más compartible, con alguna salvedad, la línea ampliadora del ámbito cognitivo del proceso impugnativo ex art. 138, ya que el plazo perentorio de caducidad que se

⁵³⁴ En este sentido, por la doctrina, vid. PALOMO BALDA, E.: “Modificación sustancial de las condiciones de trabajo y ejercicio de acciones individuales”, en VV.AA., Alteraciones en el contenido de la prestación y en las condiciones de trabajo, CGPJ, Madrid, 1996, pp. 153-154. También, aunque con algunas salvedades, DESDENTADO BONETE, A.: “La modalidad procesal para la impugnación de las decisiones empresariales en materia de movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo”, en VV.AA., Reforma y Crisis del Proceso Social (1994-1996), Aranzadi, 1996, pg. 149; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 272-278. Por lo que se refiere a la doctrina judicial, vid., entre otras, STSJ Madrid 13-5-1997 (RJ 1739); STSJ Andalucía 17-11-1998 (RJ 4470); STSJ Extremadura 24-2-1998 (RJ 922).

⁵³⁵ SANPEDRO CORRAL, M.: “La modalidad procesal de movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo”, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 1994, pg. 36; SALINAS MOLINA, F.: “Modificación de las condiciones de trabajo. Aspectos procesales”, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 1995, pp. 360-361; SANTIAGO REDONDO, K.: “Movilidad geográfica”, en VV.AA., La reforma del mercado laboral, Lex Nova, Valladolid, 1994, pg. 355; BEJERANO HERNÁNDEZ, A.: Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y vías procesales de impugnación, Civitas, Madrid, 2000, pp. 136-139 y 145-154.

⁵³⁶ En este sentido, vid. Bejerano Hernández, A., op. cit., pp.149-154.

concede a la acción así como la preferencia y sumariedad que caracteriza al procedimiento, responden a la exigencia de una rápida impugnación y resolución del litigio que evite una provisionalidad excesiva en una materia, cual la modificación sustancial, que afecta decisivamente tanto a la empresa enfrentada a requerimientos urgentes de competitividad como, sobre todo, a los trabajadores -por incidir en condiciones de trabajo de la mayor relevancia en la relación laboral-⁵³⁷, de modo que si se estima la reclamación individual del trabajador la celeridad del proceso evitaría que una modificación injustificada o nula llegue a hacerse efectiva enervándose así los perjuicios que pudiera ocasionarle⁵³⁸.

No obstante, es importante subrayar en orden a la selección del cauce procesal idóneo para la impugnación, y este es la salvedad antes referida, que una reiterada doctrina unificadora del TS ha sentado el criterio de que la modalidad impugnativa regulada en el art. 138 LPL tiene como presupuesto la existencia real de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo tal y como se configuran en los arts. 40.1 y 41 ET, de modo que el incumplimiento total y absoluto por el empleador de los requisitos formales y/o procedimentales exigidos por dichos preceptos- o los más rigurosos establecidos por convenio colectivo, habría que añadir⁵³⁹ -, ya se trate de modificación individual o colectiva, desnaturaliza la medida empresarial hasta el extremo de resultar irreconocible como modificación sustancial, aunque pueda implicarla en el fondo y de hecho, y la priva de sus efectos sustantivos y procesales⁵⁴⁰. En consecuencia, según la citada jurisprudencia unificadora, en estos casos la modalidad procesal ex art. 138 LPL resulta inidónea debiendo

⁵³⁷ Para estos argumentos, vid. SSTSud 21-2-1997 (RJ 1571); 14-3-1997 (RJ 2473).

⁵³⁸ En todo caso y sin perjuicio de cuál sea la calificación que merezca la modificación, comparto la opinión de que “la razón de ser del art. 41 y de las limitaciones del poder empresarial que contiene es precisamente la presunción legal de un perjuicio al trabajador derivado de las variaciones que regula”, vid. Vida Soria, J: “ El nuevo régimen jurídico de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, El nuevo Estatuto de los Trabajadores, Edersa, Madrid, 1995, pg. 92.

⁵³⁹ Dado el carácter de norma mínima o la “dispositividad relativa” que la doctrina autorizada predica del art. 41, la negociación colectiva puede acordar un régimen jurídico de la modificación sustancial más favorable a los intereses de los trabajadores; vid. en este sentido, Vida Soria, J., op. cit., pp. 84-87.

⁵⁴⁰ Los defectos formales que determinan esta desnaturalización de la configuración jurídica de la modificación sustancial operada por el art. 41 son en las colectivas: la omisión del periodo de consultas con los representantes y la notificación a éstos de la medida con el preaviso preceptivo, la inexistencia de acuerdo de empresa en la modificación de condiciones acordadas en convenio estatutario; en las individuales: la falta de notificación preavisada de la medida a los trabajadores y sus representantes.

discurrir la impugnación por el procedimiento ordinario -de ser una modificación de carácter individual-, o por el proceso especial de conflicto colectivo si se trata de modificación colectiva pero sin sometimiento entonces a plazo de caducidad, ya que de otro modo se estaría primando una conducta flagrantemente irregular de la empresa, cuando no fraudulenta, que apartándose de los requerimientos formales o procedimentales del art. 41 ET le cabría sin embargo esgrimir la caducidad de la acción por parte de los afectados que verían cercenado así su derecho a reclamar y por ende a la tutela judicial efectiva⁵⁴¹, argumento éste sin duda certero y compatible.

1.1.2 El perjuicio cualificado del trabajador como fundamento de la impugnación de la medida modificativa. Puntos críticos: el ámbito cognitivo del proceso especial ex art. 138 LPL y el juego de las excepciones de litispendencia y cosa juzgada

Este apartado relativo a la impugnación individual de la medida modificativa no puede cerrarse sin plantear una hipótesis de trabajo que no merece ser desdeñada, ya que conecta tangencialmente con la dimisión provocada fundada en el incumplimiento tipificado en la letra a) del art. 50 ET.

Se trata de abordar, en primer lugar, la cuestión de si en el marco de la impugnación individual de una modificación sustancial de condiciones de trabajo por parte del trabajador afectado, cabría fundamentarla no ya en su ilicitud causal y/o formal, sino en su ilicitud en relación con el trabajador demandante devenida del perjuicio en la formación profesional y/o dignidad que aquélla le produzca y, en segundo lugar, de que modo puede afectar la utilización de esta primera vía impugnativa como respuesta a la modificación sustancial lesiva respecto a una ulterior acción resolutoria al amparo del art. 50.1.a) ET.

El tema no es baladí ya que, sin perjuicio de que la ley le confiera en este específico supuesto la facultad de dimisión provocada, esto es, la facultad de

⁵⁴¹ SSTsud 18-7-1997 (RJ 6354); 7-4-1998 (RJ 2690); 11-5-1999 (RJ 4721); 10-4-2000 (RJ 3523); 18-9-2000 (RJ 8333). En la misma línea, SSTs 15-1-2001 (RJ 770); 6-3-2001 (RJ 2836). Vid., sin embargo STSJ Madrid 13-5-1997 (AS 1739) que anula la sentencia de instancia que había declarado nula la modificación por infracción de requisitos procedimentales, al entender que existió inadecuación del procedimiento impugnativo (el ordinario) y que el idóneo hubiera sido el especial ex art. 138 LPL.

resolución del contrato con derecho a indemnización de cuantía igual a la despido improcedente al amparo del art. 50.1 a) ET ⁵⁴², la voluntad inicial del trabajador puede ser, contrariamente, la de mantener el vínculo contractual y con ello el empleo si bien buscando la revocación de la alteración sustancial de sus condiciones laborales, precisamente por entender que le infieren un perjuicio cualificado (efecto lesivo de su dignidad y/o formación profesional).

En este orden de ideas, se hace preciso dilucidar si en ese caso de perjuicio cualificado el ordenamiento alberga una respuesta jurídica alternativa a la dimisión provocada ex art. 50.1 a) ET, atribuyéndole el derecho a impugnar la medida con fundamento en idénticos perjuicios a los que legalmente justifican la resolución contractual indemnizada, o si, por el contrario, es la dimisión provocada la única respuesta jurídicamente viable en este caso. Dicho en otras palabras, se trata de determinar *ius positivum* si ante una modificación sustancial productora de perjuicio cualificado (o cualificadamente lesiva), impugnación y dimisión provocada son derechos potestativos atribuidos al trabajador afectado.

Pues bien, si nos atenemos a las disposiciones del art. 41 ET la posibilidad de impugnación por este motivo – la lesividad cualificada de la modificación para el trabajador - no parece descartable sin más, puesto que en su número 3, prf. tercero se plantea una triple opción a favor del trabajador afectado por la alteración de sus condiciones laborales: el aquietamiento (ésta, por vía deductiva); la extinción indemnizada del contrato, si resulta “perjudicado”⁵⁴³ o la impugnación de la modificación si se muestra “disconforme” con ella. Se da además la circunstancia de que, como más adelante se verá ⁵⁴⁴, las dos últimas alternativas -impugnación y resolución- no son incompatibles o excluyentes entre sí y que su secuencia temporal lógica conduciría a ejercitar inicialmente la facultad impugnativa y sucesivamente la extintiva, esta última,

⁵⁴² Art. 50.1.a) ET al que expresamente remite el art. 41.3, prf. segundo ET, en este caso.

⁵⁴³ Si el perjuicio es genérico cabrá la extinción con indemnización menor y sólo si la modificación se refiere a jornada, horario o turnos o se trate de traslado; de producir perjuicio específico o cualificado la facultad resolutoria puede ejercitarse cualquiera que sea la materia objeto de modificación y con derecho a la indemnización mayor (art. 50.1 a) ET).

⁵⁴⁴ Vid. infra 3.2.2. A).

claro está, en caso de que la pretensión revocatoria de la medida fuese desestimada por el juzgador ⁵⁴⁵.

No puede negarse que la literalidad del precepto podría llevar al intérprete a la conclusión de que la voluntad del legislador ha sido vincular la impugnación a la “disconformidad” del trabajador y excluirla cuando medie perjuicio, supuesto éste último en el que únicamente le cabría reaccionar con el ejercicio de la facultad de extinción más o menos indemnizada del vínculo según se trate, respectivamente, de perjuicio cualificado o genérico (art. 41.3, prf.2º).

Sin embargo, conforme a un criterio lógico-finalista la interpretación que debe prevalecer es la de que en todo caso y con independencia de que la modificación produzca o no perjuicio al trabajador y cual sea la naturaleza o alcance de dicho perjuicio, el trabajador ostenta el derecho a impugnarla si está disconforme con ella⁵⁴⁶ salvo, claro ésta, que existiendo perjuicio, simple o cualificado, previamente hubiese optado por ejercitar el derecho a resolver el contrato, ya que en tal caso sería inviable la impugnación al estar ya extinguida, por su propia voluntad, la relación laboral.

Por otra parte y a mayor abundamiento, la norma sustantiva no impone en ningún momento que esa “disconformidad” – al parecer, presupuesto legal del derecho de impugnación- , tenga necesariamente que basarse en su ilicitud por defectos atinentes a la motivación de la medida, a defectos formales en su implantación o por la vulneración de derechos fundamentales. De este modo, al no excluirse expresamente en la norma esta hipótesis, la impugnación podría

⁵⁴⁵ Vid. STSJ Asturias 15-2-2002 (Fj. 2º), AL, nº 24,2002, TSJ-775, en la que la Sala advierte que es incompatible el ejercicio simultáneo de la acción impugnatoria con la extintiva del contrato por tener ambas finalidades distintas; en el mismo sentido, STSud 21-12-1999 (RJ 1426) (Fj. 3º) que admite, sin embargo, el ejercicio de la acción extintiva posteriormente al fallo desfavorable de la impugnación. El criterio es discutible pues, que se sepa, ninguna norma procesal impide el ejercicio simultáneo, aunque a través de procesos autónomos para salvar la prohibición de acumulación de acciones ex art. 27 LPL, de tales pretensiones aunque tengan distinta finalidad, si bien en tal caso correspondería la suspensión del enjuiciamiento de la demanda resolutoria hasta que recaiga sentencia firme que resuelva la impugnativa de la modificación, puesto que de obtenerse en ésta un pronunciamiento favorable que determine la revocación de la modificación y la reposición del trabajador no tendría cabida ya la resolución indemnizada. Vid., en el sentido que se postula, STSJ Madrid 24-1-1997 (RJ 136); STSJ Baleares 18-7-2002, AL, nº 4, 2003, A-16, que parte del presupuesto, que no se rechaza, del ejercicio simultáneo de estas dos acciones ante un Juzgado de lo Social que las admite a trámite, aunque suspendiendo el enjuiciamiento de la demanda resolutoria hasta la finalización del proceso impugnativo. Sin embargo el TSJ sí revoca la sentencia de instancia que estimó la demanda extintiva del trabajador después de que la demanda impugnativa fuese resuelta a favor del trabajador y el empresario hubiera efectuado la reposición en las condiciones anteriores.

⁵⁴⁶ En este mismo sentido, SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., op. cit. pp. 213-215 e, implícitamente BEJERANO HERNÁNDEZ, A., op.cit. pg.145..

fundamentarse precisamente en la tacha de ilicitud devenida del perjuicio cualificado que la modificación produce al trabajador, al quedar afectados sus derechos de formación profesional y/o dignidad.

En cualquier caso, si el silencio de la norma sustantiva laboral hiciera albergar dudas a este respecto, quedaría aún el recurso a la aplicación supletoria del art. 1124 CC, conforme al cual el trabajador afectado por una modificación sustancial ilícita que, como la que se trata, implica un incumplimiento contractual grave, tiene la opción de exigir el cumplimiento mediante una acción declarativa del derecho a la reintegración en sus anteriores condiciones laborales y de condena al empresario a que la lleve a cabo, o bien resolver el contrato al amparo de la causa prevista en el art. 50.1 a) ET ⁵⁴⁷.

Conforme a esta triple argumentación, la impugnación de la modificación sustancial “cualificadamente lesiva” será jurídicamente viable y se fundamentaría (*causa petendi*) en su ilicitud respecto al trabajador devenida de la lesividad cualificada que engendra, restando tan sólo determinar si, en este concreto supuesto, la acción impugnativa podría o no encauzarse por el proceso especial del art. 138 LPL.

En orden a resolver esta cuestión, es obligado adentrarse de nuevo en la nada pacífica doctrina en torno a la delimitación del ámbito material de la modalidad procesal ex art. 138 LPL. Así, dentro de la corriente doctrinal que predica un amplio ámbito cognitivo de este proceso, sólo algún autor ha admitido la viabilidad de la impugnación fundada en la cualificada lesividad de la modificación a través de este cauce procesal sobre la base de una interpretación extensiva del apartado 5^o del citado precepto, considerando además que la pretensión se fundamentaría en la falta de justificación de la implantación de la medida modificativa en relación específica con el reclamante ⁵⁴⁸.

Por otra parte, en el marco de la postura doctrinal que sostiene que el ámbito de cognición de este proceso es rigurosamente limitado, en los términos

⁵⁴⁷ En este sentido, apelando a la aplicación del art. 1124 CC, vid. BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y vías procesales de impugnación, cit., pg. 220.

⁵⁴⁸ Vid., en este sentido, PALOMO BALDA, E., op. cit., pp. 153-154.

ya analizados en su momento, es claro que la hipótesis impugnativa que se plantea no tendría cabida, puesto que desde su perspectiva el debate procesal acerca de la medida impugnada únicamente puede versar sobre: a) la existencia, acreditación de sus causas y razonabilidad de la medida empresarial (necesidad y proporcionalidad); b) la eventual implantación en fraude de ley de las modificaciones colectivas o, c) sobre las preferencias atribuidas a determinados trabajadores. No obstante, algún autor adscrito a esta postura restrictiva se ha planteado el supuesto que ahora tratamos excluyéndolo, obviamente, de la modalidad procesal del art. 138 LPL, aunque admitiendo que la acción impugnativa con fundamento en la reparación del perjuicio para la formación profesional o el menoscabo de la dignidad sería viable a través del procedimiento ordinario, puesto que la pretensión principal de la acción es la revocación de la medida por su ilicitud derivada del perjuicio cualificado que produce al trabajador demandante ⁵⁴⁹.

No cabe duda de que si, como sostiene mayoritariamente la doctrina, cualquiera que sea la interpretación que se postule acerca del ámbito cognitivo del proceso ex art 138 LPL, los defectos de fondo de la medida empresarial que pueden fundar su impugnación a través de dicho proceso especial no pueden sino referirse a aspectos concernientes a su motivación, esto es a las causas alegadas por la empresa y, conforme a ellas, la razonabilidad de la medida empresarial – a salvo de una eventual tacha de discriminación o vulneración de derechos fundamentales, afectación de materias inmodificables por el procedimiento del art. 41 ET o la infracción de preferencias atribuidas a determinados trabajadores -, el único cauce procesal posible para la acción impugnativa cuyo fundamento resida en la ilicitud de la modificación por vulnerar los derechos a la formación profesional o la dignidad del trabajador es el proceso ordinario laboral (arts. 80 y ss. LPL).

Cuestión diversa es la referente a la concreción del plazo procesal al que deba ajustarse la acción de impugnación contra la modificación sustancial generadora de perjuicio cualificado que, conforme a la tesis anterior, se canalice por el procedimiento ordinario. El interrogante, a nuestro juicio, encuentra respuesta en el art. 59.4 ET que, como se sabe, establece un plazo

⁵⁴⁹ Esta tesis es la mantenida por BEJERANO HERNÁNDEZ, A., op. cit., pp. 137-138, 144 y 149.

especial de caducidad para “las acciones contra las decisiones empresariales sobre movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo” de veinte días de caducidad, siendo el *dies a quo* el siguiente a la fecha de la notificación de la medida tras la finalización, en su caso, del periodo de consultas. Establecido legalmente un plazo especial, debe descartarse, pues, el plazo general de un año de prescripción del art. 59.1 ET que, como expresamente establece el precepto, sólo es aplicable a las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial ⁵⁵⁰. Por otra parte, en lo que respecta a la posibilidad de recurso contra la sentencia que resuelva la impugnación, al viabilizarse en este caso a través del procedimiento ordinario será recurrible, a diferencia de la firmeza que legalmente se predica únicamente de la que ponga fin al proceso especial ex art. 138 LPL.

Una última reflexión acerca de los efectos que la sentencia que resuelva la impugnación individual de la modificación cualificadamente lesiva pueda tener *ad futurum*, esto es la eficacia que pueda desplegar dicho pronunciamiento judicial respecto a sucesivos procesos que pudieran sustanciarse a instancia del trabajador afectado en base a la misma modificación y al perjuicio cualificado que le ocasiona. Interesa, en particular, clarificar sus efectos respecto a una posterior acción resolutoria que el trabajador ejerza al amparo del art. 50. 1 a) ET fundada en el mismo perjuicio cualificado que sustentó una previa acción impugnativa y pretensión revocatoria de la medida modificativa, ya que, como más adelante se razonará, la acción impugnativa no excluye una sucesiva acción resolutoria en el caso de que la pretensión revocatoria de la medida fuese rechazada.

Si a resultas de la impugnación de la modificación sustancial que el afectado considera cualificadamente lesiva recayese sentencia estimatoria de su pretensión y el empresario la cumple reponiendo regularmente al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo, parece claro que en esta hipótesis no tendrá cabida una sucesiva acción resolutoria o al menos su estimación, ya que el perjuicio cualificado producido por la modificación en la que ésta se sustentaría ha desaparecido con la reposición ⁵⁵¹.

⁵⁵⁰ En contra, BEJERANO HERNÁNDEZ, A., op. cit., pg. 141.

⁵⁵¹ Vid. STSJ Baleares 18-7-2002 (AS 3062), cit.

Caso bien distinto se da cuando el pronunciamiento judicial fuese desfavorable a la pretensión impugnativa del trabajador, esto es, si el juez declara justificada la medida por entender que la modificación no comporta perjuicio para la formación profesional o para la dignidad o que tal perjuicio no se ha acreditado. En esta segunda hipótesis sí que cabría, de entrada, el ejercicio posterior de la acción resolutoria ex art. 50. 1 a) ET puesto que la modificación conserva su efectividad y el plazo para la formulación de la demanda extintiva puede continuar vigente al tratarse, como sostiene mayoritariamente doctrina y jurisprudencia, del de un año de prescripción establecido en el art. 59.1 ET⁵⁵². Pero dado que estaríamos ante dos procesos conexos por compartir causa de pedir habría que plantearse, seguidamente, la operatividad en el caso de las excepciones procesales de litispendencia y de cosa juzgada.

Es sabido que ambas instituciones comparten la finalidad de evitar que se dicten sentencias contradictorias en dos procesos con objetos idénticos (identidad de sujetos, de petición y de causa)⁵⁵³, pero difieren en cuanto al momento de producción de sus efectos ya que en la litispendencia el primer proceso está aún tramitándose y por tanto pendiente de sentencia firme, en tanto que en la cosa juzgada el proceso anterior ha terminado con sentencia firme⁵⁵⁴.

⁵⁵² DURÁN LÓPEZ, F.: “Resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador y despido”, cit., pg. 372; LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F.: “Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, VV.AA, La Reforma del Estatuto de los Trabajadores (BORRAJO DACRUZ, dir.), RDP, t.I, vol. 2, Madrid, 1994, pg. 337; MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: “Procedimientos para las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, Alteraciones en el contenido de la prestación y en las condiciones de trabajo, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1996, pg. 230; ALFONSO MELLADO, C., PEDRAJAS MORENO, A.-y SALA FRANCO, T.: “La modificación sustancial de condiciones establecidas en convenios colectivos estatutarios”, RL, nº 8, 1995, pg. 100; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C: El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, cit., pg. 249. En la doctrina judicial, vid., entre otras, STS 22-3-1990 (RJ 2211); STSJ País Vasco 4-3-1997 (AS 1765); STSJ Andalucía 15-7-1999 (AS 3038); STSJ Canarias 26-1-2001 (AS 3132); SJS nº 4 Granada 14-11-2001 (AS 4049). En contra, VIDA SORIA, J.: “El nuevo régimen jurídico de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, cit., pg. 104, considerando aplicable el plazo de veinte días de caducidad del art. 59.4 ET al entender que entre las acciones contra la modificación sustancial de condiciones de trabajo a que se refiere, se incluye la resolución por voluntad del trabajador ex art. 50 ET; en este mismo sentido, STSJ Cataluña 18-3-1999 (AS 1820); STSJ Asturias 15-2-2002, cit.

⁵⁵³ Baylos Grau, A. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: Instituciones de Derecho Procesal Laboral, Trotta, 1995, pg.145.

⁵⁵⁴ MONTERO AROCA, J.: El proceso laboral, T.I, 1982, pg. 239.

En cuanto a la litispendencia, debe recordarse que es doctrina clásica exigir el requisito de identidad objetiva total entre los dos procesos ⁵⁵⁵, siendo su efecto que en el primeramente iniciado se dicte sentencia sobre el fondo mientras que el segundo, en el que la excepción se alega y se aprecia, deba rechazarse mediante una resolución meramente procesal de inadmisión de la demanda presentada. Aplicando esta construcción rigorista de la litispendencia exigente de la presencia de la triple identidad procesal al supuesto de ejercicio de una acción impugnativa de modificación sustancial cualificadamente lesiva para el trabajador a través del procedimiento ordinario que es desestimada en instancia pero que recurrida está a la espera de sentencia firme, el planteamiento por éste de una acción resolutoria al amparo del art. 50.1 a) ET no permitiría la alegación de litispendencia puesto que entre ambas acciones no se da la triple identidad requerida para su operatividad ⁵⁵⁶. En efecto, repárese en que aunque los sujetos sean los mismos y coincida la *causa petendi*, ya que los hechos y fundamentos jurídicos en la que se basan ambas acciones es la medida modificativa empresarial vulneradora de derechos básicos del trabajador, el *petitum* (el tipo de tutela judicial que se solicita) es diversa: en la acción impugnativa se persigue un pronunciamiento declarativo y de condena que revoque la modificación con la reposición en las anteriores condiciones laborales disfrutadas, mientras que la acción resolutoria busca una sentencia constitutiva que extinga el contrato de trabajo con indemnización.

Sin embargo, es de sobra conocida la corriente jurisprudencial que ha venido sosteniendo una concepción amplia y flexible de la litispendencia a base de interpretarla bajo el criterio de la finalidad a la que sirve que no es otra que la de evitar sentencias contradictorias. Conforme a ella, la exigencia del presupuesto de la total identidad procesal para su apreciación debe ceder cuando una sentencia correspondiente a un proceso en curso pueda condicionar o afectar a la que se dicte en un proceso posterior, aunque las acciones que en ellos se afirmen sean diferentes. Para esta interpretación

⁵⁵⁵ Vid. DE LA OLIVA SANTOS, A. y DIEZ- PICAZO GIMÉNEZ, I. : Derecho Procesal Civil, El proceso declarativo, cit. pg. 173. Exigiendo el requisito de la triple identidad procesal, vid. STS 20-5-1999 (RJ 4837); STSud 21-12-2000 (RJ 1867), ésta última afirmando además que este requisito despeja el riesgo de indefensión para el demandante ya que de este modo no quedará enervada la tramitación de otro proceso en el que la pretensión afirmada sea diversa.

⁵⁵⁶ Vid. BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y vías procesales de impugnación, cit., pp. 145-146.

“progresista” en la apreciación de litispendencia debe prevalecer, más allá de la identidad absoluta de los procesos concurrentes, la *coincidencia sustancial* entre ellos que vendrá dada cuando una sentencia previa pueda condicionar o afectar a la que se dicte en un ulterior proceso aunque formalmente se ejerciten acciones diversas⁵⁵⁷. Aplicando esta línea de tendencia de la doctrina judicial al supuesto que nos ocupa, de estar pendiente el proceso impugnatorio emprendido anteriormente por el trabajador, el empresario demandado podría alegar y apreciarse litispendencia al formularse sucesivamente la demanda resolutoria ex art. 50.1 a) ET, ya que pese a que las acciones no presentan la triple identidad procesal (el *petitum* es diverso) es evidente que dan lugar a procesos conexos puesto que la sentencia firme que en su momento resuelva la impugnación de la modificación en base al perjuicio cualificado que le irroga al trabajador, va a condicionar o servir de precedente al pronunciamiento del juzgador acerca de la petición de extinción indemnizada del vínculo que, no se olvide, debe justificarse en el mismo perjuicio de la formación profesional o de la dignidad que motivó la impugnación.

Esta concepción flexible de la litispendencia ha sido acogida, sin embargo, con prevención por alguna doctrina al detectar que puede abrir flancos de indefensión para el demandante, ya que sin perjuicio de que la segunda pretensión inicialmente rechazada por litispendencia pueda ejercitarse de nuevo tras recaer sentencia firme en el primer proceso, bien pudiera ocurrir que para entonces esta acción no estuviese ya viva por agotamiento del plazo para su ejercicio. Con el objeto de conjurar ese potencial riesgo de indefensión, esa misma doctrina postula una diferenciación conceptual entre litispendencia y prejudicialidad en los supuestos en que esté en curso un proceso cuya sentencia puede afectar o condicionar a otro proceso posterior entre los que no exista identidad objetiva: en tal caso se argumenta que no puede hablarse en puridad de litispendencia sino más bien de una “cuestión prejudicial” que aun impidiendo un pronunciamiento judicial sobre el fondo en el segundo proceso - como también ocurre con la apreciación de litispendencia- no determinaría, por el contrario, su rechazo sino su mera suspensión hasta que no recaiga

⁵⁵⁷ En este sentido STS 15-2-1990 (RJ 1096); STSud 23-9-1991 (RJ 7181); STS 20-10-1993 (RJ 7850). Siguiendo esta línea jurisprudencial, vid. STSJ Navarra 15-12-1993 (AS 5252); STSJ País Vasco 9-7-1993 (AS 3380); STSJ Extremadura 27-8-1993 (AS 3762); STS 10-3-1999 (RJ 2123).

sentencia firme en el primero⁵⁵⁸. Desde esta perspectiva, una eventual apreciación de prejudicialidad, en lugar de litispendencia, al formularse la petición resolutoria ex art. 50.1 a) ET por estar en curso el proceso en que se sustancia la acción impugnativa de la modificación sustancial productora de perjuicio cualificado, no debería comportar la inadmisión sino la suspensión de la acción extintiva hasta la sentencia firme que resuelva la impugnación⁵⁵⁹; aunque, bien mirado, en este caso el riesgo de vencimiento del plazo que esta regla de coordinación de las acciones busca evitar estaría ausente dado que mientras que el de la acción impugnativa sería el de caducidad establecido en el art. 59.4 ET, el aplicable a la dimisión provocada es el de un año de prescripción determinado en el art. 59.1 del mismo cuerpo legal.

Una vez adquirida firmeza la sentencia desestimatoria de la impugnación de la modificación sustancial productora de perjuicio cualificado al trabajador, es cuando cabe plantearse si desplegará fuerza de cosa juzgada material sobre un proceso ulterior en el que el mismo trabajador afirme una acción resolutoria al amparo de la primera apertura causal del art. 50.1 a) ET.

La cosa juzgada material es “un determinado efecto de algunas resoluciones judiciales (generalmente sentencias), consistente en una precisa y determinada fuerza de vincular en otros procesos a cualesquiera órganos jurisdiccionales (el mismo que juzgó u otros distintos), respecto del contenido de esas resoluciones”⁵⁶⁰. Su eficacia se proyecta de dos formas diversas. La primera, cuando se promueve un proceso con el mismo objeto ya resuelto en un proceso anterior mediante sentencia firme, supuesto en el que la vinculación de la cosa juzgada implica la exclusión del segundo proceso y desde luego de una sentencia sobre el fondo en el mismo; a esta vinculación de la cosa juzgada que responde al principio general del Derecho *non bis in idem*, se le denomina función *negativa o excluyente* y tiene su acogida en el derecho

⁵⁵⁸ Vid. BEJERANO HERNÁNDEZ, A.: “Excepciones procesales y subsanación de defectos”, RL, I, 1995, pp. 416-419.

⁵⁵⁹ Análogamente a la suspensión de los conflictos individuales que concurren con conflictos colectivos en materia de impugnaciones por movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo, impuesta por el art. 138.3 LPL, supuesto que la jurisprudencia ha considerado determinante de prejudicialidad y no de litispendencia; vid. en este sentido, STSud 30-6-1994 (RJ 5508); STSJ Andalucía 27-11-1996 (AS 4924).

⁵⁶⁰ Vid. DE LA OLIVA SANTOS, A. y DIEZ-PICAZO JIMÉNEZ, I., op. cit., pg. 492.

positivo a través del art. 222.1 de la LEC ⁵⁶¹. La otra, y no menos importante, función de la cosa juzgada es la positiva o prejudicial, cuya virtualidad reside en que lo antes resuelto en un proceso por sentencia firme vinculará al juzgador de un proceso ulterior con distinto objeto al primero siempre que se traten de los mismos sujetos y que lo ya juzgado constituya un antecedente o presupuesto lógico de lo que haya de resolverse; esto es, el juez o tribunal del proceso posterior podrá dictar sentencia sobre el fondo pero deberá atenerse y no contradecir lo dispuesto en el pronunciamiento firme anterior, tal y como dispone el art. 222.4 LEC.

Nótese, pues, que la función negativa o excluyente de la cosa juzgada exige que entre los dos procesos exista una triple identidad: de sujetos, de *petitum* y de *causa petendi*; por el contrario, su función positiva o prejudicial se desencadena cuando no existiendo identidad total de las pretensiones deducidas en ambos procesos, sí existe en cambio entre ellos una conexión o “conexidad” consistente en que en el segundo proceso promovido se ha de resolver sobre elementos ya decididos en la sentencia firme recaída en el anterior. Ahora bien, no toda conexión activa la fuerza vinculante propia de la función positiva de la cosa juzgada, ya que es preciso que los sujetos de ambos procesos sean jurídicamente idénticos y que parte de lo que se plantea como objeto de decisión en el segundo proceso ya haya sido resuelto en el anterior, o bien que para resolver sobre cuestión distinta lo ya decidido por la sentencia previa constituya un presupuesto lógico jurídico; es decir, en todo caso parte de lo que se ha de resolver en el segundo proceso o de lo que en él ha de tomarse como base para el enjuiciamiento ha sido ya resuelto en sentencia firme en un proceso anterior. Pero, con todo, esa parcial coincidencia anteriormente descrita es requisito necesario aunque no suficiente, requiriéndose además que un precepto legal o, cuando menos, una jurisprudencia consolidada obliguen o autoricen a considerar vinculante lo decidido ⁵⁶².

Partiendo de esta construcción de la institución de la cosa juzgada material, debe concluirse que si la acción impugnativa ejercida por el trabajador contra

⁵⁶¹ Ley 1/2000 de 7 de enero, de enjuiciamiento civil.

⁵⁶² Sobre la distinción entre los dos efectos negativo y positivo de la cosa juzgada, vid. DE LA OLIVA SANTOS, A. y DIEZ-PICAZO, I., op. cit., pp.493, 525 y 526.

una modificación sustancial generadora de perjuicio cualificado da lugar a una sentencia firme desestimatoria de su pretensión, en un proceso sucesivo en el que el mismo trabajador afirme una acción resolutoria fundada también en la misma medida empresarial modificativa cualificadamente lesiva, no podrá apreciarse, ni de oficio ni a instancia del demandado, la operatividad de la función negativa de la cosa juzgada al no existir plena y total identidad entre las dos acciones puesto que, como ya se ha tenido oportunidad de apuntar, aunque las partes y la causa de pedir coincidan, lo que se pide, esto es, la tutela jurisdiccional que se solicita es diferente: en la acción impugnativa se pide una sentencia declarativa de condena que revoque la medida empresarial y ordene la restauración de las originales condiciones laborales, en tanto que en la acción resolutoria se solicita una sentencia de efectos constitutivos que declare extinguida la relación laboral y el derecho del trabajador a una indemnización.

Llegados, pues, a la convención de que la sentencia firme que desestime la demanda impugnativa contra la modificación sustancial lesiva no despliega el efecto excluyente de la cosa juzgada sobre un sucesivo proceso en el que se afirme la acción resolutoria ex art. 50.1 a) ET, debe admitirse, sin embargo, que la existencia de conexión entre ambos procesos en base a la identidad de sujetos y de *causa petendi* unida a la aplicación supletoria del art. 222.4 LEC⁵⁶³, determinará que la primera sentencia sí genere la vinculación propia de la función positiva de la cosa juzgada. En efecto, las dos sucesivas pretensiones deducidas por el trabajador tienen diverso *petitum*, pero los hechos que las fundamentan (*causa petendi*) coinciden: una modificación sustancial de condiciones de trabajo devenida ilícita por vulnerar derechos básicos del trabajador en la relación laboral cuales son la formación profesional o la dignidad; de modo que si el juzgador ha desestimado mediante sentencia firme la demanda impugnativa por entender que tal vulneración no se ha producido, es claro que tal decisión (la inexistencia de perjuicio cualificado) forma parte de lo que tendrá que decidirse o de lo que habrá de tomarse como base en el

⁵⁶³ Ante la inexistencia de norma específica al respecto en la LPL, debe considerarse de aplicación supletoria el art. 222.4 LPL que establece que “Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal”.

segundo proceso por el que discurra la pretensión resolutoria ejercida al amparo del art. 50.1 a) ET, puesto que en este caso concreto la extinción está condicionada legalmente a la existencia de dicho perjuicio cualificado. Así las cosas, apreciado, de oficio o a instancia de parte, el efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada, el proceso iniciado con la demanda de resolución del contrato interpuesta por el trabajador tendría que terminar con sentencia sobre el fondo en la que, manifestándose expresamente la estimación de cosa juzgada, no podrá contradecirse lo decidido en la sentencia anterior acerca de la ausencia o falta de prueba del perjuicio cualificado alegado por el trabajador, lo que en definitiva abocará en la desestimación de la pretensión extintiva.

1.2 La impugnación colectiva. El proceso de conflicto colectivo y su modalización como cauce impugnativo de modificaciones sustanciales

Sin perjuicio de la anterior, los arts. 40.2 y 41.4 ET contemplan una vía diversa de impugnación de modificaciones sustanciales colectivas a cargo de los representantes de los trabajadores. Esta reclamación colectiva se efectúa por conducto de la modalidad procesal de conflicto colectivo ex arts. 151 y ss. LPL, si bien con una relativa modalización (proceso de conflicto colectivo «especial») en virtud del objeto específico que en este caso tiene el procedimiento que se resume en que, por un lado, el plazo de ejercicio de la acción impugnatoria es coincidente con el de la impugnación individual, puesto que el art. 59.4 ET, al establecer el *quantum* y la naturaleza del plazo de ejercicio de las acciones contra modificaciones sustanciales, no distingue entre acciones individuales y colectivas⁵⁶⁴; y por otro lado, en el plano de la legitimación pasiva, si la modificación se ha efectuado sobre la base de un acuerdo alcanzado entre el empleador y los representantes legales o sindicales de los trabajadores en el preceptivo periodo de consultas-negociación, deberán ser demandados no sólo el empresario, sino también los representantes que suscribieron el acuerdo modificativo⁵⁶⁵.

⁵⁶⁴ A esta conclusión llega el TS: SSTud 21-2-1997 (RJ 1571); 14-3-1997 (RJ 2473); 29-5-1997 (RJ 4475); SSTS 7-6-1999 (RJ 5206); 22-7-1999 (RJ 6165); 9-4-2001 (RJ 5112) si bien estos mismos pronunciamientos advierten de la inaplicabilidad del plazo de caducidad en los supuestos en que la acción colectiva se ejercite contra modificaciones que no se atengan a la configuración legal del art. 41 por infracción total de requisitos procedimentales.

⁵⁶⁵ Por toda la doctrina, vid. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., op. cit., pp. 291 y 293.

Por el contrario, no entra en el ámbito de las especialidades que se predicán del procedimiento de conflicto colectivo “especial” sustanciable en este supuesto concreto la irrecurribilidad de la sentencia que lo resuelva, de modo que contra la sentencia colectiva cabrá recurso de suplicación de conformidad con lo establecido expresamente en el art. 189.1 f) LPL, sin que exista, por tanto, laguna alguna al respecto ni, en consecuencia, proceda interpretación analógica que conduzca a la aplicación de lo previsto en el art. 138.4 LPL para el pronunciamiento recaído en el procedimiento impugnativo individual que sí se considera firme e irrecurrible ⁵⁶⁶.

Debe recordarse, por lo demás, que la impugnación colectiva no es excluyente de previas, coetáneas o sucesivas reclamaciones individuales, pero tanto las normas sustantivas referidas como el art. 138.3 LPL advierten que de interponerse demanda de conflicto colectivo, quedará suspendida la tramitación de las acciones impugnativas individuales hasta la resolución del conflicto colectivo ⁵⁶⁷.

1.3 La impugnación a través de la modalidad de tutela de derechos fundamentales

Con todo, las modalidades procesales comentadas no son las únicas que permiten viabilizar la impugnación de decisiones empresariales modificativas de condiciones de trabajo. En efecto, cabe aún una tercera modalidad cual es la específica de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, respecto de la que deben hacerse algunas consideraciones tanto acerca de su idoneidad cuanto de sus limitaciones en orden a servir de cauce a la impugnación de modificaciones sustanciales.

Como es sabido, la LPL (arts. 175 y ss.) regula un proceso específico de tutela de la libertad sindical y de los restantes derechos fundamentales, cuyo fundamento radica en el sistema de garantías constitucional de los mismos y en particular en el mandato establecido en el art. 53.2 CE, en virtud del cual cualquier ciudadano podrá recabar su tutela ante los tribunales ordinarios mediante un procedimiento basado en los principios de preferencia y

⁵⁶⁶ Vid., en este sentido, STSJ Cataluña 22-4-2002 (Fj. 1^o), RL n^o 18, septiembre 2002, TSJ-1711.

⁵⁶⁷ Vid. arts. 40.2, 41.4 ET y art. 138.3 LPL.

sumariedad. En consecuencia, no cabe albergar duda alguna respecto a que, en principio y sin perjuicio de las salvedades y los matices que enseguida se abordarán, en el supuesto en que una alteración sustancial de condiciones de trabajo se pueda haber implantado con vulneración de algún derecho fundamental del trabajador/es afectados o implique tratamiento discriminatorio contrario al art. 14 CE, cabría recurrir a este proceso de amparo ordinario sustanciado ante los tribunales del orden social ⁵⁶⁸, al no encontrarse estas materias - movilidad geográfica y modificación sustancial -, entre las que el art. 182 LPL remite a la modalidad procesal correspondiente por razón de la materia ⁵⁶⁹.

Esta específica vía de impugnación es aplicable tanto frente a modificaciones individuales como colectivas, correspondiendo la legitimación activa, en el primer caso, exclusivamente al trabajador directamente lesionado ⁵⁷⁰, mientras que en el segundo caso y sin perjuicio de la legitimación del trabajador como sujeto lesionado, ostentarán también legitimación el sindicato con implantación en el ámbito del conflicto y los representantes legales y sindicales de los trabajadores afectados por la medida ⁵⁷¹. En todo caso el procedimiento tendrá carácter urgente y preferente y el plazo para el ejercicio de la acción será el señalado por el art. 59.4 ET para la impugnación de las modificaciones sustanciales, al ser ésta la medida en la que se concreta la lesión del derecho fundamental que se invoque ⁵⁷².

⁵⁶⁸ Vid. STSJ Castilla y León 16-3-1998 (RJ 1267) que resuelve una impugnación de una modificación sustancial de condiciones de trabajo sustanciada a través de la modalidad procesal de amparo ordinario.

⁵⁶⁹ En efecto, el art. 182 LPL contiene un mandato remisivo, en virtud del cual cuando la invocación de lesión de derechos fundamentales se realice en demandas relativas a vicisitudes extintivas del contrato, vacaciones, materia electoral, impugnación de estatutos sindicales o de convenios colectivos, su tramitación no se efectuará por el cauce procesal de tutela de derechos fundamentales, sino a través de la modalidad procesal que corresponda por razón de la materia.

⁵⁷⁰ Sin perjuicio de que el sindicato pueda personarse como coadyuvante, cfr. art. 175.2 LPL.

⁵⁷¹ Vid. en este sentido, SAN MARTIN MAZZUCCONI, C., op. cit., pp.302-303, que considera que aunque el art. 175 LPL contempla reductivamente al trabajador o al sindicato como únicos sujetos legitimados, la ampliación del objeto del proceso abarcando no sólo la tutela del derecho de libertad sindical sino además de cualquier otro derecho fundamental (art. 181 LPL), obliga a un reajuste de la legitimación activa que incluya tanto al sindicato como a los representantes de los trabajadores en el ámbito de la empresa. En este sentido también, ROMÁN DE LA TORRE, M^a.D.: “Proceso de tutela de derechos fundamentales”, en VV.AA.: El proceso laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1996, pp. 236 y ss.

⁵⁷² En efecto, el art. 177.2 LPL establece que el plazo para el ejercicio de la acción coincidirá con el general de prescripción o caducidad que corresponda legalmente a la acción que pueda interponerse contra la conducta en la que se concrete la lesión del derecho invocado, por lo que, en consecuencia, el plazo será el de caducidad y de 20 días desde la fecha de notificación de la modificación, previsto en los arts. 59.4 ET y 138.1 LPL para la impugnación de medidas de movilidad geográfica y modificación

Pero lo que principalmente debe subrayarse en relación a esta particular vía impugnatoria de las modificaciones sustanciales se refiere a la rigurosa limitación del ámbito cognitivo del proceso especial de tutela de derechos fundamentales que advertida por la doctrina científica ⁵⁷³ y sentada por la jurisprudencia ⁵⁷⁴ y la más reciente doctrina constitucional, implica que sólo será aplicable a las pretensiones que se fundamenten exclusivamente en la alegación de violación de derechos fundamentales ⁵⁷⁵. Por ello y desde esta perspectiva, de utilizarse esta modalidad procesal para la impugnación de medidas empresariales modificativas, su objeto se reducirá exclusivamente al

sustancial de condiciones de trabajo. Sin embargo, BEJERANO HERNÁNDEZ, A.: *Modificaciones sustanciales...*, cit. pg. 217, matiza que si la modificación sustancial impugnada no responde a la etiología ni a la naturaleza de las reguladas en el art. 41 ET, el plaxo de la acción será el general de un año de prescripción del art. 59.1 ET.

⁵⁷³ Para un estudio de la rígida delimitación legal del objeto de la modalidad procesal de amparo ordinario, vid. Monereo Pérez, J.L./FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: "Comentario al art. 176 de la LPL", en VV.AA.: *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, Comares, Granada, pp. 1078-1085).

⁵⁷⁴ La SAN 11-11-2002 (JUR 42485) resume la doctrina del Tribunal Supremo sobre la limitación del ámbito objetivo del proceso de amparo ordinario sobre la que ha establecido: "La doctrina de esta Sala sobre la delimitación del ámbito objetivo, propio y exclusivo, de la modalidad procesal de tutela de los derechos de libertad sindical o de cualquier otra fundamental que regulan los arts. 175 a 181 LPL (RCL 1995, 1144, 1563), así como de las consecuencias que de ello se derivan, aparece contenida, fundamentalmente, en las sentencias de 18-11-91 (RJ 1991, 8245]), 18-5-92 (RJ 1992, 3562]), 21-6-94 (RJ 1994, 6315]), 24-1-96 (rec. 629/1995), 24-9-96 (rec. 683/1996), 6-10-97 (rec. 660/1997), 14.11-97, (RJ 1997, 8312]), 19-1, 3-11 y 26-6-1998 (rec. 724/1997, 634/1997 y 4373/1997, respectivamente), 15-2-2000 (RJ 2000, 3417]), 20-6-2000 (RJ 2000, 5960]) y 24-6-01 (RJ 2001, 4879]). Y puede resumirse del siguiente modo: A/. Por imperativos del art. 176/LPL, el ámbito del proceso queda limitado al conocimiento de la lesión del derecho fundamental, sin posibilidad de acumulación con acciones de otra naturaleza, o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos a la tutela del derecho fundamental correspondiente. Sólo es pues utilizable, cuando la pretensión interpuesta tenga por exclusivo objeto recabar tutela judicial efectiva para el derecho fundamental supuestamente vulnerado y derive de conductas de violación o incumplimiento de la norma constitucional que lo reconoce o de las normas legales que lo desarrollan, sin comprender las facultades que hayan podido ser añadidas por normas infraconstitucionales, a las que el art. 176 se refiere como "fundamentos diversos" a la tutela del correspondiente derecho fundamental. De lo anterior se desprende, que la lesión de la libertad sindical o derecho fundamental aducida haya de ser inmediata y directa. B/. Lo decisivo, a efectos de la adecuación del procedimiento, no es que la pretensión deducida esté correctamente fundada y deba ser estimada, sino que formalmente se sustancie como una pretensión de tutela, es decir, que se afirme por el demandante la existencia de una violación de un derecho fundamental. Ahora bien, el hecho de que, junto a la alegación de la vulneración de un derecho fundamental, se introduzca en la controversia la denuncia de una infracción de la legalidad ordinaria o se aleguen fundamentos diversos a la tutela, o el órgano judicial competente considere que no se ha producido la lesión del derecho fundamental invocado, no afecta a la adecuación del procedimiento. La consecuencia será, de acuerdo con el principio de cognición limitada propia de esta modalidad procesal que deriva del artículo 176 de la Ley de Procedimiento Laboral, la desestimación de la pretensión de tutela, sin examinar los restantes fundamentos diversos ni enjuiciar las cuestiones de legalidad ordinaria. Pero no la declaración de inadecuación de un procedimiento en el que formalmente se ha instado la tutela del derecho fundamental de forma correcta. Sin perjuicio, por supuesto, del derecho de la parte a ejercitar la acción ordinaria en el procedimiento correspondiente.

⁵⁷⁵ Esta es la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en STC 116/2001 (RTC 2001, 116), en la que se determina que el procedimiento de amparo ordinario tiene un ámbito de cognición limitado, por lo que por este cauce procesal no pueden resolverse cuestiones de mera legalidad ordinaria.

enjuiciamiento de si existe o no vulneración de derechos fundamentales por causa de la movilidad geográfica o de la modificación sustancial de condiciones de trabajo y, en caso afirmativo: declarar nula la medida empresarial, condenar al empresario a la reposición del trabajador afectado en sus condiciones laborales originales, así como a la reparación del perjuicio devenido por la lesión abstracta del derecho fundamental invocado, con el abono, en su caso, de la correspondiente indemnización ⁵⁷⁶.

En consecuencia, si la pretensión de la demanda impugnativa se dirige al mero enjuiciamiento de la existencia de infracciones por parte del empresario de requisitos legales de fondo y/o de forma en la introducción de la medida modificativa o, incluso, cuando además se persiga una declaración judicial de que con ella se ha producido una vulneración de bienes jurídicos no protegidos por derechos fundamentales, deberá descartarse el procedimiento especial de tutela, ya que al tratarse de cuestiones de mera legalidad ordinaria las modalidades procesales idóneas para la impugnación serán las reguladas en los arts. 138 o 151 y ss. LPL, según se trate, respectivamente, de modificación sustancial individual o colectiva. Del mismo modo, si la pretensión es más amplia y persigue que, además de que el órgano jurisdiccional entre en el enjuiciamiento de la licitud causal y procedimental de la modificación operada, resuelva acerca de una eventual lesión de derechos fundamentales causalizada en aquélla, tampoco sería el proceso especial de tutela el aplicable al sobrepasarse el límite de su ámbito de cognición, debiendo acudir de nuevo a las modalidades procesales anteriormente referidas ⁵⁷⁷.

Ahora bien, si lo que se persigue es, exclusivamente, recabar la tutela judicial en base a la alegación de discriminación o de una afectación de derechos fundamentales devenidas de una modificación sustancial de condiciones de trabajo, es cuando este proceso específico de tutela será cauce idóneo para la impugnación de la medida modificativa sobre la que se concreta la lesión, si bien no en régimen de exclusividad ya que también cabrá acudir alternativamente, esto es, a opción del trabajador o de los representantes legales legitimados para ejercitar la acción impugnatoria, a las modalidades

⁵⁷⁶ Vid. art. 180.1 LPL.

⁵⁷⁷ CACHÓN VILLAR, P. y DESDENTADO BONETE, A.: Reforma y crisis del proceso social (1994-1996), Aranzadi, Pamplona, 1996, pg. 138.

procesales del art. 138 LPL o de conflicto colectivo - según se trate de modificación individual o colectiva - ⁵⁷⁸ que serán igualmente idóneas para encauzar pretensiones contra modificaciones sustanciales discriminatorias o lesivas de derechos fundamentales, si bien ya con exclusión de las garantías excepcionales propias de primero . Esta tesis ha sido, en efecto, la sostenida por el Tribunal Supremo al mantener el carácter opcional del proceso de amparo ordinario, salvo para los supuestos en que se imponga el reenvío a la modalidad procesal específica por razón de la materia en que se concrete la lesión invocada, en virtud del mandato remitivo del art. 182 LPL ⁵⁷⁹. En esta línea, la doctrina constitucional ha llegado, con carácter general, a la misma conclusión de naturaleza procesal, esto es, que la especificidad del procedimiento especial de tutela no impide que las eventuales lesiones de derechos fundamentales puedan canalizarse, opcionalmente, a través del procedimiento ordinario o de la modalidad que corresponda en atención a la materia en la que se concrete la lesión alegada, abriendo con ello, rotundamente, en el orden social una doble y opcional vía procedimental para la satisfacción de violaciones de derechos fundamentales y libertades públicas ⁵⁸⁰.

En el ejercicio de esa opción a cargo del trabajador o de los representantes legales, el decantarse por la alternativa de la modalidad de amparo ordinario determinará que, de estimarse la pretensión, la única calificación posible de la medida modificativa impugnada sea la nulidad radical que comportará la declaración del derecho del trabajador o trabajadores afectados a la reposición regular en las condiciones laborales que disfrutaban previamente a la modificación y la correspondiente condena al empresario a esa reposición. La sentencia, además, será inmediatamente ejecutiva aunque sea objeto de

⁵⁷⁸ En este sentido, vid. PALOMO BALDA, E.: “Modificación sustancial de las condiciones de trabajo y ejercicio de acciones individuales”, Alteraciones en el contenido de la prestación y en las condiciones de trabajo, Cuadernos de Derecho Judicial (Martínez Emperador, R. Dir.), CGPJ, Madrid, 1996, pp. 184 y ss.; ROMÁN DE LA TORRE, M.D.: “Proceso de tutela de derechos fundamentales”, en VV.AA., El proceso laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1996, pp. 222 y ss.; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: El régimen jurídico de la Modificación Sustancial de las Condiciones de Trabajo, cit., pp. 287-288. En contra, postulando como única vía impugnatoria el proceso especial de tutela, en caso de lesión de derechos fundamentales, vid. Pedrajas MORENO, A.: “Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, en VV.AA., La Reforma del Mercado Laboral (Valdés dal Ré, F. Dir.), Lex Nova, Valladolid, 1994, pp. 338 y ss.

⁵⁷⁹ Vid. entre otras, STS 21-3-1995 (RJ 2175).

⁵⁸⁰ STC 90/1997 (RTC 90, 1997).

ulterior recurso, tal y como establece el art. 301 LPL, tratándose, claro está, de una ejecución provisional de cuyos pormenores se tratará más adelante ⁵⁸¹.

2. La calificación judicial de la medida modificativa impugnada y dimisión provocada. Convergencias y divergencias entre el ET y la LPL

Una vez impugnada la modificación sustancial por cualquiera de los dos primeros cauces procesales especiales señalados, esto es a través de la modalidad regulada en el art. 138 LPL o la modalidad de conflicto colectivo (ex arts 151 y ss. LPL), el legislador de la ley adjetiva, que no el de la sustantiva laboral, contempla tres posibilidades en orden a la calificación de la medida empresarial⁵⁸²: que ésta se declare justificada, injustificada o nula, y aunque la vinculación con la causa de dimisión provocada contemplada en la Ley sustantiva (art. 50.1.c) segundo inciso) parece ceñirse únicamente a la segunda de las calificaciones judiciales posibles de la modificación -la de injustificación-, un completo y adecuado entendimiento de la problemática que suscita esta causa resolutoria aconseja un análisis de todas ellas.

2.1 Declaración judicial de justificación de la medida modificativa: causas y efectos jurídicos. La desestimación de la demanda impugnativa y dimisión provocada ex art. 50.1 a) ET.

2.1.1 Causas y efectos jurídicos de la sentencia que declara justificada la medida modificativa

Impugnada la medida empresarial, ya sea individual o colectivamente, a tenor de lo dispuesto en el art. 138.5 LPL se declarará justificada la modificación si el juzgador considera suficientes y acreditadas las razones invocadas por la empresa y siempre que, aunque no lo explicita el precepto, los datos fácticos alegados sean realmente subsumibles en las causas legales -que no pueden ser otras que económicas, técnicas, organizativas o de producción-, así como que la medida supere un juicio de razonabilidad por

⁵⁸¹ Vid. infra II, 4.2.

⁵⁸² En efecto mientras que el art. 138 LPL establece como posibles calificaciones de la modificación impugnada la de declaración de la misma como justificada, injustificada o nula, los preceptos estatutarios únicamente se refieren a la declaración de la medida modificativa como justificada o injustificada, con lo que la ley adjetiva laboral ha venido a salvar una incomprensible laguna del ET al respecto.

estimarse necesaria y proporcional en orden a los fines perseguidos por la empresa: la mejora de su competitividad y productividad ⁵⁸³. Esta calificación judicial lleva anudado el efecto jurídico de confirmar la efectividad de la medida organizativa del empleador y, en consecuencia, que el trabajador deba asumir, en principio, el cambio sustancial sin derecho a indemnización alguna.

Se ha dicho deliberadamente “en principio”, por que se suscita una primera duda interpretativa en este estadio que refiere a si los preceptos de las normas sustantivas reguladoras de la modificación sustancial de condiciones de trabajo (arts. 41.3 y 40.1 ET) admiten la posibilidad de que una vez que el trabajador haya procedido a la impugnación y tras un fallo desfavorable a su pretensión que declare justificada la medida empresarial, éste conserva su facultad de resolver extrajudicialmente el contrato de trabajo con indemnización de 20 días de salario por año de antigüedad, en base al perjuicio “simple o genérico” que dicha medida le infiera, siempre que se trate de un traslado o de una alteración de jornada laboral, horario o régimen de turnos. A este respecto doctrina y jurisprudencia se han cuestionado si la opción de impugnación es alternativa y excluyente respecto a la de rescisión indemnizada por perjuicio simple prevista legalmente o si, por el contrario, tras la demanda impugnativa y el fallo desfavorable a la pretensión del trabajador, éste puede utilizar sucesivamente la vía rescisoria extrajudicial apuntada por los preceptos estatutarios referidos con anterioridad.

La confusa redacción de los preceptos de referencia, ha propiciado dos posturas doctrinales divergentes. Por un lado, la que se decanta por la primera solución apuntada anteriormente, basándose en una interpretación literal de los preceptos que establecen que “ si el trabajador no ha optado previamente por la extinción de su contrato se muestre disconforme con la decisión empresarial podrá impugnarla ante la jurisdicción competente”, lo que parece apuntar a dos vías de reacción frente a la medida modificativa empresarial excluyentes e

⁵⁸³ La declaración judicial de justificación de la medida presupone, además, el cumplimiento de los requisitos formales y procedimentales ya que tal calificación se refiere a una decisión empresarial conforme a la legalidad desde que se adoptó. Ahora bien, en la hipótesis de que en la demanda impugnativa se alegaran conjuntamente defectos de fondo y de forma, correspondería analizar en primer término la regularidad formal de la modificación y una vez apreciada ésta, proceder a la valoración de las causas justificativas; vid. al respecto, BAYLOS GRAU- CRUZ VILLALÓN- FERNÁNDEZ LÓPEZ: Instituciones de Derecho Procesal Laboral, Trotta, 2^o ed. Madrid, 1995, pg. 368.

incompatibles entre sí ⁵⁸⁴. Por el contrario y con argumentos más compartibles, se postula una interpretación flexible y lógico-finalista de los propios términos de las normas aplicables, según la cual lo que ha pretendido expresar el legislador es que la impugnación judicial sólo tiene sentido si el trabajador no se ha decidido previamente por la extinción contractual, puesto que no es jurídicamente viable la impugnación de la modificación de una relación laboral ya extinta; por otra parte, se esgrime el argumento de que negar al trabajador la facultad rescisoria a resultas de una impugnación previa, vulneraría el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE ⁵⁸⁵.

En lo concerniente a la doctrina legal respecto a este controvertido asunto, los pronunciamientos de suplicación inicialmente mayoritarios se decantaron por la primera tesis, si bien con posterioridad se ha ido abriendo camino la segunda postura ⁵⁸⁶, que ha sido la definitivamente acogida por la doctrina unificadora del TS al entender que la literalidad del art. 40.1, parrf. 5º así como la del art. 41.3, prrf. 3º no imponen secuencia temporal alguna entre impugnación y extinción indemnizada del contrato por voluntad del trabajador que advierta perjuicio simple con la afectación de la medida, sino que tan sólo consignan una obviedad explicativa por la que se apunta que, pese a que la decisión empresarial modificativa es ejecutiva desde el transcurso del plazo legal de preaviso, el trabajador tiene la facultad de impugnarla siempre que no haya optado por la extinción ya que ambas facultades son de incompatible ejercicio simultáneo y que la impugnación sólo tendrá cabida cuando no se haya rescindido previamente el contrato. En suma, se entiende que en ningún caso la impugnación neutraliza *ad futurum* la facultad extintiva que podrá ejercitarse ulteriormente si la respuesta judicial ha sido desfavorable a su

⁵⁸⁴ Vid. STSJ Asturias 23-2-1996 (AS 285); STSJ Extremadura 30-4-1996 (AS 1374); STSJ Cataluña 15-4-1997 (AS 1428). En el mismo sentido, implícitamente, VIDA SORIA, J.: “El nuevo régimen jurídico de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo “; El nuevo Estatuto de los Trabajadores: Puntos críticos, Edersa, Madrid, 1995, pg101.

⁵⁸⁵ CRUZ VILLALÓN, J.: “Resolución del contrato: modificación sustancial de condiciones de trabajo”, en VV.AA: Extinción del contrato de trabajo, FRANCIS LEFEVRE, Madrid, 1998, pg. 196. Cuestión distinta es constatar que los perentorios plazos de reacción a los que debe someterse el trabajador pueden dificultar la conjugación sucesiva de las dos opciones, ya que la impugnación tiene un plazo de caducidad de 20 días desde la notificación y la acción rescisoria un plazo de 30 días desde la misma fecha; Vid. en este sentido, SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: Régimen jurídico de la modificación sustancial de condiciones de trabajo, cit. pg.233.

⁵⁸⁶ Exponente de esta última tendencia, STSJ Castilla-León 15-12-1998 (AS 4651).

pretensión y el trabajador no desea asumir un cambio de sus condiciones de trabajo que estima causantes de un perjuicio no cualificado o genérico⁵⁸⁷.

2.1.2 Desestimación de la pretensión impugnativa frente a la modificación sustancial y dimisión provocada ex art. 50.1 a) ET

No obstante la convención anterior, cabe aun el interrogante de si recaída sentencia que declare justificada la modificación se mantiene operativa, así mismo, la facultad resolutoria que legitima al trabajador a instar la extinción del contrato por incumplimiento empresarial en el supuesto de que la modificación le infiera un perjuicio “cualificado” o específico por menoscabar su formación profesional y/o su dignidad, esta vez al amparo de lo dispuesto en el art. 50.1.a) ET, alternativamente a la facultad extintiva de ejercicio extrajudicial que le atribuyen los arts. 40. 1 y 41.3 ET. La misma solución hermenéutica defendida respecto a la operatividad de la facultad “rescisoria” extrajudicial, debe aplicarse también al abordar esta segunda hipótesis. La respuesta ha de ser igualmente positiva en base a los mismos argumentos esgrimidos con anterioridad que aquí cobran, si cabe, mayor virtualidad.

En efecto, ha de repararse en que la declaración judicial de que la medida modificativa impugnada es justificada puede presuponer únicamente su validez desde un punto de vista causal y formal⁵⁸⁸, pero no tiene por que excluir, sin embargo, que produzca un perjuicio cualificado al trabajador afectado que puede no haber sido esgrimido como fundamento de la acción impugnativa. Por tanto, en la eventualidad de que ese perjuicio exista y haya sido ignorado por el juzgador por no haberse alegado al ejercitar la acción impugnativa, no cabe negarle el derecho a optar por la dimisión provocada, esto es a solicitar, ulteriormente a la desestimación de la pretensión impugnatoria, la declaración judicial de extinción indemnizada del contrato frente a lo que constituiría, si se acredita el perjuicio, un incumplimiento empresarial con *eficacia resolutoria* conforme al art. 50.1.a) ET materializado en el marco de una modificación

⁵⁸⁷ En este sentido, STSud 21-12-1999 (RJ 2000/ 1426).

⁵⁸⁸ Esto sucederá cuando los fundamentos de hecho y de derecho (*causa petendi*) alegados al ejercitar la acción impugnativa se reduzcan a defectos relativos a la motivación de la medida modificativa o a la forma de implantación, pero ya se ha argumentado que no parece existir impedimento legal para que la impugnación pueda fundarse en el perjuicio cualificado que la modificación infiere al trabajador, vid. supra 3.2.1 A).

sustancial que, por ello mismo, deviene ilícita ⁵⁸⁹. La solución contraria abocaría, tal y como reconoce la doctrina unificada del TS citada respecto a la hipótesis de la extinción por perjuicio genérico o simple sucesiva a la impugnación, a resultados lesivos del derecho a la tutela judicial efectiva amparado por el art. 24.1 CE, pues condicionaría la efectividad del derecho a la extinción indemnizada a la renuncia del derecho fundamental a someter a criterio judicial la legalidad causal y formal de la medida empresarial ⁵⁹⁰. Pero es que, a mayor abundamiento, resultaría infundada desde una interpretación literal del art. 41.3, prrf.2º, en el que expresamente se advierte que la facultad de rescisión extrajudicial con indemnización menor se le atribuye al trabajador afectado “sin perjuicio de lo establecido en el artículo 50, apartado uno, a)”, lo que debe interpretarse en el sentido de que impugnada la medida modificativa y declarándose ésta justificada, si el trabajador no opta sucesivamente ni por el aquietamiento ni por la resolución extrajudicial del contrato con indemnización menor, podrá acudir a la dimisión provocada siempre que entienda que aquella modificación es productora de perjuicio cualificado o específico al vulnerar su derecho a la formación profesional y/o su dignidad ⁵⁹¹.

La conjugación sucesiva de la impugnación y la dimisión provocada al amparo del art. 50.1 a) ET que aquí se postula no estaría amenazada, por otra parte, por el vencimiento de plazos procesales puesto que, mientras que la acción impugnativa encauzada por el proceso del art. 138 LPL está sometida al plazo de veinte días de caducidad establecido en el art. 59.4 ET ⁵⁹², el aplicable a la acción resolutoria ex art. 50. 1. a) ET es, según doctrina y jurisprudencia mayoritarias, el establecido en el art. 59.1 del mismo cuerpo legal: un año de

⁵⁸⁹ Vid. *supra* 1.2.1, pp.20-22.

⁵⁹⁰ Vid. STSud 21-12-1999, cit. En efecto, uno de los ejes formales de la doctrina constitucional respecto al derecho a la tutela judicial efectiva es que éste contiene en su núcleo esencial el derecho del ciudadano titular de derechos o intereses legítimos a impetrar su tutela ante un órgano jurisdiccional; vid. en este sentido, por citar las más recientes SSTC 18-12-2000 (RTC 2000/308); 29-1-2001 (RTC 2001/10); 26-2-2001 (RTC 2001/51); 26-3-2001 (RTC 2001/ 75) y 17-9-2001 (RTC 2001/177).

⁵⁹¹ Es más, algún pronunciamiento de suplicación ha admitido que si la facultad “rescisoria” con indemnización menor del art. 41.3 ET se ejercitase judicialmente, cabría el ejercicio simultáneo y por separado de dicha acción extintiva y la acción resolutoria ex art. 50.1 a) ET puesto que ninguna norma procesal lo impide, vid., STSJ Asturias 15-2-2002 (Fj. 2º), AL, nº 24, 2002, TSJ-775. Lo que no sería viable es la acumulación de las dos acciones en el mismo proceso ya que, aunque ambas comparten sujetos y *petitum*, el art. 27 LPL prohíbe que la acción resolutoria ex art. 50 se acumule a cualquier otra, con la salvedad de su acumulación con la de despido (art.32 LPL).

⁵⁹² Vid. entre otras, STSJ Cataluña 2-5-1996 (AS 1406); STSJ Madrid 21-5 1996 (AS 2184); STSJ Aragón 24-9-2001 (AS 3759).

prescripción ante la inexistencia de plazo específico al respecto⁵⁹³; esta diversidad de plazos determina que, agotada la vía impugnativa con sentencia firme, subsista la vigencia del plazo procesal para la acción resolutoria.

Una vez formulada la demanda resolutoria, tampoco podría alegar el empresario litispendencia, puesto que, como se sabe, esta excepción procesal parte del presupuesto de que el proceso anterior -aquí, el impugnativo de la modificación- esté aun en curso por motivo de recurso, y en este caso la impugnación viabilizada por el proceso especial ex art. 138 LPL se resuelve en instancia mediante sentencia firme.

En la misma línea argumental, hay que concluir que la sentencia firme que ponga fin al proceso impugnativo no desplegará la vinculación propia de la función negativa o excluyente de la cosa juzgada material. Ya se ha apuntado que esta excepción perentoria que responde al principio general del Derecho *non bis in idem*, implica que promovido un proceso con el mismo objeto ya resuelto por sentencia firme en un proceso anterior, el juzgador del segundo proceso queda obligado a abortarlo o, cuando menos, a excluir una nueva sentencia sobre el fondo del litigio. La vinculación que desde esta perspectiva entraña la cosa juzgada exige, no obstante, la identidad de objetos de ambos procesos o, lo que es lo mismo, la identidad de las acciones afirmadas en orden a los sujetos, *petitum* (pretensión o tipo de tutela judicial que se solicita) y *causa petendi* (fundamentos fácticos y jurídicos de lo que se pide).

Así las cosas, la sentencia firme que ponga fin al proceso impugnativo promovido por el trabajador declarando justificada la medida modificativa no tendrá fuerza de cosa juzgada respecto del proceso por el que discurra la acción resolutoria del art. 50.1.a) ET, toda vez que no existe identidad del objeto de los dos procesos o, lo que es lo mismo, de las acciones afirmadas⁵⁹⁴. En efecto, en la impugnativa previa el *petitum* será la declaración de

⁵⁹³ SSTs 22-12-1988 (RJ 9897); 22-3-1990 (RJ 2211); STSJ País Vasco 4-3-1997 (AS 1765); STSJ Andalucía 15-7-1999 (AS 3038); STSJ Canarias 26-1-2001 (AS 3132). En contra, Vida Soria, J., op., cit., pg. 104, que considera aplicable el de veinte días de caducidad establecido en el art. 59.4 ET. En el mismo sentido, vid. STSJ Asturias 15-2-2002, cit. que estima que el plazo de caducidad del art. 59.4 ET es el aplicable a las tres acciones que el trabajador afectado por modificación sustancial de condiciones de trabajo puede ejercitar: la impugnación por la vía del art. 138 LPL, la acción rescisoria del art. 41.3 y la acción resolutoria del art. 50.1.a) ET.

⁵⁹⁴ En general, sobre los requisitos de operatividad de la función negativa de la cosa juzgada, vid. DE LA OLIVA SANTOS, A.: Derecho Procesal Civil, El proceso de declaración, 2^a edic., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, pg. 525.

injustificación o nulidad de la modificación y el reconocimiento del derecho a la reposición del trabajador en la situación anterior así como la condena al empresario a que la lleve a efecto (acción declarativa de condena) y la *causa petendi*, la infracción de requisitos de fondo y/o de forma de la medida empresarial, en tanto que en la acción resolutoria lo que se pide es que el pronunciamiento judicial determine la extinción indemnizada del contrato de trabajo (acción constitutiva) y la *causa petendi*, el perjuicio cualificado sufrido por el trabajador por la afectación del derecho a la formación profesional y la dignidad. Incluso en la hipótesis, ya planteada, de que en ambas acciones -la impugnativa y la resolutoria- la *causa petendi* coincidiera por fundarse ambas en el perjuicio cualificado jurídicamente relevante que la medida empresarial ocasiona al trabajador, ya se ha dicho que tampoco cabría apreciar el efecto excluyente de la cosa juzgada puesto que subsistiría la diversidad de *petitum* anteriormente señalada.

Descartada, pues, la operatividad de la función negativa o excluyente de la cosa juzgada, es también de indudable interés determinar si la sentencia firme que declare justificada la modificación impugnada, tendrá fuerza de cosa juzgada, ahora en su función positiva o prejudicial, frente a una ulterior dimisión provocada; dicho en otras palabras, si aquella sentencia desfavorable a la pretensión impugnativa del trabajador tendrá fuerza vinculante sobre el contenido del pronunciamiento que recaiga en el proceso posterior por el que discurra la acción resolutoria. Recuérdesse que la prejudicialidad así entendida se da cuando, no habiendo identidad de objeto entre dos procesos, existe “conexión o conexidad” entre ellos puesto que para resolver el segundo el juzgador debe pronunciarse sobre elementos ya decididos en la sentencia firme recaída en el proceso anterior respecto de los mismos sujetos, de modo tal que deberá atenerse al contenido de dicha sentencia y tomarla como punto de partida.

Pues bien, en la hipótesis que en este momento se trata no puede hablarse de conexión entre impugnación y dimisión provocada, ya que en ella se parte de que la previa impugnación se fundamentó exclusivamente en defectos de la medida modificativa atinentes a la causalidad o a la forma exigidas legal o convencionalmente obviándose el supuesto perjuicio a la formación profesional

o la dignidad que produjese al trabajador, mientras que la dimisión provocada ex art. 50.1 a) ET se fundamenta estrictamente en la existencia de dicho perjuicio cualificado a resultas de la modificación sustancial. Desde esta óptica, el juzgador que deba resolver la acción extintiva no tiene que pronunciarse sobre elementos ya decididos en la sentencia que puso fin a la impugnación que se limitó a confirmar la licitud causal y formal de la medida empresarial, sino sobre un elemento diverso cual es la presencia o no del perjuicio a la formación profesional o la dignidad del trabajador que debe justificar la resolución indemnizada del contrato. Descartada así la conexión procesal exigida para efecto prejudicial de la cosa juzgada, la declaración de justificación de la modificación sustancial por sentencia firme no tiene por qué condicionar el éxito de la pretensión resolutoria ulteriormente ejercitada por el trabajador.

Por otra parte, la misma argumentación y conclusiones defendidas en orden a la coordinación de la impugnación de modificaciones sustanciales ex art. 41 ET y dimisión provocada al amparo del art. 50.1 a) ET son aplicables respecto a la coordinación de ésta e impugnación de traslados. En este sentido, sorprende que el legislador al regular los efectos del traslado, reconozca sin más al trabajador afectado el derecho a optar entre impugnación y rescisión extrajudicial indemnizada (art. 40.1.prrf. 4^o ET) sin aludir a la facultad de ejercitar alternativamente la acción resolutoria a la que refiere el art. 50.1.a) ET, en contraste con su mención expresa en el citado art. 41.3 ET. Se trata desde luego de una omisión rechazable por cuanto la dimisión provocada se anuda genéricamente en el art. 50.1.a) ET a la modificación sustancial de condiciones de trabajo cualificadamente lesiva entre las que no cabe excluir los traslados, dado que su carácter de modificación sustancial no alberga dudas a tenor de lo establecido implícitamente en el art. 41.5 ET, al tiempo de que su potencialidad cualificadamente lesiva, particularmente de la formación profesional del trabajador afectado, no es ni mucho menos descartable⁵⁹⁵. Por ello, entiendo que, por analogía con lo expresamente establecido para las modificaciones sustanciales ex art. 41.3, prf.2^o ET, el traslado otorga al afectado no sólo el derecho a rescindir el contrato con indemnización menor, sino también, alternativamente, el de instar la resolución contractual con

⁵⁹⁵ Vid. los argumentos esgrimidos en tal sentido, Supra Cap. I, II, 2.1.

indemnización mayor si concurren los requisitos del art. 50.1.a) ET que, conforme a una interpretación sistemática y lógico-finalista, será de indubitada aplicación a este supuesto. En consecuencia, si tras la previa impugnación judicial del traslado éste se declarase justificado, el trabajador mantendrá abiertas las dos vías extintivas del contrato apuntadas: la “rescisoria” contemplada en el art. 40.1 ET y la dimisión provocada por incumplimiento empresarial que, alternativamente, le ofrece el art. 50.1.a) del mismo cuerpo legal, cuando el traslado implique un perjuicio a su formación profesional, en su vertiente de profesionalidad futura, por frustrar sus expectativas profesionales y vulnerar, con ello, su derecho a la promoción profesional.

2.2 Declaración judicial de injustificación de la medida modificativa. Causas y efectos jurídicos

Otra posible calificación judicial de la medida empresarial modificativa a resultas de la demanda impugnativa, es la de injustificación de la misma. Se da la circunstancia de que es únicamente a esta declaración a la que particular y explícitamente se vincula la facultad resolutoria del trabajador, al configurarse *ope legis* en la norma sustantiva laboral como causa de dimisión provocada ex art. 50.1.c) *in fine*, la negativa del empresario a reintegrarle en sus anteriores condiciones de trabajo tras sentencia que declare injustificadas las modificaciones sustanciales operadas.

Así las cosas, procede adelantar en este momento un juicio crítico, en el que por razones sistemáticas se abundará más adelante ⁵⁹⁶, acerca de que en la tipificación legal del incumplimiento resolutorio ex art. 50.1. c) *in fine* se omita el supuesto de negativa del empresario al cumplimiento regular de la sentencia que califique nula la modificación sustancial implantada. En efecto, el silencio del legislador al respecto resulta incoherente desde una perspectiva lógico-jurídica al ser este supuesto, precisamente, el más grave en un escenario de incumplimiento empresarial de sentencia con fallo revocatorio de la medida empresarial y por tanto el que justificaría, con mayor razón si cabe, la opción reactiva del trabajador consistente en la resolución indemnizada del contrato de trabajo al amparo del art. 50 ET. Esta reprochable laguna legal obliga al

⁵⁹⁶ Vid. *infra* II, 4.

intérprete a recurrir para su integración a diversos criterios hermenéuticos de los que posteriormente se dará cuenta, tarea que se soslayaría con la inclusión expresa, *lege ferenda*, como causa justa de dimisión provocada la negativa del empleador a la reposición del trabajador en sus anteriores condiciones laborales tras sentencia judicial que declare nula la modificación.

Pero retomemos ahora la hipótesis de la sentencia que declare injustificada la medida “novatoria” adoptada por la empresa. Tanto si la impugnación es individual como si se trata de reclamación colectiva, la medida merecerá la declaración de injustificación cuando las causas invocadas por la empresa no existan o no resulten debidamente acreditadas, en cuyo caso la sentencia “reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo” (art. 138.5, prrf. 2^o LPL). La norma, pese a su aparente simplicidad, suscita diversos interrogantes que seguidamente se plantean y a los que se les tratará de aportar una solución.

En primer término y abordando la cuestión de los motivos que determinan la calificación de injustificación, se evidencia que la literalidad del precepto adolece de un estrecho e insuficiente margen en la configuración de los motivos que conducen a que la decisión de la empresa se declare judicialmente injustificada. En efecto, compartimos la doctrina que considera que la medida empresarial merecerá la declaración de injustificación no sólo cuando no sean debidamente probadas por el empresario las causas motivadoras de la misma, tal y como se limita a establecer reductivamente el art. 138.5 LPL, sino también en los supuestos en que el juzgador considere que la modificación no supera el “test” de razonabilidad al no apreciarse necesidad ni proporcionalidad entre la modificación y el fin legítimo perseguido con la medida organizativa, esto es cuando no constate “el nexo de instrumentalidad entre la causa invocada y la medida adoptada”⁵⁹⁷, tesis que, por otra parte, resulta avalada por la extrapolación a este supuesto de la más reciente doctrina constitucional relativa a la limitación del ejercicio de los poderes empresariales en el marco de la relación laboral, conforme a la cuál la legitimidad de la medidas adoptadas en ejercicio de tales poderes, entre los que se encuentran indudablemente los

⁵⁹⁷ Vid. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C, op. cit., pg. 272. Así mismo, BEJERANO HERNÁNDEZ, A.: Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y vías procesales de impugnación, Civitas, Madrid, 2000, pg. 164.

organizativos, se condiciona al cumplimiento de los principios de indispensabilidad y proporcionalidad ⁵⁹⁸.

Algunos autores mantienen que procedería, así mismo, la declaración de injustificación de la medida modificativa en aquellos otros casos en que la mención de la causa justificativa se omite en la notificación que se efectúe al trabajador y a sus representantes legales, ya que aunque ello supone en puridad un defecto formal y no de fondo, impide al afectado valorar la indispensabilidad y proporcionalidad de la decisión empresarial y reaccionar ante ella ⁵⁹⁹. Sin embargo, bien mirado, a este supuesto debiera corresponder la declaración de nulidad puesto que las aludidas dificultades de ponderación de la existencia de la causa alegada y de la razonabilidad de la modificación por parte del trabajador podrían determinar indefensión y una afectación del derecho a la tutela judicial efectiva.

Pero quizá lo que por razones funcionales conviene subrayar en ese apartado del trabajoconcerniente a la motivación del pronunciamiento judicial, es la cuestión de si impugnada la medida modificativa por un supuesto perjuicio a la formación profesional o dignidad del trabajador demandante, la calificación judicial adecuada, de acreditarse tal perjuicio cualificado, sería la injustificación. En efecto, si como ya se ha tenido oportunidad de apuntar, esta hipótesis impugnativa tiene cabida en el marco de la opción planteada por los arts. 40.1, prf. 5º y 41.3, prf.3º ET - aunque conviniendo que el procedimiento idóneo será el ordinario en lugar de la modalidad procesal ex art. 138 LPL - , llegados a este punto debe decidirse si la calificación apropiada debe ser la injustificación o, por el contrario la nulidad de la medida novatoria empresarial. Se trata de un supuesto que prácticamente no ha sido objeto de tratamiento por parte de la doctrina y la jurisprudencia aunque algún autor ha sugerido la idoneidad de la declaración de injustificación ⁶⁰⁰, afirmación que resulta discutible puesto que es criterio casi unánime en la doctrina que esta calificación se anuda

⁵⁹⁸ Vid. STC 10-4-2000 (RTC 90, 2000), entre otras, relativa a la legitimidad de medidas de control que colisionan con derechos fundamentales del trabajador.

⁵⁹⁹ En este sentido, CAMPS RUIZ, L.M.: La modificación de condiciones de trabajo, TIRANT LO BLANCH, Valencia, 1.994. pg. 70; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C: El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, cit., pg. 275.

⁶⁰⁰ Vid. PALOMO BALDA, E.: “Modificación sustancial de las condiciones de trabajo y ejercicio de acciones individuales”, cit., pg. 153.

exclusivamente a defectos concernientes a la motivación de la medida ⁶⁰¹. Por ello, valga por el momento afirmar que resulta más acertado inclinarse por la declaración de nulidad si se considera que una modificación sustancial menoscabante de la formación profesional o de la dignidad del afectado bien puede ser constitutiva de abuso de derecho ex art.7.2 CC, o bien implicar una contravención flagrante de derechos básicos reconocidos al trabajador en la relación laboral (art. 4. 2 b) y e) ET) que la convertiría en un acto contrario a normas imperativas sancionado con la nulidad ex art. 6.3 CC.

En segundo lugar y en otro orden de cosas, procede subrayar que el precepto incurre en una defectuosa técnica jurídica, puesto que la sentencia que declare injustificada la modificación no es simplemente declarativa, como parece sugerirse, sino de condena al imponer al empresario la obligación de reponer al trabajador en sus originarias condiciones laborales. Y es que el indiscutido carácter condenatorio de dicha sentencia, al menos la correspondiente a la impugnación individual canalizada bien a través de la modalidad procesal del art. 138 LPL, bien la viabilizada por el procedimiento ordinario cuando éste sea el idóneo ⁶⁰², es de enorme importancia en orden a la ejecución del fallo que, como se verá más adelante, es presupuesto de la resolución contractual al amparo del art. 50.1. c) *in fine* ET.

Por último, no puede soslayarse el dato, realmente el más destacable ahora a efectos de nuestro trabajo, de que si el empresario incumple esta sentencia condenatoria -negándose a la reposición del trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo-, o la cumple parcialmente -a base de efectuar una reposición irregular-, se produce un *incumplimiento con eficacia resolutoria* o lo que es lo mismo una causa de dimisión provocada conforme a lo previsto en el art. 50.1.c), *in fine* ET.

⁶⁰¹ Algunos autores anudan también esta calificación a la infracción de las preferencias atribuidas a determinados trabajadores, esto es cuando la modificación afecta indebidamente a un trabajador que ostentaba una preferencia que no fue respetada; vid., en este sentido, GONZÁLEZ VELASCO, J.: “Movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y la reforma laboral”, AL, nº 33-34, 1995, pg.599 y DESDENTADO BONETE, A.: “La modalidad procesal para la impugnación de las decisiones empresariales en materia de movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo” cit., pg. 147.

⁶⁰² Sobre el discutido carácter - meramente declarativo o de condena - de la sentencia que resuelva la impugnación cuando ésta se ha canalizado por el procedimiento de conflicto colectivo, vid. *infra*. 3.2.3, pp. 28-29.

Sin embargo, la articulación de los efectos jurídico-procesales del incumplimiento o del cumplimiento irregular o defectuoso por parte del empresario de la sentencia condenatoria resultante de una modificación de condiciones de trabajo declarada injustificada establecidos en el art. 138.6 LPL y la dimisión provocada ex art. 50 ET.1 c) *in fine*, suscita no pocos ni irrelevantes problemas técnicos y jurídico-críticos que serán planteados y objeto de reflexión posteriormente⁶⁰³.

2.3 Declaración de nulidad de la medida modificativa: Causas y efectos jurídicos. Especial referencia a la calificación judicial de la modificación sustancial productora de perjuicio cualificado

Cabe, en fin, una tercera posibilidad en orden a la calificación de la medida organizativa del empresario que, como se adelantó, es silenciada por los preceptos sustantivos de referencia, pero contemplada expresamente en el art. 138.5 LPL: la declaración de nulidad.

La ya advertida omisión por parte de los arts. 40.1. prf.5º y 41.3. prf.3º ET de la calificación de nulidad constituye una inexplicable y rechazable laguna de la norma sustantiva, tanto de orden lógico-jurídico cuanto sistemático, si se tiene en cuenta que dicha calificación es precisamente la que conecta con las infracciones más graves de las reglas garantistas de derecho necesario que configuran el régimen de estas vicisitudes modificativas del contrato de trabajo. No obstante, la laguna fue integrada, como se ha comentado, por la reformada LPL (art. 138.5).

La calificación de nulidad procederá, según el tenor literal del citado precepto de la Ley Adjetiva, cuando la decisión empresarial se hubiese adoptado en fraude de ley, que se entiende producido, en este caso concreto, al eludirse el cumplimiento de las normas procedimentales establecidas *ope legis* para las modificaciones de alcance colectivo ex arts. 40.1 y 41.3 ET. Sin embargo, la especificación reductiva de los motivos de nulidad determinada por el art. 138.5 LPL ha sido objeto de un merecida crítica por parte de la doctrina que ha reprochado al legislador el no haber agotado todos los supuestos en que cabría la declaración de nulidad, señaladamente aquéllos en que la

⁶⁰³ Vid. infra II.3.

decisión empresarial sea tachada de discriminatoria o vulneradora de derechos fundamentales del o de los trabajadores afectados, así como los casos en que la modificación se haya implantado con infracción de requisitos formales o procedimentales esenciales de la que devenga, por tanto, indefensión de los afectados ⁶⁰⁴.

En efecto, un significativo sector de la doctrina y con él un línea de fuerza en la jurisprudencia mantienen que pese a que la literalidad del art. 138.5 LPL anuda la calificación de nulidad exclusivamente a la constatación de que el empleador ha eludido el procedimiento legal aplicable a las modificaciones de carácter colectivo, es oportuno conferir a la declaración de nulidad la elasticidad suficiente que permita extenderla a los supuestos en que la modificación se implante con vulneración de derechos fundamentales en simetría con la calificación de nulidad de los despidos ⁶⁰⁵, además de a los casos en que se ignoren completamente las reglas formales o procedimentales legal o convencionalmente aplicables respectivamente a modificación individual, plural y colectiva ⁶⁰⁶; cuando se introduzca de modo irregular con infracción de algunos de los requisitos procedimentales en las modificaciones colectivas o formales en las individuales o plurales si ello provoca indefensión a los afectados; cuando el trabajador afectado no fuera el que debía serlo por no respetarse una preferencia que la ley le atribuye ⁶⁰⁷ o, en fin, si se vulneran los mínimos legales de derecho necesario respecto a la materia objeto de alteración ⁶⁰⁸, lo que particularmente sucede cuando se alteren condiciones de

⁶⁰⁴ En este sentido, vid. Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral (MONEREO PÉREZ dir.), T. I, COMARES, Granada, 2001, pg. 847.

⁶⁰⁵ Sin perjuicio de poder viabilizar en este caso también la impugnación a través de la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales ex arts. 175 y ss. LPL.

⁶⁰⁶ Debe recordarse, no obstante, que la doctrina unificadora del Tribunal Supremo ha sentado el criterio de que en estos casos el procedimiento adecuado para la impugnación no es el especial del art. 138 LPL sino el proceso ordinario, si bien el presupuesto al que liga dicha consecuencia jurídica es muy riguroso y exigente en su contenido, de modo que su exclusión del escenario procesal exige una infracción total y plena del procedimiento del art. 41 ETA. Sin embargo, hay pronunciamientos en los que el incumplimiento radical del procedimiento en las modificaciones de naturaleza colectiva, apareciendo en el tráfico jurídico como decisiones unilaterales que forman parte del ejercicio del poder de dirección y organización empresarial conduce a la calificación de nulidad en el proceso especial del art. 138, vid., en este sentido, SSTS 4 octubre 2001 y 28 febrero 2007.

⁶⁰⁷ Vid., en este sentido, BAYLOS GRAU, A., CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, MF.: Instituciones de Derecho Procesal Laboral, cit., pg. 364; BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: "Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y vías procesales de impugnación", cit., pp. 169-170.

⁶⁰⁸ Vid. entre otros, SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., op. cit., pp.275-277; CRUZ VILLALÓN, J.: "El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994", cit., pp. 162 y ss.

trabajo pactadas en convenio colectivo estatutario inmodificables por imperativo del art. 41.2, prf. 3º ET.

Esta postura contrasta con la de algunos autores que mantienen una tesis restrictiva respecto a la infracción de requisitos formales en la modificación individual o plural: se rechaza la sanción de nulidad al considerarse que a la infracción de las formalidades exigidas para las modificaciones de este alcance le correspondería la declaración de injustificación análogamente a lo establecido para el despido disciplinario y siempre, además, que tales infracciones ocasionen indefensión⁶⁰⁹.

Este criterio interpretativo resulta, a mi entender, refutable y no sólo por implicar un injustificado tratamiento desigual de los defectos formales en función del carácter – colectivo, individual o plural- de la modificación⁶¹⁰, ya que pueden esgrimirse en su contra dos argumentos más, si cabe de mayor calado. El primero, reside en que, aun tratándose de modificación individual o plural, la omisión de requisitos formales como, particularmente, la preceptiva notificación de la medida al trabajador/es afectados y a sus representantes o incluso la mención de los motivos en que se funda, comporta el desconocimiento por su parte de las causas invocadas por la empresa para justificarla y, por ende, la imposibilidad de valorar su necesidad y proporcionalidad en orden a su eventual impugnación, lo que, en definitiva, podría comportar indefensión y una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva garantizado por el texto constitucional, lo que debiera abocar en su declaración de nulidad si es objeto de impugnación. El segundo de los argumentos, concierne a la analogía del supuesto que nos ocupa con el despido objetivo que adolezca de defectos de forma al que corresponde, por determinación legal, la calificación de nulidad previa impugnación judicial del mismo por parte del trabajador⁶¹¹; y es que si

⁶⁰⁹ Para esta apreciación, vid. NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “Extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador”, cit., pp. 1066.1067, que precisa que no provocaría indefensión la omisión de la notificación a los representantes de los trabajadores ni la del preaviso cuyo incumplimiento tan sólo fundamentaría la reclamación de indemnización por el tiempo de preaviso incumplido. En este mismo sentido, CACHÓN VILLAR, P. y DESDENTADO BONETE, A.: Reforma y crisis del proceso social (1994-1996), cit., pg. 148. En la doctrina judicial se han decantado por la injustificación de la medida y no por la nulidad, entre otras, SSJS Madrid 30 octubre 1998; 21 mayo 1999; 14 febrero 2000 y TSJ Valencia de 3 de mayo 2006, aunque también se dan cada vez con más frecuencia pronunciamientos de nulidad, pese a ser una medida individual, por no respetar el procedimiento, véase entre otras, las SSTSJ Cataluña 3 noviembre 2004 y Málaga 23 febrero 2006.

⁶¹⁰ Vid. San Martín Mazzucconi, C., op. cit., pg. 277.

⁶¹¹ Cfr. Art. 53.4 ET.

se trata de alegar simetría con la calificación del despido formalmente defectuoso, la modalidad extintiva de referencia no debe ser el despido disciplinario, sino el denominado despido objetivo económico por ser el que presenta mayor proximidad con la modificación sustancial tanto en el orden causal -ya que, como se sabe, se configura legalmente como una medida obediente a causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, análogamente a las que deben justificar la modificación sustancial de condiciones de trabajo-, como desde una perspectiva finalista, si se tiene en cuenta que en ambos casos la empresa persigue, si bien por diversos medios – flexibilidad interna en la modificación sustancial *versus* flexibilidad externa en el despido-, una más adecuada organización de sus recursos.

La doctrina y jurisprudencia que se decantan por conferir una mayor amplitud a la calificación de nulidad de las modificaciones sustanciales que sean objeto de impugnación, no han reparado, sin embargo, en el supuesto impugnativo en el que la pretensión revocatoria de la medida modificativa se funda en el perjuicio cualificado que la medida empresarial cause al afectado. En este caso, dejando sentado, conforme a los argumentos en su momento esgrimidos, que la impugnación debe discurrir por el procedimiento ordinario, entiendo que la calificación judicial adecuada en este supuesto impugnativo debería ser la nulidad, para lo cual cabe apelar a dos diversas instituciones jurídicas: el abuso de derecho o los actos contra ley.

Si aplicamos la doctrina general del abuso de derecho (art. 7.2 CC), ya comentada con anterioridad, al ámbito de los poderes directivos del empleador en el marco de la relación laboral y, particularmente, al ejercicio de las facultades modificativas de las condiciones de trabajo que la Ley le confiere ex arts. 40.1 y 41 ET, habría abuso de derecho si concurre una extralimitación manifiesta de los límites normales de su ejercicio causando perjuicio al trabajador sin utilidad razonable del empresario o cuando, aun existiendo un beneficio, se contraría el fin legítimo al que dichas facultades sirven.

En este orden de cosas, ha de admitirse que la modificación sustancial de condiciones de trabajo es una técnica de gestión empresarial que procura utilidad, es decir sirve al interés del empleador en cuanto le permite adaptar la organización de los recursos humanos a las necesidades económicas,

técnicas, organizativas o de producción que eventualmente se presenten en la empresa. Por esta razón, sólo podrá hablarse de abuso de derecho cuando esas facultades modificativas excepcionales se ejerciten extralimitadamente contrariando el fin legítimo que la ley les anuda y esa contravención se produce en el caso de la medida empresarial cause un perjuicio “cualificado” que atañe a derechos tan significados y básicos cuales son la formación profesional o dignidad del trabajador. Bastará pues la prueba del perjuicio cualificado para inferir la desviación total o parcial de la función que el ordenamiento atribuye a las facultades empresariales modificativas y estimar entonces la existencia de abuso de derecho.

Desde esta perspectiva, no cabe duda de que el abuso de derecho contribuye a reforzar la tutela reparadora que conlleva la opción impugnativa que la legislación laboral confiere al trabajador afectado por una modificación sustancial de condiciones de trabajo ya que, al tratarse de una institución que procura la corrección de los actos antijurídicos mediante el restablecimiento *in natura* de los derechos o intereses que aquellos actos lesionen, permite ampliar los márgenes de la declaración de nulidad de la medida empresarial impugnada más allá de los defectos formales o procedimentales y de la lesión de derechos fundamentales, incluyendo, así mismo, el perjuicio cualificado que causa al trabajador afectado a consecuencia de la afectación de sus derechos a la formación profesional o a la dignidad.

No debe olvidarse, sin embargo, el acusado perfil excepcional y restrictivo de esta figura que la hace inaplicable cuando el perjudicado cuente con otros medios alternativos de tutela del interés lesionado y particularmente, según advierte la doctrina iuscivilista, en caso de que el daño derive de la violación de un derecho subjetivo ⁶¹², eventualidad en la cual se dispone de la acción de nulidad contemplada en el art. 6.3 CC.

En efecto, si el recurso al abuso de derecho se resiente por la comentada limitación inherente a su carácter excepcional, resta aún apelar a la doctrina de los actos contra ley, cristalizada en el art. 6.3 CC, con objeto de que el trabajador afectado por una modificación sustancial cualificadamente lesiva pueda conseguir la remoción de ésta y el restablecimiento *in natura* de los

⁶¹² DIEZ-PICAZO- GULLÓN BALLESTEROS, op, cit., pg.

derechos conculcados mediante su declaración judicial de nulidad, al amparo, esta vez, del citado art. 6.3 CC que sanciona con la nulidad los actos contrarios a normas imperativas, cualidad que habrá que atribuir a una medida modificativa vulneradora de los derechos reconocidos al trabajador en la norma de *ius cogens* recogida en el art. 4.2 b) y e) ET. Para ello, el afectado tendrá que ejercitar una acción mixta declarativa y de condena en la que solicite la declaración de nulidad de la medida empresarial, el reconocimiento del derecho a ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo y la condena al empresario a dicha reposición ⁶¹³, acción que de no poder canalizarse a través del proceso especial ex art. 138 LPL dado el estrecho margen que concede a la nulidad, se reconducirá al proceso ordinario laboral.

3. Incumplimiento empresarial de la sentencia que declara injustificada la medida modificativa y dimisión provocada. Puntos críticos.

3.1 El incumplimiento empresarial de la sentencia recaída en el proceso impugnativo individual ex art. 138 LPL y dimisión provocada.

Ya se ha dejado dicho que el art. 138.6 LPL establece que en el caso de que el empresario se negare a reponer al trabajador en las condiciones de trabajo disfrutadas previamente a la modificación o procediese a una reintegración irregular, el trabajador ostenta la facultad de solicitar la ejecución del fallo “y” la extinción del contrato por causa de lo previsto en el art. 50.1.c) ET, en el marco todo ello del denominado incidente de no readmisión propio de sentencias firmes de despido improcedente, regulado en los arts. 277 a 279 LPL, ya que al mismo remite expresamente el primero de los preceptos citados de la Ley adjetiva laboral.

Esta singular y al tiempo oscura ordenación jurídica, suscita dos posibles hipótesis hermenéuticas. Cabría, en efecto, interpretar por un lado, que el

⁶¹³ En el mismo sentido, vid. BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: Extinción indemnizada del contrato por causa de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, cit., pg. 52. También el mismo autor en Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y vías procesales de impugnación, cit., pg. 218. El carácter mixto – declarativo y de condena- de la acción de nulidad es admitido también por la doctrina iuscivilista que entiende que a la solicitud de la declaración de nulidad puede sumarse la restitución a la situación anterior al acto nulo sin necesidad de instar una sucesiva acción de condena; vid., en este sentido, DE CASTRO Y BRAVO, F.: El negocio jurídico, Civitas, Madrid, 1985, pg. 484; LACRUZ BERDEJO, JL.: ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL, t. I, vol. 3^o, cit., pg. 289.

precepto ofrece al trabajador dos modalidades alternativas de ejecución del fallo: bien la ejecución directa ante el juzgador de instancia, o bien instar la acción resolutoria por incumplimiento del empresario al amparo del art. 50.1.c) *in fine* ET, lo que supondría la iniciación de un nuevo y sucesivo procedimiento, esta vez el ordinario, pero ambas con las mismas consecuencias: la extinción contractual indemnizada ⁶¹⁴.

No parece ser ésta, sin embargo, la interpretación correcta si se atiende al *iter* parlamentario que determinó la formulación definitiva de la nueva causa resolutoria ex art. 50.1.c) ET y el contenido del actual art. 138.6 ET. En efecto, inicialmente el Anteproyecto de la Ley 11/94 se limitaba a incorporar una nueva causa resolutoria en el art. 50 ET consistente en el incumplimiento empresarial de la sentencia que declarara injustificada una modificación sustancial de condiciones de trabajo, lo que implicaba que el trabajador tuviese que acudir a dos procesos judiciales distintos y autónomos – uno para la impugnación de la medida empresarial y otro sucesivo tendente a la resolución contractual al amparo del art. 50 ET - . Esa onerosa carga procesal para el asalariado fue advertida por el Consejo General del Poder Judicial, que en su preceptivo informe del Anteproyecto propuso, como fórmula más idónea de articulación de la impugnación de la medida modificativa y la extinción indemnizada del contrato de trabajo, que ésta última se obtuviese en sede de ejecución de la sentencia firme que declare la injustificación de la decisión empresarial mediante la celebración de un incidente análogo al de no readmisión propio de la ejecución de sentencias de despido improcedente. En base a dicha propuesta, en fase de tramitación parlamentaria se aprobó una enmienda al ya Proyecto de ley, por la que se adicionó un art. 137 bis a la LPL -actual art. 138.6- en los términos más arriba señalados.

Este dato contribuye a sostener la tesis de que, ejercitada una acción impugnativa individual contra una decisión empresarial modificativa y recayendo sentencia que declare injustificada la medida litigiosa, si el empresario se niega a cumplirla regularmente, el trabajador afectado queda

⁶¹⁴ Para esta hipótesis interpretativa, vid. GARCÍA MURCIA, J.: “Movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo” en VV.AA., Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral (dir. MONEREO PÉREZ, MORENO VIDA, GALLEGU MORALES), Comares, Granada, 2002, pg. 848, aunque el autor termina rechazando esta solución e inclinándose por la tesis de que el precepto remite al proceso de ejecución de las sentencias de despido improcedente ex arts. 277 y ss. LPL.

exonerado de instar una sucesiva acción resolutoria por la vía del proceso ordinario, aunque así pudiera deducirse de la confusa redacción del art. 138.6 LPL, puesto que la solicitud de ejecución de la sentencia aboca inexorablemente en la extinción contractual indemnizada a tenor de lo dispuesto en el art. 279.2 LPL, salvo que el trabajador, en este estadio, desista de su pretensión de revocación de la medida y asuma las modificaciones operadas pese a haber sido declaradas judicialmente injustificadas⁶¹⁵.

Por lo demás, y aunque la cuestión no es pacífica, la interpretación mayoritariamente acogida doctrinal y jurisprudencialmente es que la solución arbitrada por el art. 138.6 LPL impide que la sentencia que declare injustificada la modificación y condene a la reposición se pueda ejecutar en sus propios términos o *in natura*⁶¹⁶, negando con ello la posibilidad de una plena efectividad del derecho del trabajador a ser reintegrado en sus primigenias condiciones de trabajo. Esta conclusión se infiere no sólo del significado de la conjunción acumulativa “y” con la que el art. 138.6 liga la solicitud de ejecución y extinción, sino de la remisión expresa que el precepto hace, en orden a la ejecución de la sentencia, al incidente de no readmisión ex arts. 277-279 LPL, que implica su ejecución por equivalente y termina imponiendo la extinción indemnizada del contrato, aunque ello vaya en contra de la voluntad del trabajador que al impugnar la modificación evidencia su intención de buscar la revocación de la misma y la conservación del vínculo. Este régimen de

⁶¹⁵ Para dicha interpretación, considerando que la ejecución de la sentencia no incorpora una opción para el asalariado, sino que la extinción del contrato es la forma legal de ejecutar la sentencia, vid. DESDENTADO BONETE, A., «La modalidad procesal para la impugnación de las decisiones empresariales en materia de movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo», en DESDENTADO BONETE, A. y CACHÓN VILLAR, P., *Reforma y crisis del proceso social (1994-1996)*, Aranzadi, Navarra, 1996, pág. 151.

⁶¹⁶ En este sentido, vid., VIDA SORIA, J.: “El nuevo régimen jurídico de las modificaciones sustanciales de la condiciones de trabajo”, en VV.AA., *El nuevo Estatuto de los Trabajadores: Puntos críticos* (Borrajo Dacruz, coord.), Actualidad Editorial, 1^a edic., Madrid, 1995, pg. 105; CACHÓN VILLAR, P. y DESDENTADO BONETE, A.: *Reforma y crisis del proceso social (1994-1996)*, cit., pp. 151 y ss.; GARCÍA MURCIA, J.: *Comentario al art. 138 LPL*, en *Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral*, Comares, Granada, 2001, pg. 848; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F./RIERA VAYREDA, R.: “La modificación sustancial de las condiciones de trabajo”, *AL*, n^o 46, 1997, pg. 112. En contra, defendiendo que al trabajador le cabe elegir entre solicitar la ejecución del fallo en sus propios términos o solicitar la extinción de contrato, vid., LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F.: “Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, en VV.AA.: *La Reforma del Estatuto de los Trabajadores* (Borrajo Dacruz, dir.), RDP, t.I, vol. II, Madrid, 1994, pg. 343; CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994”, *RL*, n^o 17-18, 1994, pg.165; RIVERO LAMAS, J.: “Poderes, libertades y derechos en el contrato de trabajo”, *REDT*, n^o 80, 1996, pp. 99 y ss.; SALINAS MOLINA, F.: “Modificación de las Condiciones de Trabajo: Aspectos procesales” en *La Nueva Regulación de la Contratación Temporal, Modificación Individual y Modificaciones Colectivas del Contrato de Trabajo*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1995, pp. 378 y ss.

ejecución contrasta significativamente, por añadidura, con la expresa y explícita previsión legal de ejecución *in natura* que el art. 138.7 LPL anuda exclusivamente a las sentencias que declaren nula la medida modificativa, pudiendo solicitarla el trabajador en clave de opción respecto a la ejecución por sustitución si éste rechaza agotar los mecanismos coercitivos que buscan el cumplimiento.

En definitiva, pues, no hay por menos que admitir que todos los datos técnico-jurídicos – tenor literal y génesis del precepto y la interpretación conjunta de sus apartados 6 y 7- evidencian que la voluntad del legislador ha sido otorgar efectos diferentes a las sentencias que declaren injustificadas y nulas las medidas modificativas, en simetría con la solución legal arbitrada para el despido según se declare improcedente o nulo. Pero igualmente resulta incontestable que la imposibilidad legal de ejecución *in natura* de la sentencia que declare injustificada la modificación operada por el empleador, valorada funcionalmente, determinada una opción de política jurídica en la ordenación legal de la modificación sustancial de condiciones de trabajo que, cuando menos, debe tacharse de hipócrita ya que tras afirmar la operatividad del principio de causalidad en el régimen de estas medidas modificativas, después no es consecuente al permitir que la medida injustificada pueda producir sus efectos ⁶¹⁷, si el trabajador no desea la extinción contractual que, no se olvide, se produciría necesariamente en el caso de solicite la ejecución de la sentencia que la declare injustificada. Es más, si art. 138.6 no deja más opción al trabajador que pretenda conservar su puesto de trabajo que la de abstenerse de solicitar la ejecución de la sentencia que declarando injustificada la modificación le reconoce el derecho de reposición, hay que reconocer que sienta las bases para que el trabajador se aquiete ante cualquier medida modificativa aunque la aprecie carente de justificación y obvie las vías de impugnación que formalmente le ofrece el ordenamiento jurídico ⁶¹⁸.

⁶¹⁷ Para esta argumentación, si bien en relación a la ordenación legal del despido improcedente, vid. MONEREO PÉREZ, JL- MORENO VIDA, MN: “Forma y procedimientos del despido disciplinario...”, cit., pg. 376.

⁶¹⁸ Vid. MIRANZO DÍEZ, J.J. : “Notas y comentarios sobre el art. 138.6 LPL relativo a la ejecución de sentencia en el proceso de modificación sustancial de condiciones de trabajo”, RDS, nº 22, 2003, pg. 194; ESPINOSA CASARES, I.: “Aspectos procesales de la movilidad funcional, geográfica y de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, en VV.AA.: El poder de dirección del empresario, Ibidem, Madrid, 1997, pp. 188-189.

Se trata, por tanto, de una solución legal no ya contraria a la función compensadora de las respectivas posiciones de los sujetos de la relación laboral propia del Derecho del Trabajo al potenciar injustificadamente la de quien ostenta en ella la condición de primacía ⁶¹⁹, sino además la menos acorde con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) en cuyo contenido esencial la jurisprudencia constitucional integra la ejecución de sentencias, el respeto de los fallos judiciales y su efectivo cumplimiento y desarrollo del cual son los arts. 18.2 LOPJ y 239.1 LPL sobre ejecución de sentencia en sus propios términos⁶²⁰. En este orden de ideas, no es de extrañar que desde hace tiempo la doctrina haya mostrado sus dudas acerca del acomodo constitucional del precepto de la Ley adjetiva⁶²¹, dudas que han tenido eco también en sede de suplicación ⁶²².

En otro orden de cosas, la regulación legal comentada adolece de una tan significativa como censurable laguna al no preverse ningún mecanismo específico para evitar la inexorable extinción contractual, en fase de ejecución de sentencia, cuando la reposición no se produzca o ésta sea irregular, siendo el afectado un representante de los trabajadores. Resulta efectivamente llamativo que para este particular supuesto, el legislador no haya impuesto la ejecución *in natura* de la sentencia que declare injustificada la modificación, en simetría con lo establecido en el art. 280.1. a) LPL para el despido improcedente de los representantes legales y sindicales de los trabajadores cuando éstos ejerciten su derecho a optar por la readmisión. De este modo, se

⁶¹⁹ Esta función compensadora la predica el Tribunal Constitucional no sólo de las normas sustantivas, sino también de las procesales, vid. en este sentido SSTC 25-1-1983 (RTC 3) y 24-7-1995 (RTC 125).

⁶²⁰ Vid., entre otras, STC 7-6-1984 (RTC 67). Para un comentario a esta sentencia, así como una argumentación pormenorizada de la tesis de la posibilidad de ejecución *in natura* de la sentencia que declare injustificada una modificación sustancial de condiciones de trabajo, vid. Gabinete de Estudios Jurídicos CC.OO: "Ejecución en sus propios términos de las sentencias recaídas en procedimientos sobre impugnación de traslados y modificación sustancial de condiciones de trabajo. (A propósito del Auto del Juzgado de los Social n.2 (Albacete) de 13-9-1999), RDS, n^o 7, 1999, pp. 184 y ss.

⁶²¹ BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y vías procesales de impugnación, cit.

⁶²² Vid., Auto del TSJ de Castilla la Mancha de 25 de marzo de 2003 por el que se plantea una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 138.6 LPL en el que, resumidamente, la Sala estima que la solución legal disminuye la oferta de tutela judicial que puede ofrecer el sistema al trabajador afectado por una decisión objetivamente injusta, por cuanto la reparación que para ello ofrece no comporta la de privar de efectos a la medida pese a ser ello jurídicamente viable a través de las medidas coercitivas establecidas en los arts. 239.2 y 282 LPL, tal y como lo demuestra, por otra parte, la opción de la ejecución *in natura* adoptada por el legislador para los supuestos de declaración de nulidad de la modificación en el art. 138.7 Para un comentario de este Auto y de los razonamientos de la Sala, vid. MIRANZO DÍEZ, J.J., op. cit..

produce una preocupante quiebra del sistema legal de garantías de la representación unitaria y sindical en el ámbito de la empresa, que puede ser aprovechada por el empresario para provocar la ruptura indemnizada del contrato de trabajo de los representantes a base de implicarlos estratégicamente en medidas modificativas carentes de fundamento legal⁶²³.

En orden a soslayar este problema, no precisamente irrelevante, cabrían, desde mi punto de vista, dos soluciones. La primera sería que el *petitum* de la acción impugnativa de la medida empresarial fuese, en este caso concreto, la declaración de nulidad de la modificación, fundamentada bien en la vulneración del derecho de libertad sindical -si se entiende que la representación de intereses profesionales de los trabajadores en la empresa forma parte del contenido esencial de dicho derecho fundamental-, bien en su carácter discriminatorio en atención a la función representativa desempeñada por el trabajador afectado, o bien, en fin, en que la medida modificativa ha sido adoptada en fraude de ley. Si conforme a esa *causa petendi*, recayese una sentencia que declare nula la modificación de las condiciones de trabajo, cabría entonces que el representante de los trabajadores afectado optase alternativamente por la ejecución in natura o por la ejecución por sustitución tal y como permite con carácter general el art. 138.7 LPL.

La segunda, implicaría integrar esta laguna legal mediante una interpretación analógica que conduzca a la aplicación de la solución legal establecida para los supuestos de despido improcedente de los representantes de los trabajadores (art. 280.1.a) LPL, de suerte que recaída sentencia que declare injustificada la modificación sustancial operada, ésta deberá ejecutarse en sus propios términos salvo que el afectado optare por la ejecución por equivalente.

Pero volvamos de nuevo al problema inicialmente formulado, que es el que conecta con la dimisión provocada por la causa establecida en el art. 50.1 c) *in fine* ET. Si la sentencia que declare injustificada una modificación sustancial de condiciones de trabajo sólo permite su ejecución por sustitución y es ello lo que conduce, inexorablemente, a la extinción indemnizada del contrato de trabajo,

⁶²³ En este mismo sentido, vid. NOGUEIRA GUASTAVINO, M., op. cit., pg. 1072; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., op. cit., pg. 284; CACHÓN VILLAR, P. y DESDENTADO BONETE, A: Reforma y crisis del proceso social (1994-1996), pg. 152.

han de formularse dos órdenes de consideraciones. En primer lugar, una de carácter general que conecta con la negativa valoración de esta solución legal no solo en el marco procesal, sino respecto a la institución modificativa del art. 41 ET en su conjunto, puesto que el control judicial sirve aquí no tanto para salvaguardar la legalidad de la decisión, sino para incrementar la compensación económica que procede por la resolución contractual frente a una decisión empresarial declarada ilegal por el juez de lo social. De esta forma, en efecto, se devalúa la importancia de la causa, además de la propia eficacia del control judicial *per se* que queda desnaturalizado en fase de ejecución de sentencia, configurándose, en efecto, un sistema excesivamente complejo en su articulación jurídica para desembocar en una resolución de contrato⁶²⁴. En segundo lugar, esta técnica procesal que deja, finalmente, al arbitrio del empresario la extinción del contrato de trabajo, impide, en mi opinión, su reconducción al art. 50.1 ET y que, por tanto, pueda hablarse en este supuesto, en puridad, de dimisión provocada – a lo sumo, quizá, de una dimisión provocada indirecta –, pues aun dándose un incumplimiento empresarial con eficacia resolutoria tipificado en dicho precepto estatutario (primer inciso de su letra c), la extinción del contrato no se produce aquí, como se ha visto, por voluntad del trabajador, que es la que está en la *ratio* de la formulación legal del instituto resolutorio (arts. 49.1.j y 50 ET), sino más bien por voluntad del empresario al que, en términos análogos al despido improcedente, la ley procesal le otorga, indirecta e implícitamente, la elección entre reposición regular y extinción contractual indemnizada⁶²⁵.

A mayor abundamiento de esta diferencia con la resolución contractual *strictu sensu* del art. 50 ET, debe repararse en la diversidad existente en el plano resarcitorio en este particular supuesto de ejecución de sentencia por sustitución, ya que a la indemnización a la que el trabajador tiene derecho en

⁶²⁴ MOLERO MARAÑÓN, M.L.: “Una visión crítica del régimen de modificación sustancial...”, cit.

⁶²⁵ Reconociendo que, a tenor del art. 138.6 LPL, la elección entre reposición regular y extinción corresponde al empleador, vid. DESDENTADO BONETE, A., «Cuestiones de enjuiciamiento en la modificación de las condiciones de trabajo», *RPJ* (2000), n.º 57, pág. 516; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., op. cit., pg. 283 y en la doctrina judicial, STSJ Cantabria 30-12-1995 (AS 4647). En contra, GONZÁLEZ VELASCO, J.: “Movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y la reforma laboral”, *AL*, n.º 33-34, 1995, pg. 598 y BEJERANO HERNÁNDEZ, A., op. cit., pp. 184-187 al argüir el último autor que conforme al art. 138.6 LPL el único legitimado para instar la ejecución sustitutiva del fallo es el propio trabajador, afirmación de la que se deduce que si ejercita esta facultad la extinción indemnizada del contrato responde aquí a su voluntad y no a la del empresario que se limita al incumplimiento *in natura* de la sentencia.

virtud del art. 50.2 ET, se añadiría la complementaria, de apreciación judicial, que se determinará en atención al perjuicio causado por la no reposición en sus originales condiciones de trabajo o por la reposición irregular, cuya cuantía máxima viene establecida en el art. 279.2.b) LPL⁶²⁶, que entendemos resulta aquí también aplicable.

3.2 El incumplimiento empresarial de la sentencia recaída en el proceso impugnativo de conflicto colectivo y dimisión provocada

La cuestión se torna distinta, sin embargo, cuando la sentencia que declare injustificada la medida modificativa empresarial haya recaído tras la impugnación de la misma por parte de los representantes de los trabajadores. Este cauce impugnativo es admitido tanto por el art. 40.2 ET como por el 41.4 ET cuando la modificación de las condiciones de trabajo sea de carácter colectivo encauzándose, como ya se dijo, por el proceso de conflicto colectivo regulado en los arts. 151 y ss. LPL, sin perjuicio de la posibilidad de impugnación individual a cargo de cada uno de los trabajadores afectados - canalizada por la vía del procedimiento especial ex art. 138 LPL-, aunque es sabido que las impugnaciones individuales que eventualmente se hubiesen instado quedarían suspendidas con el planteamiento del conflicto colectivo y hasta que éste se resuelva⁶²⁷.

En este escenario, si el proceso de conflicto colectivo concluye con sentencia que declare injustificada la medida impugnada y el empresario no procede a la reintegración regular de los afectados en sus anteriores condiciones laborales, el supuesto vuelve a entrar en conexión con la causa de dimisión provocada del art. 50.1 *in fine* ET, ya que en este caso el incumplimiento resolutorio queda integrado por el incumplimiento empresarial de la sentencia que declara la injustificación sin que el precepto distinga, a tales efectos entre sentencia individual y colectiva.

Sin embargo, aquí la articulación entre los efectos de la negativa empresarial a la reposición regular y dimisión provocada puede discurrir de

⁶²⁶ La procedencia de esta indemnización complementaria así como el *quantum* de la misma es de libre apreciación judicial, aunque no obstante esta sometido a un límite legal máximo equivalente a 15 días de salario por año de servicio sin que se sobrepase 12 mensualidades de salario

⁶²⁷ Cfr. arts. 40.2 y 41.3 ET y 138.3 LPL.

diferente modo al analizado respecto de la impugnación individual, si nos atenemos a la postura doctrinal y jurisprudencial que predica, con carácter general, el carácter meramente declarativo y la eficacia “cuasinormativa” de las sentencias recaídas en proceso de conflicto colectivo y, en consecuencia, su no ejecutabilidad ⁶²⁸, en contraste con la naturaleza condenatoria y la eficacia ejecutiva de las recaídas tras la sustanciación del proceso individual ex art. 138 LPL .

No obstante esta tesis se contrapone con una autorizada doctrina que, con mejores argumentos, considera que las sentencias dictadas en procesos de conflicto colectivo no siempre han de ser declarativas y por tanto inejecutables, sino que, contrariamente, esta modalidad procesal puede ser cauce de una pretensión condenatoria que conduzca a un pronunciamiento declarativo y de condena ⁶²⁹ que, si no es cumplido por el demandado, permitiría su ejecución forzosa ⁶³⁰ de conformidad a lo establecido en los arts. 158.2 y 301 LPL que le atribuyen ejecutividad desde el momento en que se dicte.

En lo que concierne a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se detecta una significativa evolución desde el tradicional criterio rigorista del carácter declarativo e inejecutable de la sentencia colectiva, hacia un posicionamiento flexible en el que se admite que ésta puede ser condenatoria y directamente ejecutable, sin necesidad de plantear sucesivos procesos individuales al efecto ⁶³¹, siempre que el fallo contenga un pronunciamiento claro de condena y todos

⁶²⁸ Vid. en este sentido, PRADOS DE REYES, F.J.: “Ejercicio de acciones declarativas en el procedimiento laboral”, TL, n^o 6, 1986, pp. 99 y ss.; ANDINO AXPE, L.: Ejecución en el orden jurisdiccional laboral, Comares, Granada, 1992, pp. 345 y ss; MONTERO AROCA, J.: Introducción al proceso laboral, 4^a edic., Bosch, Barcelona, 1997, pg. 219. Por la jurisprudencia, vid. , entre otras, las muy recientes SSTS 4^a 21-11-2001, RL, n^o 15, 2002, TS-537; 28-5-2002, RL, n^o 19, 2002, TS-558.

⁶²⁹ Vid. ANDINO AXPE, L.F.: Ejecución en el orden jurisdiccional social, 2^a edic., Comares, Granada, 1996, pg. 317; GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: El proceso de conflicto colectivo de trabajo. Significación y contenido general, Madrid, 1993, pg. 126; BAYLOS GRAU- CRUZ VILLALÓN-FERNÁNDEZ LÓPEZ: Instituciones de Derecho Procesal Laboral, cit., pg. 254; ALARCÓN CARACUEL, M.R.: “Un proceso de conflicto colectivo sin sentencia normativa”, en VV.AA., Estudios sobre la Ley de Procedimiento Laboral de 1990, Madrid, MARCIAL PONS, 1991; pg. 203.

⁶³⁰ En este sentido, vid. MONEREO PÉREZ, J.L./ALVAREZ MONTERO, A.: “Comentario al artículo 158 LPL” en Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral (dir. Monereo Pérez), Comares, Granada, 2001, pp. 964-965; GONZÁLEZ- POSADA MARTÍNEZ, E.: El proceso de conflicto colectivo, Acarl, Madrid, 1993, pp. 125 y ss.; ALARCÓN CARACUEL, M.R.: “Un proceso de conflicto colectivo...”, cit., pp. 202-203; BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo..., cit., pg. 158; GUTIÉRREZ –SOLAR CALVO, B.: “La ejecución de sentencias dictadas en procesos de conflicto colectivo, RL, n^o 15-16, 2002.

⁶³¹ SSTS 24-4-1997 (RJ 3496); 9-3-1998 (RJ 2372); 16-3-1999 (RJ 2994) Para una completa sistematización y comentario de esta evolución jurisprudencial, vid. GRANADOS ROMERA, I.: La sentencia colectiva, Colección Práctica de Derecho Social, Comares, Granada, 2000, pp. 70-100.

los elementos individualizadores precisos para que la obligación que se impone al condenado quede concretada, ya que de lo contrario, esto es, si la condena es vaga o genérica no constituiría un título ejecutivo válido ⁶³². En esta línea flexibilizadora se inscribe, además, la doctrina constitucional iniciada con la STC de 23 de mayo de 1988 ⁶³³ en la que se admite, si bien en vía de excepción, la existencia de sentencias de conflicto colectivo directamente ejecutables cuando el pronunciamiento del fallo contenga la imposición de una obligación determinada y concreta que suponga repercusión directa en el plano individual.

Desde esta perspectiva, es necesario plantearse si la impugnación de una modificación sustancial colectiva a través de la modalidad procesal de conflicto colectivo podría concluir con sentencia condenatoria directamente ejecutable. En este caso, dado que el conflicto objeto del proceso es de aplicación por versar sobre una discrepancia acerca del cumplimiento de una norma por parte del empleador y, más concretamente, acerca de la aplicación de una medida modificativa empresarial sustentada en la norma del art. 40.1 o 41 ET, lo normal será que la pretensión de los demandantes sea mixta: declarativa y de condena al empresario demandado a reponer a los afectados en sus originales condiciones de trabajo ⁶³⁴.

En conformidad con la naturaleza de la acción ejercitada, es cierto que la sentencia que se dicte en resolución del conflicto debe ser condenatoria ⁶³⁵, pero no es menos cierto que cabe también la posibilidad de que el pronunciamiento, aun siendo de condena, sea genérico e indeterminado, lo que le privaría de ejecutividad. Sin embargo, se ha advertido, con agudeza, que en este tipo de conflictos la decisión judicial sobre la legitimidad de la modificación colectiva impugnada, es frecuente que se supedite al análisis de las

⁶³² Vid. STS 4ª 21-11-2001 (Fj. 2º), RL, nº 15-16, TS-537, pg.117.

⁶³³ RTC 1988/92. También admitiendo que las sentencias colectivas puedan contener pronunciamientos de condena pues de lo contrario podría vulnerarse el derecho a la tutela judicial efectiva, vid. STC 12-11-1996 (RTC 178/1996).

⁶³⁴. Sobre el carácter mixto que por lo general tienen las acciones afirmadas en procesos de conflicto colectivo, vid. BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: “Excepciones procesales y subsanación de defectos”, cit., pg.437.

⁶³⁵ Vid. BLASCO PELLICER, A.: “En torno al contenido y eficacia de las sentencias en procesos de conflicto colectivo”, Tribuna Social, nº 97, 1999, pg. 23, que cita como ejemplo de sentencia colectiva condenatoria la que estime la pretensión impugnativa contra traslados y modificación sustancial de condiciones de trabajo, recaída en conflicto colectivo.

circunstancias concretas de los trabajadores afectados por la medida previamente determinadas en la demanda, situándose, en tal caso, el conflicto en la frontera que separa los de carácter plural y colectivo y, lo que es más significativo respecto al problema que ahora nos ocupa, sin que entonces el pronunciamiento condenatorio al que pudiera llegarse en beneficio del grupo genérico de trabajadores afectados requiera de una ulterior individualización en relación a cada uno de sus componentes, quedando enervados así los efectos propios de la sentencia declarativa y siendo posible su directa ejecución ⁶³⁶. Es más, alejándonos de ese resbaladizo terreno fronterizo entre lo plural y lo colectivo, la individualización del pronunciamiento colectivo de condena no suficientemente determinado bien puede efectuarse en el incidente de ejecución del mismo ⁶³⁷, sin necesidad, pues, de ejercitar acciones individuales posteriores a tal efecto.

Desde este punto de vista y con las matizaciones expuestas, cuando la sentencia colectiva que estime la pretensión impugnatoria colectiva declarando injustificada la modificación sustancial no sea cumplida por el empleador con la reposición regular de los afectados en sus anteriores condiciones de trabajo, podrá solicitarse su ejecución directa. Llegados a esta convención hay que distinguir según se trate de sentencia definitiva o de sentencia firme, dado que al tratarse de impugnación colectiva la sentencia de injustificación recaída puede ser objeto de recurso a diferencia de la dictada en el proceso impugnativo individual del art. 138 LPL que es irrecurrible (art. 138.4, prf. 2^a LPL)

De ser sentencia firme, no cabe una respuesta unívoca ya que puede postularse la ejecución en sus propios términos conforme a las reglas

⁶³⁶ Para esta argumentación, vid. GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B., op. cit; en el mismo sentido, aunque no específicamente para el supuesto de sentencia colectiva referida a modificación sustancial de condiciones de trabajo, ALONSO OLEA-MIÑAMBRES: Derecho Procesal del Trabajo, Civitas, Madrid, 1994, pg. 250. Vid., así mismo, STSud 21-2-1997 (RJ 1571) que, en referencia a la acción impugnativa contra modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, afirma que se trata de “una acción que aun ejercitada en conflicto colectivo, si es estimada, la sentencia tiene eficacia inmediata en las relaciones individuales. Por ello, las diferencias que en general existen entre conflictos colectivos e individuales en este supuesto especial se acortan...” (Fj. 4^o) y el Voto Particular de la STS 28-5-2002, RL, n^o 19, 2002, (TS-558) en el que los magistrados discrepantes estiman que la sentencia colectiva cuya ejecución se discute, es perfectamente ejecutable por contener todos los elementos individualizadores necesarios para quedar determinada la obligación que impone al empleador. En contra, sosteniendo el carácter meramente declarativo del pronunciamiento recaído en este supuesto impugnatorio, vid. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., op. cit, pp. 295-298.

⁶³⁷ Como expresamente se reconoce en la STC 92/1988 de 22-5, cit.

generales establecidas para la ejecución definitiva en el art. 239. 1 y 2 LPL, o bien la ejecución por sustitución en los términos previstos en el art. 138. 6 LPL para la sentencia individual. Como argumentos de apoyo a la segunda hipótesis, cabría esgrimir que la normativa reguladora de la modalidad procesal de conflicto colectivo, por la que se ha viabilizado la impugnación, no contempla ninguna regla específica sobre ejecución de la sentencia colectiva⁶³⁸ existiendo, por tanto, una laguna legal que sería suplida por vía analógica con la aplicación de lo preceptuado en el citado art. 138.6 para la modalidad impugnativa individual de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo.

Sin embargo este criterio hermenéutico no está exento de objeciones. Por un lado, la voluntad del legislador de la Ley Adjetiva⁶³⁹, en coherencia con la doctrina constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, ha sido el de imponer, con carácter general, la ejecución *in natura* de las sentencias relegando a vía de excepción la ejecución por equivalente en concretas modalidades procesales, de modo que, desde esta óptica, la ejecución por equivalente no debe ser objeto de aplicación extensiva fuera de los procedimientos en los que expresamente se establece al tratarse de la solución menos respetuosa con la plena efectividad del derecho fundamental ex art. 24 CE. Por otra parte, la modalidad de ejecución regulada en el art. 138.6 implica que al instarse la ejecución se acompañe de la solicitud de extinción indemnizada del contrato por causa de lo previsto en el art. 50.1 c) *in fine* ET, solicitud para la que, a mi entender, no estaría legitimada la representación legal de los trabajadores que planteó el conflicto, sino individualmente cada uno de los trabajadores afectados. Estas dificultades de orden técnico-jurídico servirían para apoyar la solución de la ejecución en sus propios términos de la sentencia colectiva que declare injustificada la modificación sustancial impugnada que, conforme al art. 239.2 LPL, conllevaría la imposición al empleador de apremios pecuniarios mientras se niegue a cumplir la obligación de reposición incluida en la resolución judicial o no se acredite la imposibilidad de su cumplimiento. Sin embargo, no se nos escapa que ello supondría

⁶³⁸ El art. 158. 2 LPL se limita a establecer que la sentencia será ejecutiva desde el momento en que se dicte, sin concretar las reglas aplicables a la ejecución.

⁶³⁹ Art. 239.1 LPL y, así mismo, arts. 18.2 LOPJ.

discriminar el tratamiento legal, según sea la modalidad procesal escogida para la impugnación, en clave de ofrecer mayor tutela a la impugnación colectiva.

En el caso de tratarse de sentencia definitiva, por haber planteado recurso el empleador perjudicado por el pronunciamiento de injustificación ⁶⁴⁰, la ejecución que puede solicitarse por parte de la representación de los trabajadores será la provisional en conformidad con el art. 301 LPL, si bien no procederán en esta sede los apremios pecuniarios que, establecidos específicamente para la ejecución definitiva y dado su carácter sancionador, no serán aplicables extensivamente a la ejecución provisional ⁶⁴¹.

Volviendo a la tesis que predica el carácter declarativo y “cuasinormativo” de las sentencias dictadas en procesos de conflicto colectivo, la doctrina y jurisprudencia que la defienden mantienen que en caso de que el empresario se negase a la reposición o efectuase una reposición irregular de los trabajadores en sus anteriores condiciones de trabajo tras un pronunciamiento que declare injustificada su modificación sustancial recaído en proceso de conflicto colectivo, la ejecución de éste sólo será posible mediante acciones individuales posteriores de los trabajadores afectados dirigidas a que se concrete de forma singularizada el derecho de cada uno de ellos a la reposición regular mediante sentencias que sí constituyan títulos ejecutivos ⁶⁴². Con esa discutible convención, la doctrina vuelva a dividirse en torno a cuál deba ser el cauce procesal idóneo para la sustanciación de estas postreras acciones individuales.

⁶⁴⁰ No se olvide que la doctrina judicial considera que, a diferencia de la sentencia firme que pone fin al procedimiento impugnativo individual, la sentencia de instancia en el procedimiento de conflicto colectivo admite recurso conforme a lo establecido en el art. 189.1 f) LPL. Vid. en este sentido STSJ Cataluña 22-4-2002 (AS 1791) (F.j. 1^o).

⁶⁴¹ Sobre la inviabilidad de estos medios de coerción en la ejecución provisional, vid. Campos Alonso, M.A.: “De la tutela de los derechos de libertad sindical, en Ley de Procedimiento Laboral. Análisis y comentarios al R. D. Legislativo 521/1990 de 27 de Abril, Deusto, 1990, pg. 510; Moliner Tamborero, G.: “La ejecución de sentencias en el proceso de tutela de la libertad sindical”, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1992, pg. 149.

⁶⁴² Vid. entre otras, SSTS 16-6-1995 (RJ 3727); 22-4-1996 (RJ 3335); 7-5-1997 (RJ 4226) y 8-7-1997 (RJ 5567). En el mismo sentido en la doctrina científica, por todos, vid. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.. op. cit., pg. 298. En contra, considerando que la sentencia que declare la injustificación de la medida tras la sustanciación del proceso de conflicto colectivo es condenatoria y ejecutable directamente, vid. RAMIREZ MARTÍNEZ, J.M.: “Flexibilidad interna: movilidad funcional, movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo”, cit. pp. 48 y ss.; PALOMO BALDA, E.: “Modificación sustancial de las condiciones de trabajo y ejercicio de acciones individuales”, en Alteraciones en el contenido de la prestación y en las condiciones de trabajo, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1999, pg.177.

Al respecto, algunos autores postulan la idoneidad de la modalidad procesal impugnatoria del art. 138 LPL ⁶⁴³, en tanto que otro sector de la doctrina propone la interposición directa por el trabajador de la acción resolutoria a través del proceso ordinario (art. 80 y ss. LPL) al amparo del art. 50.1.c) *in fine* ET, que aquí sí tendría cabida en contraste con lo que sucede, como ya se comentó, en el ámbito de la impugnación individual ⁶⁴⁴.

La primera tesis arrostra el problema de la coincidencia de los plazos procesales y del *dies a quo* de los mismos en orden al ejercicio de la acción impugnatoria individual y colectiva, que en ambos casos es de caducidad y de 20 días hábiles desde el día siguiente a la fecha de notificación de la modificación ⁶⁴⁵, lo que comporta que si la planteada en primer término es la impugnación colectiva, se cierra prácticamente la posibilidad de una posterior reclamación individual, dada la previsible caducidad de la acción impugnatoria tras la conclusión del proceso de conflicto colectivo. Este obstáculo se obviaría si la demanda impugnativa individual es anterior o coetánea a la colectiva, ya que en este caso, como se dijo, la acción individual quedará en suspenso hasta la resolución del conflicto colectivo.

En lo que concierne a la segunda hipótesis, esto es que la acción individual posterior a la sustanciación del conflicto colectivo se viabilice al amparo del art. 50.1.c) *in fine* ET, formulándose por tanto como acción resolutoria del contrato de trabajo, en mi opinión responde mejor al principio de economía procesal, ya que habiendo recaído un previo pronunciamiento declarativo de la injustificación de la medida empresarial, la nueva acción individual del trabajador puede dirigirse directamente a solicitar la extinción indemnizada de la relación laboral, evitando la carga procesal de los trámites de ejecución de sentencia y del “incidente de sustitución” que resultan obligados si se opta por

⁶⁴³ Vid. CACHÓN VILLAR, P. y DESDENTADO BONETE, A., op. cit., pp. 138 y ss.; LÓPEZ – TARRUELLA MARTÍNEZ, F.: “Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, cit.,pg. 347.

⁶⁴⁴ ALFONSO MELLADO,C., CARRATALÁ TERUEL, J.L. Y MORRO LÓPEZ, J.J.: La reforma del proceso laboral, TIRANT LO BLANCH, Valencia, 1.994, pg. 56.

⁶⁴⁵ En la doctrina unificada del TS ha prevalecido una interpretación extensiva del art. 59.4 ET, en virtud de la cual se sostiene que el plazo de caducidad de las acciones impugnatorias contra decisiones empresariales modificativas de condiciones de trabajo no sólo es aplicable a las acciones individuales sino también a las impugnaciones sustanciadas a través del procedimiento de conflicto colectivo;Vid. en este sentido, SSTSud 21-2-1997 (RJ 1571); 14-3-1997 (RJ 2473; 29-5-1997 (RJ 4475); SSTS 7-6-1999 (RJ 5206); 22-7-1999 (RJ 6165); 9-4-2001 (RJ 5112).

la impugnación ex art. 138 LPL y que, en cualquier caso, abocan así mismo en la extinción contractual cuando el empresario, como es previsible, se niegue a la reposición regular en sus anteriores condiciones de trabajo.

En suma, cabe sostener que ambas hipótesis hermeneúicas son acogibles, con la limitación apuntada respecto a la primera de ellas a consecuencia de la coincidencia de plazos procesales. Dicho en otras palabras, si la impugnación de la medida empresarial ha discurrido por el cauce procesal de conflicto colectivo y la sentencia que lo resuelve la declara injustificada, el trabajador, al objeto de obtener un título ejecutivo, puede optar por la reclamación individual ex art. 138 LPL "o", potestativamente, por solicitar directamente la extinción del contrato ejerciendo la acción resolutoria canalizada por el procedimiento ordinario, conforme a lo dispuesto en el art. 50.1.c) *in fine* ET. Pero repárese en que es precisamente esta segunda vía la que se incardina sin aristas en el instituto de la dimisión provocada, puesto que aunque ambas alternativas conducen igualmente a la ruptura indemnizada del vínculo, en la primera -la impugnación individual- el contrato termina extinguiéndose por voluntad del empleador al que la ley le concede indirectamente el derecho a optar entre reposición regular del trabajador o extinción contractual indemnizada; en tanto que en el marco de la segunda, la extinción contractual responde directamente a la voluntad del trabajador basada en un incumplimiento empresarial grave, presupuestos ambos de la institución resolutoria o dimisión provocada.

3.3 Incumplimiento parcial de la sentencia que declare injustificada la modificación y dimisión provocada.

Una última reflexión acerca de una hipótesis, soslayada por el legislador al delimitar el tipo causal de dimisión provocada ex art 50.1 c) *in fine* ET. Se trata del incumplimiento parcial por el empleador de la sentencia que declara injustificada la modificación sustancial, incumplimiento consistente en la reposición irregular del trabajador afectado en sus condiciones laborales precedentes. Ante esta omisión caben dos interpretaciones diversas que conducen, sin embargo, a la misma solución.

Puede entenderse, por un lado, que el incumplimiento tipificado en el segundo inciso del art. 50.1.c) ET, configurado como causa de dimisión

provocada, tiene un carácter meramente ejemplificativo, limitándose el legislador a ofrecer una muestra de un incumplimiento empresarial, por lo que el incumplimiento parcial de la sentencia que declare injustificada la medida modificativa sería subsumible implícitamente en la causa resolutoria en análisis⁶⁴⁶. Pero que se sepa, la única apertura causal del art. 50.1 ET dotada de este carácter abierto es la recogida en el art. 50.1 c), primer inciso ET, por lo que para llegar a esa misma conclusión el argumento que debe prevalecer, en mi opinión, es que el incumplimiento parcial por el empresario de la sentencia que declare injustificada la medida modificativa, es incardinable en la causa resolutoria ex art. 50.1.c) *in fine* puesto que tanto el incumplimiento parcial como el cumplimiento defectuoso de una obligación es equiparado por la doctrina y jurisprudencia iuscivilista, con carácter general, al incumplimiento total de la misma a efectos resolutorios⁶⁴⁷, de modo que, pese al silencio de la norma estatutaria, la reposición irregular en las originales condiciones laborales, tras declararse judicialmente injustificada su modificación, sería perfectamente asimilable a la negativa empresarial a la reposición.

4. Incumplimiento empresarial de la sentencia que declara nula la decisión empresarial y dimisión provocada. Problemas de encuadramiento en el art. 50.1 c) *in fine* ET.

4.1 Incumplimiento de la sentencia de nulidad recaída en la modalidad procesal del art. 138 LPL y dimisión provocada

Cabe plantear, finalmente, la conexión que pueda existir entre la calificación judicial de nulidad de la modificación sustancial de condiciones de trabajo y dimisión provocada; esto es, se trata de determinar si el incumplimiento empresarial de la sentencia que declare nula una modificación sustancial es subsumible en la apertura causal de la dimisión provocada tipificada en el art. 50.1.c) *in fine*, puesto que la norma sustantiva citada al configurar esta causa de dimisión provocada únicamente contempla de forma expresa el

⁶⁴⁶ En este sentido, vid. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., op. cit., pg. 302.

⁶⁴⁷ Vid. DIEZ-PICAZO, L.: Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, cit., pp. 712-715, que al delimitar el incumplimiento resolutorio requisito de operatividad del art. 1124 CC, pone de relieve que junto al incumplimiento total de la obligación se encuentran también el incumplimiento parcial y el incumplimiento defectuoso de la obligación.

incumplimiento empresarial de la sentencia que declara injustificado un traslado ex art. 40.1 ET o una modificación sustancial de condiciones de trabajo ex art. 41 ET, soslayando el del pronunciamiento judicial que los declare nulos.

Ante esta omisión caben, de nuevo, dos interpretaciones posibles. Puede entenderse por un lado, que el incumplimiento tipificado en el segundo inciso del art. 50.1.c) ET como causa de dimisión provocada tiene un carácter meramente ejemplificativo, limitándose el legislador a ofrecer una muestra de un incumplimiento empresarial grave, por lo que el incumplimiento total o parcial de la que declare su nulidad, encajaría implícitamente en la causa resolutoria en análisis⁶⁴⁸.

Cabe postular, en mi opinión, una hipótesis interpretativa diversa en virtud de la cual mientras que el supuesto de incumplimiento parcial por el empresario de la sentencia que declare injustificada la medida modificativa sí resulta subsumible en la causa resolutoria ex art. 50.1.c) *in fine*, ya que, como se dejado sentado, el incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso de una obligación es equiparable, con carácter general, al incumplimiento total de la misma a efectos resolutorios, no cabe llegar a la misma solución, *lege data*, cuando se trate del incumplimiento empresarial de la sentencia que declare nula la modificación a base de negarse a reintegrar al trabajador o proceder a una reintegración irregular en sus anteriores condiciones laborales, puesto que la mención de este supuesto está ausente en el precepto que, por lo demás, nada indica que tenga en este inciso carácter ejemplificativo⁶⁴⁹. Por el contrario, menos forzada es la reconducción de este incumplimiento a la, a nuestro juicio, única cláusula general o abierta contemplada en el art. 50.1 ET que es la albergada en el primer inciso de su letra c) y considerarlo como “otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario” no especificado en los restantes apartados del precepto, con lo que este concreto caso cabría igualmente la acción resolutoria del trabajador, sólo que al amparo

⁶⁴⁸ En este sentido, vid. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., op. cit., pg. 302.

⁶⁴⁹ De predicarse el carácter ejemplificativo del incumplimiento tipificado en el ap. c) *in fine*, habría que hacerlo también del resto de los incumplimientos específicos tipificados en las restantes aperturas causales –letras a) y b) del art. 50.1 y la posibilidad de subsumir en ellas otros incumplimientos análogos a los tipificados específicamente, técnica que doctrina y jurisprudencia descarta, reconduciendo entonces dichos incumplimientos no incardinables en los tipos específicos a la cláusula general que cierra el precepto, esto es, al ap. c) del art. 50.1 ET

de la formulación genérica del incumplimiento resolutorio establecida en el art. 50.1 ET.

Con todo, no hay por menos que afirmar que la omisión de una referencia específica y expresa de la negativa empresarial al cumplimiento regular de la sentencia que declare nula una modificación sustancial en la formulación legal de la causa de dimisión provocada ex art. 50.1 c) *in fine*, es de todo punto inaceptable tratándose, como es el caso, del supuesto más grave de incumplimiento empresarial de sentencia revocatoria de medidas patronales ilícitas que, de no existir la citada norma de cierre en el art. 50 ET ni la vía procesal indirecta representada por la opción otorgada al trabajador afectado de ejecución por equivalente de la sentencia de nulidad de la modificación (art. 138.7 LPL), quedaría extramuros de las causas justas de dimisión provocada. En consecuencia, la solución óptima sería que, *lege ferenda*, atendiendo a razones lógico-jurídicas y sistemáticas, se incluyese expresamente como específico incumplimiento empresarial en el art. 50.1. c) *in fine*, obviando con ello forzadas interpretaciones teleológicas que condujeran a la aplicación supletoria del art. 1124 CC, al que habría que recurrir necesariamente, de no existir la cláusula general aludida del art. 50.1 ET, en orden a posibilitar la resolución contractual indemnizada a instancia del trabajador.

La articulación de los efectos jurídico-procesales del incumplimiento empresarial de la sentencia que declare nula la decisión modificativa y dimisión provocada suscita, también aquí como en el caso de sentencia de injustificación, algunos problemas que han de resolverse. Recuérdese, en efecto, que el art. 138.7 LPL establece que en el supuesto de que impugnada la medida empresarial recayese sentencia que declare la nulidad de la misma y siempre que el empresario se negase a la reposición en sus condiciones de trabajo precedentes, el trabajador -a diferencia de lo que sucede si se declara injustificada- ostenta el derecho a optar entre instar la ejecución *in natura* de dicha sentencia⁶⁵⁰ o la ejecución por equivalente a través del “incidente de sustitución”; en suma, aquí es al trabajador y no al empresario al que la ley le ofrece la opción entre cumplimiento específico de la sentencia y extinción contractual indemnizada.

⁶⁵⁰ Conforme a las reglas establecidas en el art. 239 LPL.

Las dos vías alternativas que aporta el art. 138.7 tienen distintos presupuestos y finalidades, ya que mientras la solicitud de ejecución *in natura* revela la voluntad del trabajador de exigir el cumplimiento de la obligación de reposición y el mantenimiento de la relación laboral en concordancia con la previa decisión impugnativa de la modificación, la solicitud de ejecución por equivalente, contrariamente, evidencia una voluntad de extinguir el vínculo contractual –puesto que ésta termina produciendo este efecto extintivo-, dato que, prima facie, puede parecer contradictorio con la impugnación. Sin embargo, este aparente contradicción se desvanece si se repara en que constatada la inicial resistencia del empresario al cumplimiento del fallo, cabe la posibilidad de que ésta no se doblegue con su ejecución *in natura* ya que su régimen laboral ⁶⁵¹, como se sabe, no garantiza la restitución de la situación anterior a la modificación nula sino que se limita a imponer medidas coercitivas que impelen al cumplimiento. Ante esa dudosa expectativa, el rechazo por parte del trabajador de la ejecución de la sentencia en sus propios términos no es una hipótesis descartable en la práctica y probablemente por ello el legislador la contempla expresamente, pues entra dentro de lo razonable que decidiera no prolongar indefinidamente su afectación por la modificación ilícita que eventualmente, además, le puede ocasionar un perjuicio simple o cualificado, optando, entonces, por la extinción indemnizada del vínculo contractual.

De cumplirse la hipótesis de opción salida indemnizada de la empresa, cabe cuestionarse aun si el trabajador debe de atenerse necesariamente a los trámites procesales del “incidente de sustitución” al que remite el art. 138.6 LPL, o si, por el contrario, podría ejercitar, directa y alternativamente, la acción resolutoria al amparo del primer inciso del art. 50.1.c) ET haciéndola discurrir por su cauce procesal natural que es el procedimiento ordinario laboral.

Trayendo a colación los argumentos esgrimidos en su momento en orden a la elección del procedimiento idóneo para viabilizar la acciones de los trabajadores con el objeto de individualizar el pronunciamiento recaído en conflicto colectivo cuando éste resulte inejecutable, debe defenderse de nuevo aquí la tesis de que la alternativa de la dimisión provocada puede operarse,

⁶⁵¹ Vid. art. 239.2 LPL

opcionalmente, bien solicitando la ejecución de sentencia por equivalente, que discurrirá a través del incidente de sustitución, bien ejercitando directamente la acción resolutoria, sobre la base del art. 50.1 c) ET, a través del proceso ordinario. Además, en este caso, cualquiera de las dos alternativas encajaría en la figura de la dimisión provocada, puesto que ambos supuestos se trataría de una acción que conduce a la extinción indemnizada del contrato de trabajo por estricta voluntad del trabajador ⁶⁵², con la única salvedad de que si el trabajador optara por la ejecución por sustitución, además de la indemnización tasada en el art. 50.2 ET podría percibir la adicional y de libre apreciación judicial, prevista en el art. 279.2.b) LPL, a tenor de los perjuicios que se le hayan podido ocasionar a consecuencia de la falta de reposición o de la reposición irregular en sus primigenias condiciones laborales.

4.2 Incumplimiento de la sentencia de nulidad recaída en el proceso especial de tutela de derechos fundamentales y dimisión provocada

Ya se ha afirmado y comentado con anterioridad que la acción de impugnación de medidas de movilidad geográfica y de modificación sustancial de condiciones de trabajo ex art. 41 ET cuando se sustente estrictamente en su implantación con lesión del derecho de libertad sindical o de otros derechos fundamentales, puede encauzarse opcionalmente, además de por los procedimientos del art. 138 LPL y de conflicto colectivo, a través del procedimiento de amparo ordinario (arts 175 y ss. LPL) en el que el debate procesal se ceñirá exclusivamente a la existencia o no de la vulneración del derecho fundamental invocado ⁶⁵³. En esta hipótesis la sentencia, caso de apreciarse la existencia de la afectación del derecho fundamental alegada, declarará la nulidad radical de la medida modificativa lesiva y ordenará la reposición de la situación al momento anterior a producirse, así como la

⁶⁵² Repárese que aún en el supuesto de optar por solicitar la ejecución de la sentencia por sustitución, la extinción indemnizada del contrato no se produciría aquí por voluntad del empresario, como sucede en el caso de ejecución de las sentencias que declaren injustificada la medida empresarial, sino por voluntad del trabajador al haber ejercitado esta opción rechazando la vía de la ejecución de la sentencia in natura que descarta la extinción contractual y busca el cumplimiento específico de la obligación de reposición del trabajador en sus originales condiciones de trabajo.

⁶⁵³ Sobre la limitación del ámbito cognitivo de esta modalidad procesal, vid. supra II, 1.3.

reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera ⁶⁵⁴.

Teniendo en cuenta los dos diversos pronunciamientos de condena que puede contener esta sentencia de nulidad – la reposición y el pago indemnizatorio- , debe dilucidarse, en primer término si tan sólo el incumplimiento de la obligación de reposición del trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo en orden a la restauración del derecho fundamental invocado (contenido esencial de la sentencia) será causa de dimisión provocada o si, efectuada la reposición, también lo sería el mero incumplimiento empresarial de la obligación de pago de la indemnización que el juzgador hubiese impuesto al empleador para la reparación del perjuicio producido por la vulneración del derecho fundamental (contenido accesorio de la sentencia). Ante esta duda interpretativa pueden postularse dos soluciones.

La primera solución, partiría de la analogía del incumplimiento empresarial de la sentencia de nulidad de la medida y el incumplimiento de la sentencia que la declare injustificada, puesto que ambas sentencias comparten el reconocimiento judicial del derecho del trabajador afectado a ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo. De este modo, en ambos casos sería sólo la negativa empresarial a la reposición regular la que integrará la causa justa de dimisión provocada al amparo, respectivamente, de la letra c) y de la misma letra *in fine* del art. 50 ET independientemente, por tanto, de que la sentencia de nulidad recaída en la impugnación ejercitada por el procedimiento de amparo ordinario pueda reconocer al trabajador un derecho indemnizatorio accesorio que, aun constituyendo un incumplimiento empresarial de la sentencia, de no hacerse efectivo, no sería causa justa de resolución del contrato por voluntad del trabajador .

La segunda interpretación, que conforme a la solución postulada acerca del adecuado encuadramiento del incumplimiento empresarial de la sentencia que declare nula la modificación sustancial en las aperturas causales del art. 50.1 ET es la que resulta más coherente sistemáticamente, parte del presupuesto de que el incumplimiento empresarial de la sentencia que declare la nulidad de una modificación sustancial no podría subsumirse en la apertura causal del art.

⁶⁵⁴ Vid. art. 180.1 LPL.

50.1 c) *in fine* ET –referida literalmente por el legislador al incumplimiento de sentencias de injustificación-, sino en la cláusula general de cierre contenida en el precepto⁶⁵⁵. Ello llevaría a concluir que el incumplimiento resolutorio que permite la dimisión provocada se daría, aquí, tanto en uno como en otro caso⁶⁵⁶: es decir, tanto cuando la negativa empresarial se refiera a la reposición regular del trabajador, cuanto la referida al pago de la indemnización al que se le haya condenado para el resarcimiento de los daños producidos por la vulneración de derechos fundamentales. Dicha indemnización constituiría, por lo demás, una deuda vinculada al contrato de trabajo por nacer de la conculcación, mediante la medida modificativa, de los derechos fundamentales del trabajador que el empresario debe respetar en el marco de la relación laboral y por tanto una consecuencia de la responsabilidad contractual del empresario⁶⁵⁷.

Ahora bien, llegados a esta solución interpretativa queda por determinar el modo y procedimiento por el que el trabajador puede hacer uso de su facultad resolutoria; dicho en otras palabras: debe decidirse si el trabajador tiene la posibilidad de ejercitar la acción resolutoria del art. 50 ET desde el momento mismo en que el empresario se niegue a efectuar la reposición una vez notificada la sentencia de nulidad o si, por el contrario, debe instar su ejecución por equivalente en alternativa a la ejecución *in natura*, lo que necesariamente exige abordar la problemática específica de la ejecución de sentencias dictadas en el proceso de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas.

⁶⁵⁵ Ya se argumentó que el incumplimiento empresarial de la sentencia que declare nula la medida empresarial, cualquiera que sea el proceso en que el pronunciamiento se dicte, no admite su encuadramiento en la letra c) *in fine* del art. 50 ET, haciéndose preciso su reconducción a la cláusula abierta que cierra el citado precepto.

⁶⁵⁶ Téngase en cuenta que sólo en la apertura causal determinada en el art. 50.1. c) *in fine*, referida a la declaración de injustificación de la modificación, el incumplimiento resolutorio reside exclusivamente en la negativa empresarial a efectuar la reposición del trabajador en sus condiciones de trabajo originales.

⁶⁵⁷ Como sería el caso de los derechos a la libertad sindical, a la no discriminación, a la integridad física y moral, a la intimidad o algún otro derecho fundamental inherente a la dignidad de la persona del trabajador (art. 4. 1 b) y 2 c), d) y e) ET). En este sentido, vid. STSJ Murcia 2-9-2003 (AS 3208), f.j. 8, en la que expresamente se reconoce que la indemnización por daños morales a la que se condena al empresario se enmarca en una responsabilidad netamente contractual, ya que la conculcación del derecho fundamental del trabajador, de la que trae causa dicha condena indemnizatoria, se ha producido al ejercitar su función directiva en la relación laboral, de modo que dicha responsabilidad “debe ventilarse “in extenso” en el orden jurisdiccional social. En contra, considerando que se trata de una deuda no nacida del contrato de trabajo sino del incumplimiento de la norma constitucional y por tanto extracontractual, vid. MOLINER TAMBORERO, G., op. cit., pg. 154.

De que las sentencias que declaren la nulidad de un acto o medida empresarial vulneradora de derechos fundamentales son ejecutables, no cabe albergar ningún género de duda dado que, por imperativo legal (art. 180.1 LPL), serán siempre declarativas y de condena ⁶⁵⁸. Por otra parte, y sin perjuicio de que la ejecución de las mismas se rija, en principio, por las normas generales vigentes para la ejecución de sentencias laborales ⁶⁵⁹, la doctrina ha sostenido la existencia de características especiales derivadas tanto de la naturaleza del derecho que se ejecuta - un derecho dotado de reforzada protección constitucional ex art. 53 CE-, cuanto del carácter de la obligación que se trata de ejecutar - normalmente obligaciones de hacer o de no hacer-. Las especialidades residen, básicamente, en que, por un lado, procede la ejecución provisional con el objeto de obtener la más pronta restitución del derecho o derechos conculcados y, por otro lado, en la necesidad de su ejecución *in natura* en orden a la plena efectividad de los derechos fundamentales reconocidos ⁶⁶⁰.

Detengámonos en primer lugar en la ejecución provisional. Se ha advertido que dichas sentencias –a diferencia de las recaídas en el procedimiento impugnativo del art. 138 LPL- admiten recurso, pero que aun así son ejecutivas desde que se dicten (art. 301 LPL), de modo que cabrá su ejecución provisional.

Como se sabe, la ejecución provisional de sentencias constituye una excepción a la regla general de que sólo son ejecutables sentencias firmes y de ahí que la ejecución de sentencias definitivas se rodee de una serie de cautelas con el propósito de evitar o minimizar la inseguridad y los perjuicios anudados a una eventual revocación futura. Aunque esta es, precisamente, la línea seguida por la LPL en los supuestos en que admite expresamente la ejecución provisional ⁶⁶¹, contrariamente el legislador no ha previsto ninguna cautela especial para esta clase de ejecución cuando vaya referida a sentencias dictadas en procesos de tutela de derechos fundamentales y

⁶⁵⁸ En este sentido, vid. MOLINER TAMBORERO, G.: “La ejecución de sentencias en el proceso de libertad sindical”, cit., pg. 148.

⁶⁵⁹ Libro IV, arts. 235 y ss. de la LPL.

⁶⁶⁰ Vid. MOLINER TAMBORERO, G., op. cit., pp. 140-141.

⁶⁶¹ Ejecución provisional de sentencias condenatorias al pago de salarios (arts. 287-291 LPL); de sentencias condenatorias en materia de Seguridad Social (arts. 292-294 LPL) y de sentencias de despido (arts. 295-300 LPL).

libertades públicas, lo que podría llevar a la precipitada conclusión de que su ejecución provisional procede en cualquier caso, en todo su contenido y sin ninguna especialidad acomodada a su naturaleza jurídica, en olvido del elemental principio constitucional de seguridad jurídica ex art. 9.3 CE.

En efecto y sin perjuicio de que en lo fundamental las conclusiones y los argumentos que se esgrimirán seguidamente acerca de la ejecución definitiva sean extrapolables a la ejecución provisional, una mínima dosis de precaución obliga a plantear los siguientes matices:

En primer término, conviene precisar que, como ha puesto de relieve la doctrina ⁶⁶², la ejecución provisional no será posible de oficio, sino a instancia de la parte beneficiada por la sentencia: en nuestro caso, el trabajador que ejerció la acción impugnativa contra la medida modificativa empresarial.

En segundo término y en lo concerniente a los pronunciamientos contenidos en la sentencia susceptibles de ejecución, ha de tenerse presente que el art. 301 LPL afirma la ejecutabilidad provisional de estas sentencias “...según la naturaleza de la pretensión reconocida”. Este condicionante del legislador conecta con la imposibilidad de ejecutar sentencias declarativas puras, pero en verdad aquí tal condicionante resulta superfluo dado que las sentencias dictadas en el proceso de amparo ordinario son siempre, por imperativo legal, declarativas y de condena, puesto que el art. 180.1 LPL establece que en caso de que la sentencia declare la existencia de la vulneración denunciada y previa declaración de nulidad radical de la medida empresarial conculcadora del derecho fundamental invocado, ordenará la reposición de la situación al momento anterior a su implantación así como la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que proceda.

Teniendo en cuenta los diversos pronunciamientos integrantes de la sentencia, la doctrina ha postulado una interpretación restrictiva según la cual la ejecución provisional se referirá al contenido esencial de la misma, es decir, a la restauración del derecho fundamental conculcado y sus consecuencias accesorias (reposición a la situación anterior al acto o medida lesiva), en tanto que las consecuencias pecuniarias de la sentencia (básicamente la

⁶⁶² Vid. MOLINER TAMBORERO, G.: “La ejecución de sentencias en el proceso de tutela de la libertad sindical”, cit., pg. 146.

indemnización resarcitoria que eventualmente pueda establecerse) serán ejecutivas, si bien conforme a su naturaleza y, en consecuencia, de acuerdo con las reglas específicas establecidas al respecto por el ordenamiento procesal. Dicho en otras palabras, según esta teoría, habría dos tipos de ejecución provisional –una, referida al restablecimiento del derecho fundamental y otra, referida a los pronunciamientos indemnizatorios)-, cada una regida por los principios propios de la diversa naturaleza de los derechos a los que se trata de dar efectividad ⁶⁶³.

En lo referente a la ejecución provisional del contenido esencial de la sentencia, es decir del pronunciamiento relativo a la efectividad del derecho fundamental reconocido, aquí sólo tiene cabida la ejecución *in natura* que de no ser posible obligaría a dejar sin efecto el procedimiento de ejecución a la espera de la ejecución definitiva en donde ya sí es admisible la ejecución por equivalente ⁶⁶⁴.

Por lo que respecta a la ejecución del pronunciamiento de la sentencia que condene al empresario al pago de una indemnización en resarcimiento de la lesión del derecho fundamental conculcado por la medida modificativa, la doctrina se ha cuestionado tanto la posibilidad, cuanto la forma de llevarla a cabo, si bien con carácter general en relación con cualesquiera sentencias dictadas en el proceso de amparo ordinario ⁶⁶⁵. Llegados a este punto, cabría apelar a la aplicación al caso del art. 287 LPL relativo a la ejecución provisional de sentencias condenatorias que ordenen al empresario el pago de una cantidad de dinero, conforme al cual el trabajador tendría derecho a obtener anticipos a cuenta de la indemnización resarcitoria que eventualmente haya establecido el órgano jurisdiccional con un *quantum* de hasta el 50% del total reconocido, abonable bien a tanto alzado o bien prorrateándose por periodos temporales durante la tramitación del recurso hasta que la sentencia devenga firme.

Sin embargo la doctrina antes mencionada rechaza la aplicabilidad de este precepto de la Ley Procesal Laboral a las indemnizaciones reparadoras de lesiones de derechos fundamentales, con el argumento de que la norma

⁶⁶³ En este sentido, MONLINER TAMBORERO, G., op. cita., pp. 148-149.

⁶⁶⁴ Vid. art. 18 LOPJ y 924 y ss. LEC.

⁶⁶⁵ Vid. MOLINER TAMBORERO, G., op. cit. pg. 154.

mencionada se refiere exclusivamente a deudas contraídas por el empresario frente al trabajador por razón del contrato de trabajo, quedando, pues, extramuros del ámbito objetivo de la norma las deudas que traigan causa de la conculcación por el empleador de un derecho fundamental y, por tanto, del incumplimiento de la norma constitucional, que entroncarían en una responsabilidad extracontractual. El autor, no obstante, no descarta la posibilidad de ejecución provisional del pronunciamiento indemnizatorio, pero para salvar el escollo planteado postula la aplicación del art. 303 LPL que remite a la LEC (arts. 524 y ss.) como norma supletoria para la ejecución provisional de las sentencias favorables al trabajador que no tengan cabida en la legislación procesal laboral⁶⁶⁶.

Con todo y a pesar de llegar a una solución favorable a la ejecución provisional en los términos expuestos, el argumento que se esgrime en contra de la aplicación de los arts. 301 y 287 y ss. LPL no puede compartirse, ya que aunque la deuda indemnizatoria repara la lesión producida por la conculcación de un derecho fundamental, dicha obligación no está, a mi juicio, ni mucho menos desvinculada del contrato de trabajo. En efecto, la eventual afectación de uno o varios derechos fundamentales a consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo – el derecho a la igualdad y no discriminación, el derecho al honor y la propia imagen, el derecho a la integridad física y moral, entre otros- se produce, precisamente, en el desarrollo de la relación laboral y a resultas del ejercicio del poder directivo del empresario cuya dimensión contractual no puede ignorarse; derechos todos ellos, además, a los que, sin perjuicio de su relevancia constitucional, el legislador ordinario les dota de una proyección específica en la relación de trabajo reconociéndolos como derechos básicos del trabajador ex art. 4.2 ET. Por consiguiente, en caso de afectación de alguno o alguno de ellos a través de la medida modificativa, el empresario incumple una obligación inherente a su posición frente al trabajador en la relación laboral e incurrirá, por tanto, en

⁶⁶⁶ El art. 524. 5 LEC reconoce específicamente la ejecutabilidad provisional de las sentencias de tutela de derechos fundamentales, estableciendo además que su ejecución provisional tendrá carácter preferente. Sin embargo, quedará excluida la ejecución provisional de los pronunciamientos indemnizatorios de las mismas, cuando los derechos que se declaren vulnerados sean el derecho a la intimidad personal y familiar, el derecho al honor y el derecho a la propia imagen (nuevo ap. 3 del art. 525 LEC, introducido por la D.A. 12 de la Ley 19/2003 de 27 de diciembre, que modifica la L.O. del Poder Judicial).

responsabilidad contractual de la que deviene la indemnización a cuyo pago se le condena. Conforme a esta interpretación, resulta incuestionable la aplicación, al supuesto que se trata, del art. 287 LPL en lo atinente a la ejecución de dicho pronunciamiento indemnizatorio.

No obstante, debe tomarse en consideración la reforma operada en el art 525 LEC ⁶⁶⁷ en el que se introduce un nuevo párrafo 3 según el cual “no procederá la ejecución provisional de los pronunciamientos de carácter indemnizatorio de las sentencias que declaren la vulneración de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. En virtud de dicho precepto, cabría cuestionarse si cuando la sentencia ha sido dictada en el marco de un proceso laboral de amparo ordinario sustanciado para la impugnación de una medida modificativa empresarial que se estima lesiva de alguno de esos derechos fundamentales, cabría la ejecución provisional del posible pronunciamiento indemnizatorio a favor del trabajador en aplicación de los arts. 287 y ss. LPL, o si, por el contrario, el mandato del citado art. 525.3 LEC, excluyente de la ejecución provisional, afectaría también al orden jurisdiccional social imposibilitando la ejecución provisional del pronunciamiento de condena al pago indemnizatorio para el resarcimiento del daño causado al trabajador por la modificación sustancial lesiva de los específicos derechos fundamentales a los que se refiere el citado precepto. Pues bien, en coherencia con la argumentación mantenida acerca de la suficiencia del art. 287 LPL (en relación con el art. 301 LPL) en orden a facilitar esta ejecución provisional, haciéndose innecesaria la aplicación supletoria de la LEC a tal efecto, la reforma restrictiva de la LEC comentada en nada debe afectar a las sentencias recaídas en el procedimiento laboral de tutela de derechos fundamentales.

Llegados por fin a la ejecución definitiva, pueden darse por reproducidos todos los argumentos y soluciones planteados respecto de la ejecución provisional en orden a los diversos pronunciamientos de condena –esencial e indemnizatorio- que integran el contenido de la sentencia, con la salvedad referida a la necesidad de ejecución de la sentencia en sus propios términos.

⁶⁶⁷ La modificación indicada del art. 525 LEC ha sido operada por la Ley 19/2003 de 23 de diciembre (D.A 12^a) de reforma de la LO 1/1985 del Poder Judicial (BOE 26-12-2004).

En efecto, la segunda cualidad, predicada doctrinalmente, de estas sentencias habida cuenta del rango de los derechos reconocidos es su ejecutabilidad *in natura*. No obstante esta contundente afirmación, se suscita la duda interpretativa de si viene o no establecida por una norma procesal imperativa. Al interrogante planteado corresponde, a mi entender, una respuesta negativa al no establecerse tal requisito en ningún precepto de la Ley Adjetiva laboral que ni siquiera incluye disposiciones especiales dedicadas a la ejecución de estas particulares sentencias, salvo en relación a su ejecución provisional respecto de la cuál el art. 301 LPL se limita proclamar, genéricamente, su ejecutividad inmediata desde que se dicten. En consecuencia, lo que en realidad existe en este caso es una laguna normativa que, en mi opinión, debe integrarse por analogía con lo dispuesto en el art. 138.7 LPL que, como se recordará, concede al trabajador la opción entre la ejecución *in natura* y la ejecución por equivalente abocando ésta última en la extinción indemnizada del contrato por causa de lo previsto en el art. 50.1 c) ET⁶⁶⁸, en caso de que la sentencia dictada en el proceso impugnativo regulado por dicho precepto declare nula la modificación.

Desde esta óptica, la legislación –sustantiva y adjetiva- laboral ofrecería al trabajador beneficiado por la sentencia de nulidad dictada en el proceso de amparo ordinario tres alternativas de reacción para el supuesto en que el empresario no la cumpla, simétricamente a las que le ofrece cuando la sentencia de nulidad se dicte en el proceso especial ex art. 138 LPL: la primera, solicitar la ejecución de la sentencia en sus propios términos⁶⁶⁹; la segunda, solicitar su ejecución por equivalente conforme al incidente regulado en los arts. 277-279 LPL⁶⁷⁰; y la tercera, ejercer una postrera acción

⁶⁶⁸ En contra de esta tesis, vid. MOLINER TAMBORERO, G., op. cit., pg. 141, para el que esta laguna de la Ley Procesal debe integrarse conforme al criterio de ejecución en sus propios términos mantenido, con carácter general, tanto por el art. 239 LPL como por el art. 18.2 LOPJ, y ello a la luz del art. 53 CE que dispensa a los derechos fundamentales una protección especial que quedaría contradicha si se acepta la ejecución por sustitución.

⁶⁶⁹ El plazo para solicitar la ejecución de la sentencia será el especial de 20 días (arts. 50.4 ET y 138.1 LPL) aplicable a la acciones contra decisiones empresariales de movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo, puesto que el art. 241.1 LPL remite a efectos de ejecución de sentencias al plazo señalado en las leyes sustantivas para el ejercicio de la acción tendente al reconocimiento del derecho cuya ejecución se pretenda con la única salvedad de que será en cualquier caso de prescripción.

⁶⁷⁰ El mandato remisivo contenido en el art. 138.6 LPL al “incidente de no readmisión” ex arts 277 y ss. LPL al efecto de la ejecución por sustitución de la sentencia que declare injustificada o nula la modificación sustancial, determina la paradoja de que el plazo para solicitar esta especie de ejecución sea

resolutoria del contrato de trabajo por causa de lo previsto en el art. 50.1 c) ET, que entonces deberá discurrir por el procedimiento ordinario no viéndose amenazada por el vencimiento de plazo al ser éste el general de un año de prescripción que, además, empezará a computarse desde el momento en que, notificada la sentencia, el empresario, expresa o tácitamente, se niegue a su cumplimiento, momento en el cual se cumplirá el presupuesto de la concreta justa causa que se alegará para solicitar la extinción contractual.

Puede objetarse, no obstante, que las dos últimas opciones conducentes a la extinción indemnizada del vínculo contractual, resultan contradictorias con la precedente pretensión impugnativa del trabajador que presupone su voluntad de mantener la relación laboral y persigue la revocación de la medida empresarial lesiva. Pero ya se ha comentado que, ante la dudosa expectativa de que las medidas coercitivas inherentes a la ejecución *in natura* de la sentencia consigan vencer la resistencia del empresario a la reposición regular del trabajador en sus anteriores condiciones laborales, la opción extintiva le procura a éste la ventaja de desvincularse de la empresa con indemnización igual a la del despido improcedente, a la que podría sumarse la indemnización complementaria acordada si además la modificación sustancial revocada judicialmente se hubiese estimado lesiva de derechos fundamentales. Por lo demás, la opción extintiva, cualquiera que sea la vía procesal por la que discurra -ejecución de sentencia por equivalente o ulterior acción resolutoria a través del procedimiento ordinario-, es incardinable en la institución de la dimisión provocada al obedecer a la justa causa del art. 50.1 c) ET, si bien la utilización del cauce de la ejecución por equivalente podría reportar al trabajador la ventaja adicional de que a la indemnización tasada del art. 50.2 ET fuera acompañada de una indemnización complementaria reparadora del perjuicio ocasionado por la no reintegración en sus condiciones de trabajo originales, cuyo establecimiento queda al arbitrio del juzgador ⁶⁷¹.

diverso al aplicable a la ejecución *in natura* apuntado en la nota anterior, debiéndose solicitarse dentro de los 20 días siguientes a los 10 de los que dispone el empresario, una vez notificada la sentencia, para comunicar al trabajador la fecha de la reposición en las condiciones laborales precedentes a la decisión modificativa (art. 277.1 b) LPL).

⁶⁷¹ Vid. art. 279. 2 b) LPL.

III PARTICULARIDADES RELATIVAS A LA CUALIFICACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO RESOLUTORIO

Si bien respecto a la exigencia de concurrencia de gravedad en este incumplimiento resolutorio no cabe albergar dudas ya que tal circunstancia está claramente implícita en el supuesto de hecho configurado en el art. 50.1.c) *in fine*, más problemática resulta la determinación de si debe mediar culpabilidad empresarial para que se cumpla la causa de dimisión provocada en estudio.

Se ha tenido oportunidad de comentar en el análisis de los precedentes incumplimientos resolutorios tipificados en el art. 50.1 ET, la relatividad que mayoritariamente doctrina y jurisprudencia iuslaboralistas conceden a la culpabilidad como requisito cualificador de los incumplimientos con eficacia resolutoria, en simetría con lo que sucede en el ámbito civil en torno a la interpretación del art. 1124 CC.

Sin embargo, un sector de la doctrina científica ha puesto de relieve que el legislador laboral en lo concerniente a este concreto incumplimiento parece indirectamente exigir la concurrencia de culpabilidad al referirse explícitamente al tipificarlo a la “negativa” del empresario a reponer al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo, lo que sugiere la existencia de una voluntad deliberada de incumplir su obligación o lo que es lo mismo una intencionalidad incumplidora, de modo que si la falta de reposición o la reposición irregular no responde a un ánimo deliberado del empleador no existiría el incumplimiento resolutorio tipificado en el art. 50.1.c) *in fine* ET⁶⁷². En la misma línea, la doctrina legal ha sostenido la necesidad de ponderar la situación de la empresa y la buena fe del empresario en orden a matizar la obligación empresarial de reposición regular, puesto que determinadas circunstancias pueden dificultar o impedir su cumplimiento⁶⁷³ y en estos supuestos el recurso del trabajador a la dimisión provocada sería contrario a las exigencias de la buena fe que debe imperar en la relación contractual.

Con todo, esta tesis atemperadora no es bajo mi punto de vista acogible dado que, como ya se puso de relieve al afrontar la interpretación del art. 1124

⁶⁷² Vid. SEMPERE NAVARRO, A. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores”, cit., pg. 93.

⁶⁷³ En este sentido, vid. STSJ Galicia 13-7-1995 (AS 2795); STSJ Extremadura 26-5-1997 (AS 1391).

CC que regula en el ámbito civil el instituto resolutorio -cuya versión laboral se plasma en el art. 50 ET-, doctrina y jurisprudencia civilistas vienen estimando que no es requisito ineludible del incumplimiento resolutorio el ánimo deliberado de incumplir, ni la conducta culposa por parte del obligado, admitiéndose también el incumplimiento resultante de un hecho obstativo al cumplimiento, concepto genérico que abarca, incluso, los supuestos de imposibilidad sobrevenida del cumplimiento de la obligación ⁶⁷⁴.

En esa línea argumental, resulta así mismo rechazable la postura doctrinal que aboga por que circunstancias como la crisis económica de la empresa o la presencia de causas técnicas, organizativas o productivas, debieran ponderarse a efectos no ya de excluir la responsabilidad del incumplimiento ni por ende la resolución, sino de moderar sus consecuencias resarcitorias a base de minorar el *quantum* de la indemnización que lleva anudada la dimisión provocada ⁶⁷⁵. La censura que desde nuestro punto de vista merece esta argumentación reside en que, como se dijo con anterioridad ⁶⁷⁶, la legislación laboral pone a disposición del empresario específicos y suficientes mecanismos para hacer frente a tales circunstancias, sin que, por tanto, sea preciso recurrir al incumplimiento grave de sus obligaciones, cual es en este caso la reintegración regular a las condiciones laborales disfrutadas por el trabajador previamente a su ilícita modificación, tras recaer sentencia que así lo declare.

⁶⁷⁴ Vid., en este sentido, DIEZ PICAXO, L.: Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias, Civitas, Madrid, 1996, pp. 655-656.

⁶⁷⁵ En este sentido, vid. DESDENTADO BONETE, A.: “ La resolución del contrato de trabajo por incumplimiento del empresario en la unificación de doctrina. Un apunte crítico”, cit., pp. 17-19, que postula de *lege ferenda* para estos supuestos una resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador con indemnización menor de 20 días de salario y máximo de 12 mensualidades.

⁶⁷⁶ Vid. supra 3.2.1 B).

CAPITULO IV. OTROS INCUMPLIMIENTOS EMPRESARIALES GRAVES DEL EMPRESARIO CAUSA JUSTA DE DIMISIÓN PROVOCADA

- I. INTRODUCCIÓN: LA CLÁUSULA GENERAL DE CIERRE DEL ART. 50.1.c) ET**
- II. ELEMENTOS CONFIGURADORES DEL SUPUESTO DE HECHO TIPIFICADO.**

- 1. El carácter contractual del incumplimiento empresarial. Problemas interpretativos
- 2. La gravedad del incumplimiento
- 3. La exclusión legal de los supuestos de fuerza mayor y el problema de la culpabilidad del incumplimiento resolutorio. Reflexiones jurídico-críticas y propuestas *lege ferenda*
 - 3.1 Fuerza mayor, incumplimiento empresarial por imposibilidad sobrevenida fortuita de la prestación y dimisión provocada
 - 3.2 Alteración sobrevenida de las circunstancias, incumplimiento empresarial y dimisión provocada
 - 3.3 Conclusión jurídico-crítica

III. IDENTIFICACIÓN Y SISTEMATIZACIÓN DE INCUMPLIMIENTOS EMPRESARIALES ESPECÍFICOS SUBSUMIBLES EN EL ART. 50.1. c) LET.

- 1. Incumplimientos conectados pero no subsumibles en los tipos de los apartados a) y b) y segundo inciso del art. 50.1.c) ET
 - 1.1 Perjuicio cualificado sin modificación sustancial
 - 1.2 Incumplimiento de obligaciones económicas de naturaleza extrasalarial.
 - 1.3 Modificaciones no sustanciales lesivas de la formación profesional y/o la dignidad del trabajador

2. Otras conductas empresariales lesivas de la formación profesional y/o la dignidad del trabajador. En especial, el incumplimiento del deber de ocupación efectiva y dimisión provocada

2.1 El derecho a la ocupación efectiva como concreción particularizada del derecho constitucional al trabajo y su centralidad en la relación laboral. Contenido y límites legales

2.2 Otros mecanismos de tutela jurídico-laboral del derecho: la tutela restitutoria, la tutela represivo-sancionadora y la tutela reparadora (remisión)

2.3 Falta de ocupación efectiva y dimisión provocada. Problemas sustantivos y puntos críticos procesales: despido tácito y dimisión provocada.

3. Dimisión provocada y lesión de derechos fundamentales. Especial referencia a la afectación de la cláusula de conciencia de los profesionales de la información y la doctrina constitucional de la autotutela inmediata

CAPITULO IV. OTROS INCUMPLIMIENTOS GRAVES CAUSA DE DIMISIÓN PROVOCADA

I. INTRODUCCIÓN. LA CLÁUSULA GENERAL DE CIERRE DEL ART. 50.1.c) 1º ET

El legislador laboral culmina la conceptualización causal de la figura extintiva que hemos dado en llamar dimisión provocada con una cláusula genérica establecida en el primer inciso del art. 50.1.c) ET referida a “cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor”. Esta cláusula de cierre exige, en primer lugar, un análisis técnico jurídico y jurídico-crítico de los elementos configuradores del supuesto de hecho tipificado y, en segundo lugar, evidencia que la lista legal de aperturas causales del art. 50.1 no es cerrada, sino un *numerus apertus*⁶⁷⁷, haciéndose conveniente una sistematización de los incumplimientos que la doctrina científica y judicial viene identificando y subsumiendo en el tipo legal.

II. ELEMENTOS CONFIGURADORES DEL SUPUESTO DE HECHO EXTINTIVO

Como se ha apuntado, el art. 50.1. c) ET determina como causa justa de dimisión provocada “cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor”. El tenor literal del precepto legal permite establecer los tres elementos configuradores del supuesto de hecho tipificado: conducta empresarial constitutiva de incumplimiento; la gravedad del incumplimiento y, por último, la exclusión de los incumplimientos derivados de fuerza mayor. Cada uno de estos elementos de configuración merecen un tratamiento pormenorizado, que se aborda a continuación.

1. El carácter contractual del incumplimiento empresarial con eficacia resolutoria ex art. 50.1.c) ET. Problemas interpretativos

⁶⁷⁷ Vid. ALBIOL MONTESINOS, I.: Dimisión del trabajador y extinción por voluntad del trabajador, en VV.AA., Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores, t. IX, vol. I, Madrid, Edersa, 1983, pg. 220; NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “Extinción del contrato por voluntad del trabajador (En torno al artículo 50)”, cit., pg. 1081.

La actual redacción dada al primer inciso del art. 50.1. c) ET por la Ley 11/1994, suprimió la referencia expresa al carácter contractual del incumplimiento empresarial justificativo de dimisión provocada que originariamente recogía dicho precepto. En efecto, en la actualidad la norma se refiere al “incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario”, cuando la primigenia hablaba de “incumplimiento grave de sus obligaciones *contractuales* por parte del empresario”.

El cambio de la dicción legal, contribuye a descartar una posible interpretación restrictiva de la norma, en el sentido de dejar extramuros de su ámbito objetivo los incumplimientos empresariales de obligaciones no estrictamente nacidas del contrato de trabajo, criterio interpretativo que fue objeto de merecida crítica por parte de la doctrina ⁶⁷⁸. En cualquier caso, el avance representado por el cambio de dicción normativa es relativo ya que el art. 49.1. j) ET, en el que entronca el art. 50 ET, sigue manteniendo como causa extintiva del contrato de trabajo la “voluntad del trabajador fundamentada en un incumplimiento *contractual* del empresario” ⁶⁷⁹.

Así las cosas, procede una interpretación sistemática de ambos preceptos conforme a la que debe prevalecer la solución hermenéutica extensiva por la que la doctrina abogaba antes de la reforma que, además, es la que resulta acorde con la dogmática general de los contratos y en particular con lo dispuesto por el art. 1258 CC: entender que los incumplimientos resolutorios que justifican la dimisión provocada serán los concernientes a obligaciones que, independientemente de su origen, incumban al empresario frente al trabajador en cuanto que contraparte de la relación laboral; es decir, tanto de obligaciones pactadas individualmente por las partes contratantes, como de obligaciones provinientes de otras fuentes –heterónomas o fruto de la autonomía colectiva ⁶⁸⁰- que, como es sabido, tienen particular e intensa

⁶⁷⁸ Vid. para este rechazo a un criterio restrictivo en la interpretación del alcance de los incumplimientos contractuales resolutorios, VIQUEIRA PÉREZ, C.: La resolución del contrato de trabajo..., cit., pp. 75-77.

⁶⁷⁹ Insistiendo en el carácter contractual de las obligaciones empresariales cuyo incumplimiento permite al trabajador ejercitar la acción resolutoria al amparo del art. 50 ET, aunque sin más precisiones acerca de la interpretación que deba darse al carácter exigido, vid. STSJ País Vasco 6-3-2001 (AS 4375).

⁶⁸⁰ La STS de 12-7-1986 (RJ 4033) aprecia la existencia de incumplimiento contractual resolutorio por infracción de lo pactado en el convenio colectivo aplicable a la relación laboral. Vid. así mismo SJS (nº 4) Valencia 29-10-2001 (AS 4044) que estima la pretensión extintiva del trabajador fundada en la omisión por el empresario de la regularización salarial a la que le obligaba un Acuerdo de empresa.

virtualidad en la predeterminación del contenido de la relación laboral. Por el contrario, quedarán excluidos los incumplimientos de obligaciones empresariales que, aunque nacidas *con ocasión* del contrato de trabajo, no incumben al empresario frente al trabajador en su condición de contraparte de la relación contractual ⁶⁸¹.

Básicamente, el debate doctrinal y jurisprudencial centrado en el binomio inclusión-exclusión del ámbito del art. 50.1.c) ET se ha referido a los incumplimientos de obligaciones que incumben al empresario en materia de Seguridad Social, cuyo carácter contractual ha sido y sigue siendo, en algunos supuestos puntuales, discutido. La existencia de ese debate y el hecho de que él haya aflorado una rica jurisprudencia esclarecedora además de lo que debe entenderse, con carácter general, por incumplimiento “contractual”, justifican que se le dedique ahora una preliminar atención, sin perjuicio de un mayor desarrollo posterior.

En lo concerniente a los incumplimientos empresariales en materia de Seguridad Social, la doctrina ha mantenido mayoritariamente, conforme al conforme a la interpretación flexible antes formulada, que deben considerarse incumplimientos resolutorios subsumibles en el primer inciso del ap. c) del art. 50, la falta de pago o los retrasos continuados en el abono tanto de los pagos delegados de prestaciones de Seguridad social, como de las mejoras voluntarias ⁶⁸², frente los incumplimientos de obligaciones de afiliación, alta o cotización a los que no se les reconoce eficacia resolutoria ⁶⁸³.

Por lo que respecta a los primeros, su inclusión en el ámbito material del precepto no ha sido pacífica, sin embargo, en sede jurisprudencial. En efecto, iniciales pronunciamientos del Tribunal Supremo desestimaron la pretensión resolutoria del trabajador fundada en la falta de abono por el empresario de los pagos delegados de las prestaciones de Seguridad Social o de las mejoras voluntarias a ella vinculadas, con el fundamento jurídico de que frente a dichos incumplimientos no procedía la acción resolutoria del contrato, sino la acción

⁶⁸¹ En este sentido, VIQUEIRA PÉREZ, C., op. cit., pg.76; JUANES FRAGA, E.: “Resolución del contrato”, en VV.AA., Extinción del contrato de trabajo, Madrid, Edit. Francis Lefebvre, 1998, pg. 208

⁶⁸² Vid. Albiol Montesinos, I.: “Dimisión del trabajador y extinción por voluntad del trabajador”, cit., pg. 217; VIQUEIRA PÉREZ, C., op. cit., pg. 45.

⁶⁸³ Vid. VIQUEIRA PÉREZ, C., op. cit., pg. 77.

directa contra la Entidad Gestora en exigencia del pago⁶⁸⁴. Aunque el rechazo a la solicitud de resolución obedecía, en realidad, a la necesidad de evitar la incongruencia dado que la causa invocada inadecuadamente por los actores había sido la contemplada en el apartado b) del art. 50, el posicionamiento del Alto Tribunal suscitó la duda acerca de que estos específicos incumplimientos tuvieran carácter contractual y pudieran ser causa de dimisión provocada a través del cauce del apartado c) del citado precepto. La cuestión fue, no obstante, despejada por posterior doctrina unificada recogida en sendas sentencias de 22-5-1995 y 2-11-1996 con la que se vino a admitir expresamente la resolución del contrato a instancia del trabajador, a través del cauce de la cláusula genérica ex art. 50 c) ET, afirmándose de forma explícita que las obligaciones empresariales de pago directo y pago delegado de las prestaciones de Seguridad Social “derivan *ex lege* del contrato de trabajo”⁶⁸⁵ con una fundamentación jurídica que por su interés para la comprensión global del concepto de incumplimientos contractuales con virtualidad a efectos de dimisión provocada, deben ser reproducidos aquí.

Para el Tribunal Supremo, el artículo 1258 del Código Civil, establece que «los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley»; es decir, el precepto obliga a estar a las consecuencias lógicas del pacto libre, extendiendo la responsabilidad contractual no sólo al texto literal, sino a sus derivaciones lógicas; derivaciones en las que actúan como referencia la buena fe, el uso y la ley. Precisamente, el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social establece en su artículo 131 que «el subsidio, en caso de enfermedad o accidente no laboral se abona, respectivamente, a partir del decimosexto día de baja, estando a cargo del empresario el abono de la prestación al trabajador desde los días cuarto al

⁶⁸⁴ SSTS 17-12-1987 (RJ 8969); 4-12-1989 (RJ 8926); 4-2-1991 (RJ 796), doctrina que fue acogida por los Tribunales de suplicación.

⁶⁸⁵ Vid. SSTSud 22-5-1995 (RJ 3995); 2-11-1996 (RJ 8187). A partir de entonces esa doctrina ha sido reiterada en múltiples sentencias de suplicación; vid. entre otras, STSJ Galicia 14-7-2000 (AS 1836); SSTSJ Cataluña 4-10-2000 (AS 873) y 3-11-2000 (AS 3772); STSJ Castilla y León 21-11-2000 (AS 236); STSJ Extremadura 6-2-2001 (AS 982); SSTSJ Cataluña 2-4-2001 (AS 2301 y 22-4-2001 (AS 3512); STSJ Madrid 24-4-2001 (AS 2349); STSJ Cataluña 25-10-2001 (AS 45); STSJ Madrid 13-11-2001 (AS 532)

decimoquinto de baja, ambos inclusive», y que -ordinal 2.^o- «el subsidio se abonará mientras el beneficiario se encuentre en situación de incapacidad laboral transitoria -hoy incapacidad temporal, como antes se ha dicho- correspondiendo su pago, en concepto de delegado, al propio empleador. Así, pues, el contrato de trabajo impone «ex lege» al empleador una doble obligación, de una parte, el pago directo de la prestación de incapacidad temporal durante los días cuarto a decimoquinto, de otra, el pago delegado de la misma, durante el tiempo posterior de enfermedad. Ambas obligaciones, pues, “derivan «ex lege» del contrato de trabajo, y cuyo cumplimiento cabía esperar, lógicamente, ... del empresario”, de modo que su incumplimiento “constituye la causa rescisoria de incumplimiento grave tipificada en el artículo 50.1, c) del Estatuto de los Trabajadores, y a ello no se opone que la cobertura de incapacidad temporal forme parte de la acción protectora de la Seguridad Social, pues, en todo caso, se trata de obligaciones legales de prestación impuestas por la Ley General de la Seguridad Social al empresario en favor del trabajador, que constituyen efecto reflejo del contrato de trabajo”.

La misma solución anuda el Tribunal Supremo a las mejoras voluntarias de las prestaciones de Seguridad Social pactadas colectivamente, respecto de las cuales la Sala aduce que con su impago el empresario vulnera una norma de convenio colectivo que le obliga directamente a asumir el pago del complemento pactado para la mejora del subsidio de incapacidad temporal. Según esta doctrina, con abstracción de cuál sea la naturaleza jurídica de esta mejora -pública de Seguridad Social o laboral-, “lo cierto es que la fuente de la obligación asumida, si bien no deriva directamente de la ley, pues tiene su origen en el convenio colectivo -fuente de la relación laboral, según el artículo 3.1, b) del Estatuto de los Trabajadores- guarda una conexión directa con el contrato de trabajo, máxime si se tiene en cuenta su finalidad de aproximar la cuantía de la prestación de Seguridad Social al salario, que es uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo”.

De este modo, la noción de «obligaciones contractuales» «no debe contraerse a las obligaciones pactadas en el contrato, sino que debe extenderse tal expresión a todas aquellas que, cualesquiera que sea su origen,

hayan sido asumidas por el empresario... como las mejoras voluntarias de la Seguridad Social (que) tienen carácter paccionado».

Sin embargo, en lo concerniente a las obligaciones empresariales de encuadramiento –afiliación y alta- y de cotización a la Seguridad Social, la cuestión se torna distinta ya que doctrina y jurisprudencia se han mostrado de acuerdo acerca de su exclusión como incumplimientos resolutorios en el art. 50 ET, al tratarse de obligaciones directamente existentes frente a la Seguridad Social y no de obligaciones contraídas por el empresario frente al trabajador⁶⁸⁶. Sin embargo, algunos autores⁶⁸⁷ han cuestionado su proclamada desvinculación del contrato de trabajo, teniendo en cuenta que dichas obligaciones nacen, precisamente, por y con el inicio de la prestación laboral. Desde esta última perspectiva, la hipótesis de la consideración de estos incumplimientos, si revisten gravedad, como resolutorios a efectos de la aplicación del art. 50 ET, no debería descartarse con ligereza, ya que desde la interpretación extensiva, antes formulada, de lo que deben entenderse por incumplimientos contractuales, conforme a la dogmática general de los contratos ex art. 1258 CC⁶⁸⁸, puede inferirse que la normativa vigente de Seguridad Social liga también de manera indisoluble dichas obligaciones a la existencia del contrato de trabajo.

En efecto, el deber de afiliación y cotización a la Seguridad Social que tienen las empresas en relación a sus trabajadores, viene claramente exigido por el RD. Legislativo 1/1994 de 20 de junio, por el que se aprueba el TRLGSS, el cual lleva aparejado, a su vez, una serie de consecuencias en orden a las prestaciones denominadas contributivas, tal como ya anuncia desde un principio, el art. 7.1.a) del citado texto, puesto a su vez en relación con el art. 38, donde se establece la acción protectora del sistema de la Seguridad Social, ampliamente desarrollado en otros artículos de la misma ley y múltiples normas reglamentarias. Pero volviendo al deber de afiliación y subsiguiente cotización

⁶⁸⁶ En este sentido, vid. VIQUEIRA PÉREZ, C., op. cit., pg. 77; NOGUEIRA GUASTAVINO, M., op. cit., pg. 1082. Por la jurisprudencia, vid. SSTCT 7-7-1987 (Ar. 15350); 19-5-1987 (Ar. 10373); 11-11-1987 (Ar. 24646); 30-4-1985 (Ar. 2808); STS 15-1-1987 (RJ 38).

⁶⁸⁷ Vid. SEMPERE NAVARRO, A.- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, cit. pg. 95.

⁶⁸⁸ El art. 1258 CC establece que “los contratosobligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”.

a la Seguridad Social, se ha de mencionar, en relación a la primera de ellas, el art. 12, puesto a su vez en relación con el 99 a 102, del que se infiere que se trata de una obligatoriedad irrenunciable en cuanto a su existencia, que en el Régimen General de la Seguridad Social corresponde en exclusiva al empleador.

Más específicamente en lo concerniente al tema que aquí se trata, el art. 15.1 del TRLGSS, reitera que la cotización es «obligatoria en los Regímenes General y Especial», aunque con más detenimiento la regulan los arts. 103 a 113, incidiendo el núm. 1 del art. 104, en que el empresario es «sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar e ingresará las aportaciones propias y las de sus trabajadores en su totalidad», por ello su número 2, le autoriza a descontar «a sus trabajadores en el momento de hacerles efectivas sus retribuciones la aportación que corresponda a cada una de ellas», estableciendo, además, en su número 3, que si la cuota obrera no se ingresa «dentro de plazo ..., incurrirá en responsabilidad ante ellos y ante los Organismos de la Administración de la Seguridad Social afectados, sin perjuicio de las responsabilidades penal y administrativamente que procedan».

De lo hasta ahora expuesto, se llega a una primera e importante conclusión, cual es que “la normativa de Seguridad Social actualmente vigente liga de manera indisoluble la existencia de un contrato de trabajo a la subsiguiente obligación de afiliación y cotización a la Seguridad Social durante el período que el mismo permanezca vigente, por lo cual se ha de asumir que es una obligación que, aunque de origen legal, forma parte del núcleo del contrato y es consustancial a la mera existencia del mismo, del tal manera que el incumplimiento de tales obligaciones puede tener consecuencias desde el punto de vista de su propia supervivencia. Pero es que, además, y tal como se ha transcrito de manera expresa, “lo dispuesto por la TRLGSS, en relación a las cuotas que se descuentan a los trabajadores, existe una doble responsabilidad, no sólo frente a la Administración, sino también respecto al propio trabajador (“responsabilidad ante ellos”) ya que el perjuicio para éste en el supuesto resulta evidente”.

Desde esta óptica, habría que considerar que el incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y cotización, si bien traen su causa inmediata de

normas de Seguridad Social, al no contraerlas el empresario sólo y directamente ante la Seguridad Social, sino también frente al trabajador en virtud de la celebración del contrato de trabajo, puede ser, si reviste la suficiente gravedad, incumplimiento contractual con eficacia resolutoria y, por tanto, causa justa de dimisión provocada ex art. 50.1.c) ET ⁶⁸⁹.

En definitiva, la jurisprudencia ha zanjado definitiva y contundentemente las dudas acerca del origen que deban tener las obligaciones incumplidas por el empresario en orden a la operatividad de la dimisión provocada regulada en el art. 50 ET, dejando claro, por un lado, que el incumplimiento tendrá eficacia resolutoria cuando la obligación u obligaciones concernidas le atañan al empresario frente al trabajador como contraparte de la relación laboral, independientemente de que su origen resida en cualquiera de las fuentes reguladoras de la relación laboral establecidas en el art. 3 ET, y por otro lado, que la imprecisión dada por el *numerus apertus* de la letra c) de aquél precepto se resuelve por vía integradora con la remisión al art. 4.2 ET, de modo que la afectación grave por el empresario de cualquiera de los derechos básicos en él reconocidos al trabajador será suficiente para activar la facultad resolutoria que le concede la legislación laboral ⁶⁹⁰. De conformidad con esta interpretación, la doctrina de suplicación ha considerado también encuadrables en el art. 50 ET a través de su cláusula general de cierre, la infracción grave de las obligaciones empresariales en materia de seguridad y salud laboral deducidas de lo

⁶⁸⁹ En este sentido, vid. la muy significativa SJS nº 25 Madrid de 10-9-2001 (AS 3449) de la que proceden los párrafos entrecomillados, que estima la pretensión de resolución del contrato por esta causa, viabilizada a través del art. 50.1.c) ET, con una irreprochable fundamentación jurídica.

⁶⁹⁰ Vid., al respecto, la muy ilustrativa STSJ Andalucía 31-1-2002 (AS 3771), para la que la aplicación del art.50ET, “en una aproximación inicial, puede entenderse que será necesario que se trate de un incumplimiento con los requisitos generales descritos en apartado anterior, que debe referirse a las obligaciones que corresponden al empresario en el contrato de trabajo, sea cual sea la fuente reguladora de la obligación de las previstas por el art. 3 del ET, y que el «numerus apertus» puede precisarse con remisión al listado de materias existente en el art. 4.2 ET, regulador de los derechos y deberes de las partes en la relación de trabajo. Esta última forma de remisión o integración de las normas se puede justificar en que, sin duda, ,las causas anteriores del art. 50.1 se relacionan directa y estrechamente también con algunos de esos derechos, así la del apartado a) con los derechos a la promoción y formación profesional [art. 4.2 b)] y a la consideración debida a su dignidad [art. 4.2.e)], mientras que la del apartado b) es correlativa al derecho a la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida [art. 4.2.f)]”.

establecido en los arts. 4.2.d) y 19 ET y determinadas específicamente en el art. 14 de la LPRL y normas de desarrollo ⁶⁹¹.

Por último, dejar constancia de que la doctrina considera excluidos del ámbito aplicativo del primer inciso del art. 50.1.c) los incumplimientos del empleador referidos a obligaciones contraídas colectivamente con los trabajadores, afirmándose que la facultad resolutoria reconocida al trabajador en el citado precepto estatutario opera frente a “incumplimientos empresariales de concreción individual o plural, pero no (se trata) de una facultad resolutoria que pueda ejercerse ante incumplimientos de carácter colectivo”⁶⁹². Conforme a esta tesis, la dimisión provocada no cabría ante conculcaciones por parte del empresario de los derechos de participación en la empresa, reunión en asamblea, entre otros, que a los trabajadores se les reconocen en cuanto colectivo, pero no en tanto que parte de la relación contractual laboral.

2. La gravedad del incumplimiento

Ya se ha dejado dicho que los operadores jurídicos al interpretar y aplicar el art. 50 ET exigen que el incumplimiento empresarial al que se refieren todas sus aperturas causales y no sólo la cláusula general de su apartado c), sea grave en concordancia con la interpretación prevalente del art. 1124 CC que regula el instituto resolutorio en el ámbito civil ⁶⁹³, respecto del cual se ha venido reconociendo tradicionalmente que aunque, desde una interpretación literal utiliza términos neutros en relación con el incumplimiento determinante de la resolución, una aplicación mecanicista de la norma propiciaría “situaciones injustas, posibles abusos de la facultad resolutoria por parte del contratante frente al cual se incumple y, sobre todo, se produciría un gran inseguridad en el tráfico jurídico, al estar legitimado (la parte cumplidora) a

⁶⁹¹ STSJ País Vasco 9-6-2002 (AS 2185), que no obstante desestima la demanda, al entender que la normativa de Prevención no obliga a la empresa a adecuar el puesto de trabajo a la capacidad residual del trabajador aquejado de una lesión que le dificulta el desempeño del mismo, siendo preciso para ello la solicitud y posterior reconocimiento de incapacidad permanente; STSJ Cataluña 26-4-2002 (AS 1990), igualmente desestimatoria por haberse adecuado las medidas de seguridad y salud, previamente a la demanda, por actuación de la Inspección de Trabajo; STSJ Castilla-La Mancha 9-2-2001 (AS 1429); STSJ País Vasco 13-3-2001 (AS 4379).

⁶⁹² Vid. DURÁN LÓPEZ, F.: “Resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador y despido”, RL, n^o 11,1990, pg. 17; VIQUEIRA PÉREZ, C., op. cit., pg. 77.

⁶⁹³ Acerca de la exigencia de gravedad del incumpliendo empresarial, vid., entre otras, SS. TSJ País Vasco 6-3-2001 (AS 4375); TSJ Baleares 14-2-2001 (1350); TSJ 2002 (AS 434); (AS 530); (AS 532); (AS 1768); (AS 845); (AS 982); (AS 1103); (AS 1768).

destruir una relación jurídica válida por el desvío, aunque sea ínfimo, del programa contractual"⁶⁹⁴. Conforme a ello, ha tomado carta de naturaleza una interpretación restrictiva del instituto resolutorio en el ámbito civil, en el sentido de considerarse exigible la concurrencia de gravedad en el incumplimiento del deudor ⁶⁹⁵.

La misma postura ha prevalecido en la doctrina iuslaboralista y en la jurisprudencia del orden social al abordar la construcción jurídica de la figura en su proyección específica en el contrato de trabajo. Son básicamente dos los argumentos sustentadores de esta solución: por un lado, se recurre a la simetría entre ambos preceptos, ya que mayoritariamente el art. 50 ET se considera la traslación en el ámbito laboral del art. 1124 CC ⁶⁹⁶; y por otro lado, se aduce que esa es la solución que se infiere, vía interpretativa, del bloque normativo regulador de la resolución del contrato por voluntad del trabajador, esto es, de lo establecido en los artículos 49.1.j) y 50. 1. c) ET. En efecto, hay que admitir que el primero de dichos preceptos se refiere en términos asépticos a un incumplimiento contractual del empresario como causa resolutoria, mientras el segundo de ellos, en desarrollo del anterior, especifica que el incumplimiento resolutorio ha de ser grave, pero dado que nos encontramos ante un bloque normativo, lo que, sin duda, procede es una interpretación conjunta de ambas normas, como ya se hizo en orden a definir la nota de contractualidad, que evidencia que la finalidad perseguida por el legislador ha sido que la resolución no sea una respuesta del trabajador ante cualquier incumplimiento empresarial independientemente de su entidad, sino ante incumplimientos cualificados por la gravedad ⁶⁹⁷.

⁶⁹⁴ Vid. DE LA HAZA DÍAZ, P.: El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Madrid, 1.996, pg. 3.

⁶⁹⁵ Vid. JORDANO FRAGA, F.: La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria, Madrid, 1992, pp. 108 y 174 y ss.; HAZA DÍAZ, P., op. cit., pp. 18 y ss.; FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J.: " El incumplimiento resolutorio en los contratos bilaterales", Cuadernos Aranzadi, 1997, pp.20 y ss.; ALBALADEJO GARCÍA, M.: Derecho Civil II, Derecho de obligaciones, vol. 1º, Madrid, 1997, pg.109. En contra, DIEZ PICAZO, L.: Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, vol. II, Las relaciones obligatorias, 5ª ed., Madrid, 1996, pg. 711, para quien "la distinción entre gravedad y levedad del incumplimiento no parece que pueda ser acogida".

⁶⁹⁶ Vid., por todas, STSud 3-4-1997 (RJ 3047) y en aplicación de esa doctrina la reciente STSJ Andalucía 19-12-2002 (AS 2004, 3220).

⁶⁹⁷ Vid. ALBIOL MONTESINOS, I.: "La extinción del contrato de trabajo por decisión del trabajador", cit., pg. 17; VIQUERIA PÉREZ, C., op. cit., pg. 78; JUANES FRAGA, E.: "Resolución del contrato", cit., pg. 208. Por lo que se refiere a la jurisprudencia, esta tesis exigente de la gravedad en todos los

Llegados a esta convención, la cuestión no queda aún resuelta, ya que el art. 50. 1. c) ET, único precepto que establece expresamente el requisito de gravedad, no determina cuándo un incumplimiento empresarial debe ser calificado de grave. La ausencia de criterios explícitos en la norma estatutaria, ha llevado a la doctrina a postular dos elementos configuradores de la gravedad del incumplimiento resolutorio: la relevancia de la obligación empresarial incumplida y la intensidad del incumplimiento ⁶⁹⁸.

En cuanto al primer elemento de configuración –la incidencia del incumplimiento en una obligación principal en el marco del contrato-, parece no limitarse a ser un ingrediente necesario para ponderar la concurrencia de gravedad en el incumplimiento, sino que se presenta como requisito o característica esencial del propio incumplimiento resolutorio. Así, la interpretación mayoritaria dada por la doctrina civilista a la figura de la resolución ex art. 1124 CC mantiene, al abordar su exégesis, que el incumplimiento resolutorio debe referirse necesariamente a una obligación principal, es decir a una obligación ligada mediante un vínculo de interdependencia con la obligación puesta a cargo del demandante de la extinción contractual, toda vez que la resolución del contrato encuentra su fundamento, precisamente, en la interdependencia de las obligaciones recíprocas articuladas en una relación sinalagmática. De este modo, el incumplimiento de deberes accesorios no permitiría la resolución contractual, sino, en su caso, dándose los requisitos requeridos –producción de un daño e imputabilidad del incumplimiento- la exigencia de responsabilidad contractual ⁶⁹⁹.

Esta construcción civilista restrictiva proyectada al ámbito laboral, y en particular al art. 50.1.c) 1^o ET, obliga a una diversificación entre los incumplimientos empresariales relativos a obligaciones principales y los referidos a obligaciones accesorias con el objeto de atribuirle a los primeros eficacia resolutoria y negársela a los segundos, tarea que habrá de abordarse

incumplimientos tipificados en el art. 50 ET es constante en la doctrina legal, vid. SSTsud 3-4-1997 (RJ 3047); 28-9-1998 (RJ 8553); 25-1-1999 (RJ 898); y en la doctrina de suplicación vid., entre otras, STSJ Baleares 14-2-2001 (AS 1350); SSTSJ País Vasco 11-12-2001 (AS 2002, 434) y 6-2-2002 (AS 845); STSJ Andalucía 31-1-2002 (AS 3771); STSJ Extremadura 6-2-2002 (AS 982); STSJ Navarra 30-12-2002 (AS 2003,384); STSJ C.Valenciana 17-1-2003 (AS 825);STSJ Andalucía 20-2-2003 (1149).

⁶⁹⁸ Vid. VIQUEIRA PÉREZ, C., op. cit., pg. 78.

⁶⁹⁹ Vid. DIEZ PICAZO, L.: Fundamentos..., cit. pg. 710.

conforme al criterio de valoración objetiva de la obligación incumplida en la economía general del contrato ⁷⁰⁰ de trabajo.

Esta hipótesis interpretativa resulta acertada por dos motivos. El primero, porque coincide con la línea de fuerza de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Civil) que sostiene que para el ejercicio de la acción otorgada por el art. 1124 CC no basta cualquier incumplimiento, sino que es preciso que sea “propio, grave, esencial, de importancia y trascendencia para la economía del contrato, o de entidad suficiente para impedir la satisfacción de la parte cumplidora”. De la doctrina legal se desprende, así mismo, que el criterio básicamente utilizado para valorar la gravedad del incumplimiento es principalmente objetivo, atendiéndose a su resultado en la relación contractual objetivamente considerada, más que a la trascendencia del mismo para el acreedor. ⁷⁰¹.

El segundo motivo que coadyuva a la solvencia de esta postura, radica en que esos dos elementos están implícitos en dos de los incumplimientos específicos que, a modo ejemplificativo, integran sendas aperturas causales del art. 50, y que, por tanto, son considerados por el legislador intrínsecamente graves: la modificación sustancial productora de perjuicio cualificado al trabajador (letra a) y la negativa del empresario a reintegrar al trabajador en sus originales condiciones laborales tras recaer sentencia que declare injustificada la alteración sustancial de las mismas (letra c), segundo inciso).

En lo que se refiere al primero de los incumplimientos citados (letra a) art. 50), no cabe duda de que concierne a deberes básicos del empleador en la relación laboral expresamente impuestos por la ley (art. 4.2. b) y e) ET, sensu contrario), y en lo concerniente al segundo (letra c) 2º), es también indiscutible que incide en el deber contraído por el empresario frente al trabajador en virtud de una sentencia judicial que le reconoce a éste último el derecho a ser reincorporado en sus originarias condiciones laborales como medio de restablecimiento del equilibrio prestacional en la relación laboral, un derecho –a

⁷⁰⁰ Ibidem, pg. 711.

⁷⁰¹ Vid. sobre este aspecto y con acopio exhaustivo de jurisprudencia, CLEMENTE MEORO. M.E.: La facultad de resolver los contratos por incumplimiento, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 251-260; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M.A.: La resolución por incumplimiento en la obligaciones bilaterales, La Ley-Actualidad, Madrid, 1998, pp.33-53.

la reincorporación- que además aquí está estrechamente vinculado al contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) en su manifestación de cumplimiento íntegro de las sentencias por las partes (art. 118 CE) ⁷⁰². En lo que respecta, sin embargo, a los incumplimientos salariales (letra b), la concurrencia de gravedad no puede apoyarse tal sólo en hecho de que conciernen a una obligación principal en el contrato de trabajo cual es la prestación salarial; en los supuestos en que las obligaciones concernidas son de índole económica, como son éstos o los relativos a prestaciones de Seguridad Social, la ponderación de su entidad en la economía del contrato, es decir su suficiencia en orden a impedir la satisfacción del trabajador y, en consecuencia, la apreciación de gravedad, requiere el concurso de otras circunstancias de índole temporal (prolongación en el tiempo) y cuantitativa (montante de la deuda) que evidencien su intensidad. Para ello, la jurisprudencia se vale de un triple criterio: objetivo (independiente de la culpabilidad), temporal (prolongación en el tiempo) y cuantitativo (montante de lo adeudado) ⁷⁰³.

Un último apunte acerca de la gravedad de los incumplimientos empresariales tipificados como causa de dimisión provocada. La doctrina antes mencionada descarta que a los dos elementos que han de ser ponderados en orden a apreciar la existencia de gravedad, deba aunarse un tercero consistente en el perjuicio que el incumplimiento irroge al trabajador, concluyendo, no obstante, que el perjuicio, de existir, no será un factor intrascendente, pero deberá ser tenido en cuenta en la misma medida que otras circunstancias concurrentes en orden a evaluar la incidencia del incumplimiento en la relación laboral. Desde esta óptica, se concluye que la dimisión provocada no es una facultad que el ordenamiento jurídico otorgue al trabajador frente a un relevante perjuicio en su persona o su patrimonio a resultas de un incumplimiento del empleador, sino una respuesta de tutela del

⁷⁰² Para el Tribunal Constitucional el derecho a la tutela judicial efectiva, entre otras manifestaciones, se concreta en la necesidad de que se cumplan las declaraciones contenidas en el fallo judicial pues de lo contrario “las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconocen no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectiva alguna”; vid, entre las más recientes, STC 17-9-2001 (RTC 176).

⁷⁰³ SSTs 25 de septiembre de 1995 [RJ 1995, 6892], 28 de septiembre de 1998 [RJ 1998, 8553], 25 de enero de 1999 [RJ 1999, 898]; SSTSJ Andalucía 8-10-2002 (AS 2003,881) y 20-2-2003 (AS 1149); STSJ Madrid 26-11-2002 (AS 2003, 1213).

interés del trabajador frente al incumplimiento mismo, ya que de él deviene que la relación laboral pierda toda utilidad para aquél ⁷⁰⁴.

Compartiendo en esencia esta tesis, ha de ponerse de manifiesto la salvedad que a este respecto representa la causa resolutoria establecida en el apartado a) del precepto estatutario. En efecto, tal y como se argumentó *in extenso* en el apartado VI.1.3 de este trabajo, en el supuesto de modificación sustancial de condiciones de trabajo que produzcan perjuicio a la formación profesional o menoscabo de la dignidad del trabajador, es precisamente la existencia de dicho perjuicio cualificado el que determina tanto la propia existencia de incumplimiento empresarial, como, además, su gravedad, de modo que acreditada su concurrencia en la implantación de la medida modificativa, el perjuicio específico integra por sí mismo el ilícito que justifica la dimisión provocada.

Ya se ha dejado dicho que en este sentido exigente de gravedad del incumplimiento, se ha pronunciado la jurisprudencia laboral al aplicar, en general, el art. 50 y, en particular, al tratar de incumplimientos del empresario concernientes a la obligación salarial ⁷⁰⁵, como también se ha puesto de manifiesto que a los efectos ponderadores de la gravedad, los incumplimientos de las obligaciones que la legislación de Seguridad Social impone al empresario en favor del trabajador se asimilan a las propiamente salariales, de manera que el incumplimiento de aquéllas, constituye supuesto que, encuadrable en el primer inciso del la letra c) del citado precepto, ha de estar igualmente cualificado por la gravedad ⁷⁰⁶, para cuya apreciación, ahora en su vertiente de intensidad suficiente, la doctrina judicial viene aplicando los mismos parámetros tenidos en cuenta para la calificación de los incumplimientos salariales ⁷⁰⁷, esto es, partiendo de la valoración conjunta de un triple criterio: un criterio objetivo (independiente de la culpabilidad de la

⁷⁰⁴ Vid. VIQUEIRA PÉREZ, C.: La resolución del contrato de trabajo...”, cit., pg. 79.

⁷⁰⁵ Así, tiene declarado jurisprudencia constante, que el éxito de la acción de resolución de la relación laboral a instancias del trabajador por causa de falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado exige la concurrencia del requisito de gravedad en el incumplimiento empresarial. Vid. entre otras, SSTS 25 de septiembre de 1995 [RJ 1995, 6892], 28 de septiembre de 1998 [RJ 1998, 8553], 25 de enero de 1999 [RJ 1999, 898]; SSTSJ Andalucía 8-10-2002 (AS 2003,881) y 20-2-2003 (AS 1149); STSJ Madrid 26-11-2002 (AS 2003, 1213).

⁷⁰⁶ Vid. STS de 2 de noviembre de 1996 (RJ 1996, 8187); STSJ Baleares de 14-2-2001 (AS 2001, 1350).

⁷⁰⁷ Vid., STSJ Baleares 14-2-2001 (AS 2001, 1350); STSJ C.Valenciana 21-11-2002 (AS 2004, 3214); STSJ Cataluña 20-4-2003 (AS 2099).

empresa), temporal (continuidad y persistencia en el tiempo, no esporádico) y cuantitativo (montante de lo adeudado)⁷⁰⁸.

3.La exclusión de los supuestos de fuerza mayor y la cuestión de la culpabilidad del incumplimiento resolutorio. Reflexiones jurídico-críticas y propuestas de lege ferenda

La configuración de la cláusula general de cierre de las justas causas de dimisión provocada establecida ex art. 50.1.c) ET se completa con una técnica excluyente: la excepción de los incumplimientos empresariales en supuestos de fuerza mayor, esto es, la norma deja extramuros del ámbito de operatividad del art. 50 LET los supuestos en que el incumplimiento de la obligación del empresario tenga causa en fuerza mayor. Pues bien, esta regla excluyente ha servido de base a cierta doctrina y jurisprudencia para entender que el incumplimiento empresarial que, conforme a la ley estatutaria, podrá fundamentar la dimisión provocada del trabajador, además de grave, ha de ser culpable⁷⁰⁹.

Esta doctrina sustenta su postura, por un lado, en la simetría existente entre la resolución del contrato a instancias del empresario por incumplimiento del trabajador, esto es el despido disciplinario ex art. 54.1 ET y la resolución contractual a instancias del trabajador basada en un incumplimiento empresarial, es decir la dimisión provocada ex art. 50.1 ET. Sobre esta base, si

⁷⁰⁸ Aplicando este triple criterio de calificación del incumplimiento, son muchos los pronunciamientos judiciales de suplicación que desestiman la pretensión resolutoria del trabajador fundándose en la inexistencia de gravedad, si bien con resultados dispares y hasta contradictorios Así, la STSJ Madrid de 13-11-2001 (AS 2001, 532) desestima la demanda de extinción por entender que el impago por la empresa de mejoras voluntarias correspondientes a ocho meses de baja por IT no constituye incumplimiento de entidad suficiente para justificar la dimisión indemnizada, añadiendo con argumento más que criticable, que la falta de trascendencia se acentúa cuando el abono de las mismas lo realizó la empresa, tras la presentación de la demanda, en el acto de conciliación previo al juicio. Por su parte, la STSJ Galicia de 14-7-2000 (AS 1836) igualmente rechaza la resolución contractual por apreciar falta de entidad en el impago de dos meses de pago delegado de prestaciones y cita como sentencia de contraste en la que sí se aprecia debidamente la existencia de gravedad la basada en un impago de cinco meses.

⁷⁰⁹ Por la doctrina, vid. ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pg. 197; BORRAJO DACRUZ, E.: “Reinterpretación jurisprudencial del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores”, cit., pg. 19; PENDÁS DÍAZ, B., op. cit., pg. 150. Por la jurisprudencia, vid. SSTS 24-9-1985 (RJ 4361); 15-12-1986 (RJ 7384); 7-4-1987 (RJ 2369); 4-7-1988 (RJ 6113); 7-3-1990 (RJ 1776); 18-7-1990 (RJ 6425); así como las más recientes SSTSJ (AS 1999,1520); (AS 3998); (AS 943); (AS 1448); (AS 3009); (AS 3893); (AS 2000, 1700); (AS 3168); (AS 3268); (AS 2750); (AS 4679); (AS 4775); (AS 2001, 1646); (AS 2017); (AS 2079); (AS 2837); (AS 3197); (AS 3432); (AS 3620); (AS 4375); (AS 4025); (AS 3204); TSJ Cantabria 22-8-2001 (AS 3062); STSJ Cantabria 21-11-2001 (AS 4650); (AS 2002, 845); (AS 226); (AS 1389); (AS 530).

el despido debe responder a un incumplimiento culpable del trabajador, la dimisión provocada ha de ser obediente, también, a un incumplimiento empresarial con idéntico ingrediente valorativo. Sin embargo la interpretación literal del art. 50.1.c) ET, tal y como se ha ocupado de subrayar otra doctrina⁷¹⁰, en mi opinión con argumentos más certeros, no permite llegar a esa conclusión, no sólo porque el silencio del precepto respecto a la exigencia de culpabilidad es de por sí elocuente, sino porque la propia dicción normativa apunta a que todos los incumplimientos graves de sus obligaciones por parte del empresario tendrán eficacia resolutoria, con la única excepción de los supuestos en que el cumplimiento resulte imposible por concurrencia de fuerza mayor, que es exacta y exclusivamente lo que establece el precepto⁷¹¹.

El otro argumento esgrimido a favor de la exigencia de culpabilidad reside en que la referencia del art. 50 a la fuerza mayor como circunstancia excluyente de la resolución implica, *sensu contrario* e implícitamente, la necesidad de concurrencia de culpabilidad en los restantes casos. Sin embargo, esta construcción deriva, bajo mi punto de vista, de una inadecuada interpretación de la noción de fuerza mayor, por lo que se impone abordar instrumentalmente su conceptualización jurídico-laboral con el objeto de determinar su alcance en el marco concreto de la dimisión provocada fundada no sólo en la apertura causal del apartado c) 1º del art. 50.1 ET, sino también en las restantes aperturas causales del precepto.

⁷¹⁰ Vid. VIQUEIRA PÉREZ, C., op. cit., pg. 83.

⁷¹¹ Otra cosa es indagar en las razones que han llevado al legislador laboral a esta diferente configuración de las causas del despido y de la dimisión provocada, habida cuenta de que ambos casos se trata de supuestos de resolución del contrato de trabajo por incumplimiento de la contraparte. La doctrina ha manejado el argumento de la diversidad de fundamentación jurídica de uno y otro supuesto: mientras la resolución contractual ex art. 50 es la proyección, sin más aditamentos, en el ámbito laboral de la resolución por incumplimiento ex art. 1124 CC –institución desprovista de cualquier componente punitivo–, en el despido disciplinario se evidencia una función preventivo-punitiva propia de la sanción. De modo que, superando el debate doctrinal acerca de la naturaleza sancionadora o no del despido disciplinario, su afinidad funcional con las sanciones disciplinarias justifica la aproximación del régimen jurídico de uno y otras; vid. en este sentido FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: El poder disciplinario en la empresa, Civitas, Madrid, 1991, pp. 224 y 249 y ss. Desde esta perspectiva, incluso cuando se descarte la naturaleza sancionadora del despido, su innegable función punitiva determinaría que los incumplimientos del trabajador que lo justifican hayan de ser además de graves, culpables, y que no se exija esta última nota en los incumplimientos del empresario que justifican la dimisión provocada; vid. esta argumentación en Viqueira Pérez, C., op. cit., pg. 87.

Aunque la noción de fuerza mayor no dispone de un desarrollo conceptual en el Derecho laboral ni en las restantes ramas del ordenamiento jurídico ⁷¹², la doctrina iuslaboralista coincide en la necesidad de acudir al art. 1.105 CC como precepto de referencia ⁷¹³. La citada norma forma parte de un bloque normativo de nuestro Código Civil ⁷¹⁴ en donde se determinan los criterios legales de imputación del incumplimiento de una obligación al deudor en orden a la existencia de responsabilidad contractual como medio de tutela del acreedor frente al incumplimiento o, si se quiere, frente a la lesión del derecho de crédito. En concreto, el art. 1105 CC define descriptivamente como causa de exoneración o límite de la responsabilidad del deudor de una prestación, la consistente en un suceso que no hubiera podido preverse, o que previsto, sea inevitable. Aunque el texto normativo no hace mención alguna a la denominación de la causa de exoneración delimitada, la doctrina civilista tradicionalmente la ha calificado de “caso fortuito”.

No es esta la ocasión de adentrarnos en la nada pacífica cuestión de la diferenciación entre las nociones de fuerza mayor y caso fortuito, por lo demás no resuelta tampoco en el ámbito civil ⁷¹⁵, pero en todo caso, sí conviene poner de relieve la existencia de una mayoritaria y autorizada doctrina que apuesta por una concepción unitaria de ambas nociones. Por un lado, se ha apostado por una interpretación del art. 1105 CC en clave no culpabilista de las notas que definen el caso fortuito -la imprevisibilidad y la inevitabilidad ⁷¹⁶-, conforme

⁷¹² El TS ha reconocido que “es bien sabido que, en realidad, en nuestro ordenamiento jurídico no se encuentra definición alguna de la fuerza mayor, constando igualmente que es difícil hallar alguna rama del ordenamiento en la que de modo expreso no se aluda a la fuerza mayor, siempre, naturalmente, para derivar de ello alguna liberación de responsabilidad del sujeto o sujetos afectados o para justificar y legitimar algo que de otro modo no podría dejar de ser exigido”, vid. STS 22-12-1986.

⁷¹³ Albiol Montesinos, I.: “Extinción del contrato de trabajo por fuerza mayor”, Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores, Edersa, T. IX, vol. 2^o, Madrid, 1989, pg. 218; Desdentado BONETE, A.: “Extinción y suspensión del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y por fuerza mayor”, en Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después, REDT, n^o 100, t. II, pg. 995; FERNÁNDEZ DOMINGUEZ, J.J.: La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo, Civitas, Madrid, 1993, pp. 46-78; MONEREO PÉREZ, J.L./FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su Régimen Jurídico, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 96-97.

⁷¹⁴ Arts. 1102-1105 CC.

⁷¹⁵ Los criterios de distinción ponderan el carácter imprevisible pero evitable del suceso (caso fortuito), frente a la inevitabilidad de la fuerza mayor; su producción en la esfera de control o de riesgo del deudor (caso fortuito) o fuera de su esfera de control (fuerza mayor) y la gravedad del suceso. Para una síntesis de las diversas posiciones, vid. PUIG BRUTAU, J.: Fundamentos de Derecho Civil. Derecho General de Obligaciones, t. I, vol. II, Bosch, Barcelona, 1988, pp. 436-439; FERNÁNDEZ DOMINGUEZ, J.J.: La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo, cit., pp. 88-98.

⁷¹⁶ Ha sido tradicional en la doctrina civilista, al abordar la exégesis del art. 1105 CC, la identificación de la noción del caso fortuito y la ausencia de culpabilidad, en parte por la influencia ejercida por el Derecho

a la cual el precepto hace referencia a que los hechos imprevisibles o inevitables determinantes del impedimento del cumplimiento de la obligación a cargo del deudor han de quedar fuera de su ámbito de control -en nuestro caso del marco de control del empresario-, de forma que, con este entendimiento, la frontera entre caso fortuito y fuerza mayor desaparecen ⁷¹⁷. Conforme a esta tesis, por tanto, la fuerza mayor no es antónimo de culpabilidad entendida como omisión de diligencia, sino de la concebida sencillamente como hecho propio (o imputable) al sujeto sobre el que recae la obligación. En otros términos, pero llegando a la misma solución unificadora de las dos nociones, otros autores consideran que, superando aspectos puramente terminológicos, fuerza mayor y caso fortuito deben integrarse en la noción más amplia de “incumplimiento de la obligación por imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor”⁷¹⁸ o, imposibilidad sobrevenida fortuita.

Desde esta óptica, no cabe duda de que la exclusión por el art. 50.1.c) ET de los incumplimientos empresariales derivados de fuerza mayor como causa de dimisión provocada, no comporta, *sensu contrario*, que los incumplimientos resolutorios incluidos en el ámbito del precepto deban ser, necesariamente, incumplimientos culpables.

3.1 Fuerza mayor, incumplimiento por imposibilidad sobrevenida fortuita de la prestación y dimisión provocada

Penal (en el que el caso fortuito se contempla como causa de exclusión de culpabilidad) y en parte porque en uno de los preceptos del CC en el que se establece la extinción de la obligación del deudor, se alude como causa la ausencia del culpa de éste (art. 1182 CC). De este modo, los requisitos de la fuerza mayor o el caso fortuito –imprevisibilidad o inevitabilidad- se funcionalizan al parámetro de la diligencia exigible al deudor, con lo que si desplegada esta diligencia el evento se produce, no existirá culpa.

⁷¹⁷ En este sentido, DIEZ PICAZO, L.: Fundamentos..., cit., pp. 589-590. . Desde esta concepción unitaria, no parece acogible la tesis según la cuál el art. 30 ET regula las consecuencias jurídicas del caso fortuito de modo diverso a las establecidas por el CC, ya que el legislador laboral hace recaer el riesgo y por tanto la responsabilidad sobre el empresario, sencillamente por que el impedimento concerniente a la prestación del trabajador es imputable a aquél; esto es, no se le exonera de responsabilidad porque el hecho obstativo del cumplimiento se produce en su esfera de control y por ello le es imputable.

⁷¹⁸ BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P.: El incumplimiento de las obligaciones, Madrid, 1990, pg. 129. En contra, PANTALEÓN PRIETO, F.: “El sistema de responsabilidad contractual”, ADC, 1991, vol. II, pg. 1044, para el que el art. 1105 CC “en modo alguno condiciona la exoneración del deudor a la imposibilidad de la prestación”, de modo que conforme a dicho precepto el deudor no responde del daño causado por un incumplimiento cuando “no le sea imputable, aunque la prestación siga siendo objetivamente posible”. No deja de ser cabal esta última interpretación que indirectamente apunta a entender que la fuerza mayor o el caso fortuito definido en el art. 1105 CC puede determinar una imposibilidad definitiva de la prestación que libera al deudor de responsabilidad y de la obligación, en su conexión con los arts. 1182 y 1184 CC, pero también puede provocar una imposibilidad meramente temporal que, aun exoneradora de responsabilidad, no libera al deudor del cumplimiento de la prestación todavía posible.

Es llegado el momento de poner en conexión las nociones de fuerza mayor, imposibilidad sobrevenida fortuita de la prestación ⁷¹⁹ e incumplimiento, bien entendido que se aborda su interconexión en un escenario en que la fuerza mayor determine la imposibilidad definitiva de la prestación que aboque, por tanto, en un incumplimiento también definitivo de la obligación u obligaciones a cargo de uno de los contratantes, ya que es un presupuesto de la resolución por incumplimiento en el ámbito civil y por ende de la dimisión provocada en el orden laboral, que el incumplimiento sea definitivo ⁷²⁰. Refuerza esta tesis, el hecho de que si la fuerza mayor provoca una imposibilidad meramente temporal del cumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo del empresario, el legislador laboral deja patente que la resolución contractual a instancias de éste (despido por fuerza mayor) no tiene cabida, ofreciendo para este supuesto el mecanismo de la suspensión de los arts. 45.1.i) y 47. ET. Tal solución legal trasladada ahora a la resolución contractual a instancias del trabajador, sugiere que, en todo caso, el incumplimiento empresarial derivado de la imposibilidad temporal de su prestación devenida de fuerza mayor no podrá ser tenido en cuenta en orden a la dimisión provocada.

Pero volvamos de nuevo a la virtualidad que la imposibilidad definitiva de la prestación tiene en el instituto de la resolución por incumplimiento. De nuestro Código Civil se infiere que la secuencia descrita con anterioridad –fuerza mayor, imposibilidad sobrevenida fortuita e incumplimiento- lleva anudados dos efectos diversos: de un lado, la exoneración de responsabilidad del deudor (art. 1105 CC) y de otro, la extinción de la obligación devenida imposible definitivamente o, en palabras de la doctrina civilista, la liberación del deudor de su prestación de dar (art. 1182 CC) o de hacer (art. 1184 CC). Pero lo que no

⁷¹⁹ Si bien existe un sector doctrinal que defiende una conexión sistemática exclusiva entre la fuerza mayor ex art. 1105 CC y la imposibilidad sobrevenida de la prestación (arts 1182-1184 CC): vid. al respecto, JORDANO FRAGA, F.: La responsabilidad contractual, Madrid, 1987, conviene matizar que la imposibilidad devenida de fuerza mayor no necesariamente ha de ser definitiva, sino que puede ser meramente temporal, en cuyo caso, aunque sigue siendo aplicable el art. 1105 a efectos de exoneración de responsabilidad del deudor, no sería utilizable por el acreedor el mecanismo resolutorio cuyo presupuesto es el incumplimiento definitivo de la prestación a cargo de una de las partes contratantes. Esto es lo que sucede en el ámbito laboral en los supuestos de fuerza mayor temporal en los que el ordenamiento no permite la resolución del contrato de trabajo, sino su mera suspensión.

⁷²⁰ Con las salvedades ya puestas de manifiesto en orden a la virtualidad del retardo en la ejecución de la obligación a efectos de resolución por incumplimiento, al analizar la causa de dimisión provocada ex art. 50.1.b) ET (impago o retrasos continuados en el abono del salario).

resuelve el Código Civil, con carácter general, es la repercusión que en estos casos tiene la extinción de la obligación del deudor respecto de la obligación recíproca, cuando se trate, por lo que aquí interesa, de relaciones obligatorias sinalagmáticas; es decir, no se plantea la cuestión del *periculum obligationis* incardinada en la “doctrina de los riesgos”.

Ante esta duda interpretativa, la doctrina más autorizada defiende la operatividad al respecto de la figura de la resolución por incumplimiento con dos sólidos argumentos en orden a su fundamentación jurídica ⁷²¹. Por un lado, se sostiene que en las relaciones sinalagmáticas las obligaciones están enlazadas causalmente, de modo que la imposibilidad sobrevenida de la causa de una de ellas, aunque sea por razones fortuitas, determina la desaparición de la causa de la prestación recíproca (art. 1274 CC) ⁷²², siendo, así, posible que el contratante afectado por el incumplimiento de la prestación devenida imposible utilice el mecanismo resolutorio como remedio de protección frente a la lesión de su derecho de crédito conforme al art. 1124 CC que literalmente, además, contempla esta hipótesis ⁷²³. Desde esta óptica, pues, el art. 1124 resuelve el problema del *periculum obligationis* atribuyendo a la parte que sufre la imposibilidad fortuita de la prestación de la contraparte —el contratante cumplidor— la facultad de resolver la relación contractual ⁷²⁴.

En definitiva, con esta argumentación, solvente doctrina llega a la conclusión de que la resolución contractual por incumplimiento, en el ámbito civil, procede no sólo cuando el incumplimiento es imputable al demandado a título de dolo o

⁷²¹ Vid. DIEZ PICAZO, L.: Fundamentos..., cit., pp.655-656; en el mismo sentido, PANTALEÓN PRIETO, F.: “El sistema de responsabilidad contractual”, cit. pp.1047-1048.

⁷²² De este modo queda de manifiesto que la cuestión de la imposibilidad sobrevenida no sólo es reconducible al terreno del objeto del contrato, sino también, y desde la perspectiva apuntada, a la esfera de la causa de los contratos onerosos entendida aquí como la finalidad que objetivamente se persigue con el contrato; vid. SANTOS BRIZ, J.: Código Civil. Comentarios y jurisprudencia, Comares, Granada, 1991, pg. 605.

⁷²³ El inciso final del párrafo segundo del art. 1124 CC literalmente afirma que el contratante perjudicado por el incumplimiento de la contraparte “podrá pedir la resolución, aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste **resultare imposible**”. Para la doctrina esta expresión no debe ser entendida en el sentido de que la previa pretensión de cumplimiento es condición de la resolución, sino en el sentido de que la resolución del contrato cabe en el supuesto en que el cumplimiento sea imposible, incluso en los casos en que inicialmente se hubiese optado por la exigencia del cumplimiento; vid. DIEZ PICAZO, L.: Fundamentos..., cit. pg. 720.

⁷²⁴ Aquí quedan descartados los dos restantes medios de tutela del derecho de crédito lesionado: la pretensión de cumplimiento, puesto que el presupuesto de ésta es que el cumplimiento de la obligación sea aun posible, así como el remedio de exigencia de responsabilidad contractual ya que uno de los requisitos de la misma es la imputabilidad del incumplimiento al deudor que en los supuestos de imposibilidad fortuita no se cumple; vid. en este sentido, PANTALEÓN PRIETO, F., op. cit. pp. 1043-1046.

culpa, sino también cuando no le sea imputable al concurrir fuerza mayor que determine la imposibilidad fortuita de cumplimiento de la prestación a cargo de la parte incumplidora ⁷²⁵, postura que además de sustentarse en razones de justicia y equidad, cuenta con el aval de la interpretación estricta del art. 1124 CC ⁷²⁶, de los preceptos reguladores de la causa en las obligaciones sinalagmáticas ⁷²⁷ y de la evidencia de que en los supuestos de imposibilidad sobrevenida fortuita, la resolución es el único medio de tutela del interés del contratante acreedor, al no ser operativos los restantes medios de tutela cuáles son la responsabilidad contractual y la pretensión del cumplimiento.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Civil), si bien en la doctrina legal recaída respecto al art. 1124 CC inicialmente primó una postura subjetivista exigente de culpabilidad en la conducta del contratante incumplidor (la consabida “voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento), posteriormente se abrieron líneas de fuerza a cargo de una corriente objetivadora en la que, prescindiendo de exigir elementos subjetivos, se introduce la doctrina del “hecho obstativo que de modo absoluto impide el cumplimiento” en la caracterización del incumplimiento resolutorio, dentro de la que algunos pronunciamientos llegan a admitir, específicamente, que el incumplimiento fortuito o debido a fuerza mayor permite el ejercicio de la acción resolutoria ⁷²⁸.

Siendo, pues, la regla general en el ámbito civil la admisibilidad del incumplimiento fortuito como causa de resolución contractual, la doctrina ha advertido de la existencia de excepciones a la misma. En efecto, los límites a la acción resolutoria en los supuestos de incumplimiento por imposibilidad definitiva y fortuita de la prestación vendrán dados por la existencia de una regulación legal de un sistema diverso al establecido por el art. 1124 CC

⁷²⁵ Vid. DELGADO ECHEVERRÍA, J., en LACRUZ BERDEJO, J.L y otros: Elementos de Derecho Civil, t. II, vol. I, Barcelona, 1985, pp. 272 y ss.; DIEZ PICAZO, L.: Fundamentos..., cit., pp. 655-656 y 718-720; PANTALEÓN PRIETO, F., op. cit., pp. 1047-1049.

⁷²⁶ Según el tenor literal del art. 1124 CC, el contratante perjudicado por el incumplimiento “podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultara imposible”, dicción que apunta a que se puede solicitar la resolución si el cumplimiento de la prestación adversa resulta imposible, incluso cuando inicialmente se hubiera optado por la exigencia de cumplimiento”; vid. esta interpretación gramatical del art. 1124 CC en DIEZ PICAZO, L., op. cit., pg. 719-720.

⁷²⁷ Especialmente el art. 1274 CC.

⁷²⁸ Vid. al respecto, con acopio de pronunciamientos del TS en este sentido, DIEZ PICAZO, L., op. cit., pp. 716-718.

respecto al *periculum obligationis*. Es decir, cabe que la ley pueda optar excepcionalmente, para algunos supuestos específicos, por un sistema distinto de distribución de los riesgos de la imposibilidad fortuita de la prestación y excluir en ellos la resolución contractual a cargo del acreedor⁷²⁹; pero en tal caso, como sucede con cualquier norma excepcional, no serán admisibles ni interpretaciones analógicas ni extensivas.

Una de estas excepciones lo sería la regla que establece para el ámbito de la resolución laboral el primer inciso del art 50.1.c) ET en virtud de la cual la dinámica del mecanismo resolutorio resulta esencialmente alterado respecto a la regla general civil extraída del art. 1124 CC, anteriormente expuesta, de modo tal que mientras ante un eventual incumplimiento del empresario por imposibilidad sobrevenida de su obligación por fuerza mayor el trabajador podría, en aplicación del precepto civil, instar la resolución del contrato, contrariamente, al amparo del art. 50.1.c) ET la resolución no tendría cabida, ya que la norma especial –que desplaza aquí a la norma general civil- la excluye expresamente a base de la salvedad referida a los supuestos de fuerza mayor.

Se produce, así, la paradoja de que en el orden laboral, en el supuesto de incumplimiento empresarial por imposibilidad sobrevenida fortuita (fuerza mayor), la facultad de resolución del contrato de trabajo no se le reconoce al trabajador en cuanto que titular del derecho de crédito lesionado, sino al empresario que, en este caso, es precisamente el contratante incumplidor, quedando a su libre disposición activar el único medio arbitrado por el Derecho para la tutela del interés del contratante cumplidor – que en nuestro caso es el trabajador-: la resolución contractual a través del despido por fuerza mayor positivizada en los arts. 49.1 h) y 51.12 ET .

En la doctrina iuslaboralista se ha aportado como argumento en orden a justificar tan insólita como criticable solución del legislador laboral el papel conferido al control de ejercicio del poder directivo del empresario, ya que si la fuerza mayor refiere a impedimentos que, externos a su ámbito de control y dirección, el empleador no ha podido prever o en todo caso evitar con los medios a su alcance y la diligencia que le es exigible, “es lógico que se le difiera la posibilidad de decidir cuándo se produce” la fuerza mayor y cuándo

⁷²⁹ Sobre este límite, vid. DIEZ PICAZO, L., op. cit., pg. 720.

ejercitar la facultad de resolver el contrato ⁷³⁰. Sin embargo, no resulta, a mi entender, un argumento atendible toda vez que en el supuesto de despido por fuerza mayor, la apreciación de la concurrencia de ésta no es competencia que la ley estatutaria atribuya al empresario sino de la Administración Laboral, de modo que el efecto extintivo del contrato no se produce aquí por la sólo voluntad y decisión unilateral empresarial, sino con el concurso de la Administración a través de la previa constatación de la fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestaciones a cargo del empleador.

Por otra parte y una vez asumido el hecho de que el legislador laboral ha excluido como causa de dimisión provocada los incumplimientos empresariales graves obedientes a fuerza mayor, otro sector de la doctrina laboral, en su afán de restringir el ámbito de la norma excluyente, ha postulado la inclusión en la apertura causal de la resolución ex art.50.1.c), y por tanto su virtualidad en orden a la dimisión provocada, de los incumplimientos graves del empresario obedientes estrictamente a caso fortuito apelando aquí, a estos efectos, a la distinción entre fuerza mayor y caso fortuito ⁷³¹. Para esta doctrina, aunque el art. 1105 CC albergue una regulación omnicomprensiva de ambos supuestos y la corriente mayoritaria en la doctrina científica y legal del orden civil apuesten también por una noción unitaria de dichas figuras en el sentido que anteriormente se expuso, la distinción debe mantenerse cuando la Ley los diferencie, tal y como sucedería, según esta interpretación, con el Estatuto de los Trabajadores en donde el caso fortuito recibiría una regulación expresa y diversa a la fuerza mayor en el art. 30 poniendo, *sensu contrario*, a cargo del empresario el riesgo de la imposibilidad sobrevenida fortuita de cumplimiento de su obligación contractual, entendiéndose que la imposibilidad deviene aquí de un impedimento imprevisible o inevitable pero acaecido en su esfera de control, razón por lo cual se le considera imputable. En el mismo sentido diferenciador de fuerza mayor y caso fortuito operaría el art. 115.4.a) TRLGSS, que al no considerar accidente de trabajo el debido a fuerza mayor extraña al trabajo, debe interpretarse, *sensu contrario*, que establece la responsabilidad

⁷³⁰ Vid. ALBIOL MONTESINOS, I.: Extinción del contrato de trabajo por fuerza mayor, cit., pp. 231-233.

⁷³¹ En este sentido, vid. NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “Extinción del contrato por voluntad del trabajador”, cit. pg. 1085.

empresarial cuando éste se deba a un suceso excepcional acaecido en su círculo rector ⁷³².

Esta teoría objetiva distintiva de la fuerza mayor y del caso fortuito, de temprana construcción doctrinal ⁷³³, ha tenido, en efecto, gran predicamento entre la doctrina iuslaboralista por estimarla particularmente apropiada al orden social ⁷³⁴ y conforme a ella se reconducen a la fuerza mayor únicamente los acontecimientos imprevisibles o inevitables ajenos a las partes del contrato y al contenido del mismo o, en otras palabras, una causa objetiva y extraña a la organización y funcionamiento de la empresa ⁷³⁵, por lo que, en consecuencia, el caso fortuito referirá a un suceso de las mismas características pero inherente a la esfera de riesgo del empresario, lo que permite imputarle responsabilidad.

Desde este punto de vista y por lo que aquí interesa, no cabe duda de que los incumplimientos empresariales consecuencia de caso fortuito, tal y como esta figura se acaba de definir, no entrarían en el radio de acción de la exclusión establecida en el art. 50.1.c) ET, debiendo considerarse entonces incumplimientos resolutorios justificativos de dimisión provocada y permitiendo al trabajador el ejercicio de la acción resolutoria. Pero con todo, la aportación de esta última postura doctrinal se limita a reducir el alcance de la exclusión de los incumplimientos empresariales debidos a fuerza mayor que la norma laboral establece, a base de una interpretación restrictiva de la figura, cuando yendo más allá, lo que debe ponerse en cuestión, desde una perspectiva de política del derecho e incluso conforme a un criterio técnico-jurídico, es el hecho mismo de la exclusión legal de los incumplimientos debidos a fuerza mayor, con independencia de la acepción lata o estricta que quiera dársele a esta noción.

En efecto, desde un enfoque político-jurídico la opción del legislador laboral de excluir del radio de acción del art. 50.1.c) ET los incumplimientos definitivos

⁷³² Vid. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: La fuerza mayor..., cit., pp. 95-96.

⁷³³ Vid. EXNER, A.: La responsabilité dans le contract de transport, París, 1892 y De la fuerza mayor en el Derecho mercantil romano y en el actual, Madrid, 1905. El autor, artífice de esta teoría, la refirió inicialmente a la actividad de navieros, transportistas y empresas, para después extenderla a todo deudor que desarrolle una actividad comercial o industrial.

⁷³⁴ Vid. RIVERO LAMAS, J.: "Tipificación y estructura del contrato de trabajo", ADC, 1971 – XXV, pg. 183; ORTIZ LALLANA, M.C.: La extinción del contrato por imposibilidad sobrevenida, MTS, Madrid, 1985, pp. 52-53.

⁷³⁵ En este sentido, ORTIZ LALLANA, MC., op. cit., pp. 139-140.

y graves del empresario casualizados en fuerza mayor, por muy restrictivo que sea el alcance que se le confiera a ese concepto, es inaceptable en orden a procurar la efectiva protección del trabajador que el Derecho Laboral demanda, ya que le priva del único remedio de tutela que le resta, dentro de los que el ordenamiento le ofrece, conforme a la dogmática general de los contratos, frente a la lesión de su derecho de crédito, al no ser viable aquí ni la pretensión de exigencia de cumplimiento (ya que la prestación ha devenido imposible), ni la pretensión de exigencia de responsabilidad en búsqueda de tutela resarcitoria o indemnizatoria (pues el incumplimiento no es imputable al empresario y la imputabilidad es requisito de la responsabilidad).

En definitiva, pues, a consecuencia de la técnica excluyente por la que opta el legislador laboral en el art. 50.1.c) ET al configurar la cláusula de cierre de la dimisión provocada, la ley estatutaria, ante una situación de ruptura definitiva del programa de prestaciones recíprocas y consecuente pérdida de la utilidad que le reportaba el contrato –es decir ante una desaparición sobrevenida y definitiva de la base objetiva del negocio⁷³⁶- debidas al incumplimiento empresarial de obligaciones laborales, por muy fortuito que sea su origen, deja al trabajador un estrecho y a todas luces inadecuado margen de respuesta desde una óptica garantista: por un lado, la posibilidad de extinguir voluntariamente el contrato, sí, pero reprochablemente se le fuerza a hacerlo en condiciones más gravosas a través del cauce de la simple y llana dimisión no indemnizada del art. 49.1.d) o, en otro caso, se le obliga a soportar el incumplimiento a la espera de que la decisión extintiva la adopte el empresario por la vía del despido por fuerza mayor ex art. 49.1.h) con la indemnización menor de 20 días de salario con el tope de 12 mensualidades.

Pero el reproche a la solución dada por la ley estatutaria a la incidencia de la fuerza mayor en la figura de la dimisión provocada no se atenúa analizando el precepto desde una perspectiva lógico-jurídica ya que, como se tratará de argumentar a continuación, carece de fundamento técnico-jurídico atendible.

⁷³⁶ La *teoría de la base del negocio*, tributaria de la doctrina alemana, construida originariamente por Oertman pero perfeccionada por Larenz, justifica la extinción del contrato por voluntad de cualquiera de los contratantes cuando desaparezca sobrevenidamente la base subjetiva del contrato –la común representación mental de las partes determinante para fijar el contenido de la relación contractual- y su base objetiva –circunstancias cuya existencia es objetivamente imprescindible para que el contrato subsista-. Vid. LARENZ, K.: *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, trad. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., Madrid, 1956.

En efecto, en el orden laboral la fuerza mayor, tanto si se concibe en un sentido lato comprensivo del caso fortuito, cuanto la concebida en su acepción estricta anudada a sucesos externos o ajenos a la esfera de control del empresario, nunca debería apreciarse, en buena técnica jurídica, como causa justificativa de un incumplimiento grave de las obligaciones laborales inherentes a la condición de empleador y, en consecuencia, dotarla de un efecto impeditivo de la dimisión provocada como hace la cláusula excluyente del art. 50.c) ET, puesto que de ese modo se otorga una censurable cobertura legal a una conducta incumplidora claramente imputable al empresario a título de culpa por achacable a la falta de la diligencia que le es exigible en los supuestos en que por causa de fuerza mayor el cumplimiento de sus obligaciones laborales deviene imposible; diligencia concretable aquí en recurrir a los mecanismos que le ofrece *ad hoc* el ordenamiento laboral – las cláusulas de descuelgue salarial (art. 82.3 ET) o la suspensión contractual (arts. 45.1.i y 47 ET), de tratarse de una fuerza mayor temporal ET), o el despido, si se trata de fuerza mayor que imposibilite definitivamente el cumplimiento del contrato del trabajo (art. 49.1.h) ET)-, que, diligentemente utilizadas, evitarían el incumplimiento.

Conforme a esta línea argumental, no cabe por menos que postular, *lege ferenda*, la modificación del art. 50.1. c) ET en el sentido de suprimir la referencia a la fuerza mayor como circunstancia excluyente de la dimisión provocada, pues determina, cualquiera que sea el enfoque con el que se aborde la exégesis del precepto, una injustificada situación de desprotección del trabajador frente al incumplimiento empresarial por causa fortuita.

3.2 Alteración sobrevenida de las circunstancias, incumplimiento empresarial y dimisión provocada

Cabría plantearse, por último, aunque el art. 50 ET nada prevé al respecto, la incidencia que pueda tener la excesiva onerosidad sobrevenida en el cumplimiento por parte del empresario de sus obligaciones contractuales y si un incumplimiento de alguna de éstas en el que se invoque como justificación la sobrevenida y extraordinaria dificultad en el cumplimiento, debe ser considerado causa justa de dimisión del trabajador al amparo del precepto estatutario.

La teoría de la excesiva onerosidad sobrevenida, siendo la que más predicamento ha conseguido en la doctrina iuslaboralista española, es una de las diversas categorías doctrinales construidas con el propósito de dar respuesta al problema de la influencia que pueda ejercer sobre la dinámica del contrato una alteración sobrevenida de las circunstancias, sobre todo económicas, existentes en su génesis cuya subsistencia sea objetivamente necesaria para el cumplimiento del fin de la relación obligatoria, o, mejor, de la función típica atribuida por el ordenamiento jurídico al tipo contractual de que se trate, y parten todas ellas de la premisa de que en tal supuesto la regla inicial de la incondicionada fidelidad al contrato (*pacta sunt servanda*) puede arrostrar consecuencias contrarias a la equidad y la justicia ⁷³⁷.

La categoría general de la *alteración sobrevenida de las circunstancias* y las distintas construcciones teóricas en las que se manifiesta: la cláusula *rebus sic stantibus*, la doctrina de la imprevisión, la teoría de la base del negocio y, en fin, la categoría ya enunciada de la excesiva onerosidad sobrevenida, tienen en común reconocer que una mutación de este tipo ha de tener una impronta en el contrato al incidir directamente en su causa, entendida como la función económico-social que el ordenamiento le atribuye, cuya virtualidad en los contratos sinalagmáticos, conmutativos y de tracto sucesivo –cual es el contrato de trabajo– opera no sólo en su génesis (sinalagma genético), sino también en su desarrollo (sinalagma funcional) ⁷³⁸, pero difieren acerca de la fundamentación técnico-jurídica del fenómeno, los presupuestos de aplicación y sus efectos en el régimen jurídico del contrato. En consecuencia, se impone un breve repaso de todas ellas, aunque aquí funcionalizado al instituto de la dimisión provocada.

La teoría de la cláusula *rebus sic stantibus*, modernizada por Kaufmann, se formula sobre el entendimiento de la existencia implícita en los contratos de una cláusula –inmanente a la voluntad de los contratantes– conforme a la cual

⁷³⁷ Para una sistematización y análisis jurídico-crítico de las diferentes construcciones teóricas incardinadas en la categoría general denominada *modificación o alteración sobrevenida de las circunstancias*, funcionalizado a la calificación técnico-jurídica del despido colectivo y el despido objetivo económico, vid. MONEREO PÉREZ, J.L./FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Caracterización técnico jurídica del fenómeno extintivo producido por causas del funcionamiento de la empresa: artículos 51 y 52.c) LET”, REDT, n^o 85, 1997, pp. 685-695.

⁷³⁸ Vid. MONEREO PÉREZ, J.L/ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Caracterización técnico-jurídica...”, cit., pg. 678; BOSELLI, A.: *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, Torino, 1952, pp. 32 y ss.; DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, Madrid, 1991, pg. 313 y ss.

la subsistencia de la relación contractual está ligada a la subsistencia de determinadas circunstancias concurrentes en el momento de celebración del negocio, debidamente presupuestas por las partes y cuya alteración no era previsible en el momento genético, de modo que, desaparecidas o alteradas dichas circunstancias durante el desarrollo del contrato, éste podrá resolverse si deviene falta de sentido, de fin o de objeto ⁷³⁹. Las principales insuficiencias que la doctrina achaca a esta teoría se centran, por un lado, en su voluntarismo ficticio pues, sin perjuicio de la hipotética existencia de una voluntad implícita de las partes del contrato, hay circunstancias objetivamente imprescindibles para el desarrollo de la relación obligatoria cuya modificación, por si misma, ha de repercutir en su régimen jurídico ⁷⁴⁰; por otro lado, en su inconcreción en orden a las circunstancias que deben mantenerse inalteradas y, por fin, en el recelo que suscita en la jurisprudencia determinante de su aplicación en términos muy restrictivos y excepcionales ⁷⁴¹, así como el reconocimiento de unos efectos meramente modificativos y nunca extintivos del contrato ⁷⁴². De la formulación general, como se ve, nada permite extraer la conclusión de que la cláusula *rebus sic stantibus* pueda justificar un incumplimiento de las obligaciones contractuales del empresario que enervara la acción resolutoria a instancia del trabajador.

La denominada teoría de la imprevisión es la contribución de la doctrina y jurisprudencia francesas al problema de la alteración sobrevenida de las circunstancias ⁷⁴³. Su formulación se resume en admitir la ruptura del vínculo contractual en los casos en que sobrevengan circunstancias extraordinarias

⁷³⁹ Vid. DIEZ PICAZO, L.: Fundamentos..., cit., pg. 888.

⁷⁴⁰ Vid. GHESTIN, J.: *Traité de Droit Civil*, París, 1992, pg.296; DIEZ PICAZO, L.: Fundamentos..., op. cit., pg. 889.

⁷⁴¹ La jurisprudencia ha considerado como premisas de su aplicación: a) una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de ejecución del contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; b) una desproporción exorbitante entre las prestaciones de las partes que derrumben el contrato por aniquilación de las prestaciones, y c) que todo ello acontezca por la sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles.

⁷⁴² Para un juicio crítico de la categoría y su tratamiento jurisprudencial, vid. Diez Picazo, L., op. cit., pp.889 y 893-895.

⁷⁴³ Exponentes de esta teoría son GHESTIN, J.: *Traité...*, cit., pp. 288 y ss.; DELMAS-SAINT HILAIRE, J.P.: *L'adaptation du contract aux circonstances économiques*, en VV.AA. "La tendance à la stabilité du rapport contractuel", *Études de droit privé*, Durand, P. (dir.), París, 1960, pg. 189; De LAMBERTERIE, I.: *Incidente des changements de circonstances sur les contrats de longue durée*, en "Modifications du contrat au tours de son exécution enraison de circonstances nouvelles", RODIER, R. y TALON, D. (dirs.), Pédone, 1986; Mousseron, J.M.: *La gestion des risques par le contrat*, RTDC, 1988, pg. 481.

imprevistas e imprevisibles para los contratantes que entrañan un desequilibrio, principalmente monetario, entre las prestaciones recíprocas determinante de una extrema dificultad o desproporcionada onerosidad en la ejecución del contrato ⁷⁴⁴. Soslayando las insuficiencias detectadas en su debatida fundamentación jurídica ⁷⁴⁵, lo que interesa resaltar aquí, en su proyección específica en el contrato de trabajo, es su ineficiencia para justificar un incumplimiento de las obligaciones contractuales inherentes al empleador que enervaran la posibilidad de acudir a la dimisión provocada.

La respuesta de la doctrina germana al problema que tratamos viene dada por la teoría de la base del negocio cuya versión más completa corresponde a Larenz ⁷⁴⁶, según el cual el contrato puede corregirse o resolverse cuando una mutación sobrevenida de las circunstancias hace desaparecer la base subjetiva – entendida en referencia a las circunstancias que las partes conjuntamente tuvieron en cuenta y cuya persistencia esperaban al contratar- y objetiva del negocio –configurada por las circunstancias que objetivamente son indispensables para que el contrato siga vigente-. La base del negocio, según esta categorización, desaparece bien al producirse un desequilibrio entre las prestaciones recíprocas que destruya la relación de equivalencia, o bien cuando simplemente se frustre la finalidad objetiva del contrato. De nuevo aquí, por lo que a la operatividad de la dimisión provocada interesa, esta doctrina tampoco avalaría un incumplimiento empresarial que pretendiera sustentarse en la ruptura de la base del contrato de trabajo causada por ulteriores circunstancias que destruyesen la relación de equivalencia prestacional o frustasen la función o finalidad típica del vínculo, y por tanto no incidiría en sentido excluyente de la dimisión provocada, sino que, contrariamente, sirve de base a mecanismos jurídico-positivos de modificación, suspensión o extinción contractual a implementar por el empleador afectado. Es más, en mi opinión, la doctrina de la base del negocio podría, incluso, servir de argumento de refuerzo para permitir la resolución contractual a instancia del trabajador

⁷⁴⁴ Repárese en la proximidad de la teoría de la imprevisión y la noción de fuerza mayor, residiendo la diferencia entre ambas en que mientras con la fuerza mayor el cumplimiento de la prestación deviene imposible, en la teoría de la imprevisión el cumplimiento se dificulta o resulta más oneroso; vid. Ghestin, J., op. cit., pp. 317-318-

⁷⁴⁵ Vid. in extenso al respecto, MONEREO PÉREZ, J.L./ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Caracterización técnico-jurídica...”, cit., pp.687-688.

⁷⁴⁶ LARENZ, K.: Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos, cit.

cuando el empresario no hiciera uso diligentemente de los medios jurídicos de corrección oportunos para evitar el incumplimiento.

Resta finalmente dar cuenta de la teoría de la excesiva onerosidad sobrevenida que tributaria de la doctrina italiana ⁷⁴⁷ y positivizada en los arts. 1467 y 1469 del Código Civil italiano, goza de gran acogida en el seno de nuestra doctrina iuslaboralista en orden, principalmente, a categorizar las vicisitudes extintivas del contrato de trabajo por causas inherentes al funcionamiento de la empresa ⁷⁴⁸. Conforme a ella, es posible la modificación o extinción del contrato en el supuesto de que, a consecuencia de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la prestación a cargo de uno de los contratantes devenga excesivamente onerosa respecto al valor de la contraprestación, produciéndose, así, un vicio funcional de la causa del contrato. Las más señaladas carencias de esta construcción residen, por un lado, en la exigencia de que las nuevas circunstancias sean imprevisibles, en tanto que la configuración causal de los instrumentos arbitrados por nuestro ordenamiento para que el empresario puede adaptarse a ellas y restablecer el equilibrio prestacional apuntan a su previsibilidad acogiendo, pues, reorganizaciones finalistas⁷⁴⁹; por otro lado esta teoría únicamente abarca nuevas circunstancias que impliquen una desproporción entre las prestaciones, pero deja fuera de su ámbito los supuestos en que, manteniéndose la equivalencia, lo que se produce es una frustración del fin objetivo del contrato ⁷⁵⁰. El restrictivo alcance del que, en este último sentido, adolece la teoría de la excesiva onerosidad ha tratado de corregirse por algunos autores desde una concepción más flexible, pero nada pacífica, que postula que la excesiva onerosidad ha de vincularse también a los casos en que se produce una “disminución de la utilidad de la contraprestación”, entendida como un agravio patrimonial actual y además como agravio virtual, o

⁷⁴⁷ Vid. como autores y obras de referencia en esta materia, BRACCIANTI, C.: *Degli effetti della eccessiva onerosità sopravveniente nei contratti*, Milano, 1946; BOSSELLI, A.: *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, Torino, 1952; DE MARTINI, A.: *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, Milano, 1950; PINO, A.: *La excesiva onerosidad de la prestación*, trad. MALLOL, F., Barcelona, 1959; TREU, T.: *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, Milano, 1968.

⁷⁴⁸ Vid. SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: “La resolución del contrato por excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación del empresario”, RPS, n° 56, 1962.

⁷⁴⁹ En este sentido, MONEREO PÉREZ, J.L./ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “Caracterización técnico-jurídica...”, cit., pp. 692.

⁷⁵⁰ Vid. DIEZ PICAZO, L.: *Fundamentos...*, cit., pg. 891.

en otras palabras, comprensiva del daño emergente y del lucro cesante⁷⁵¹, lo que la convertiría en una construcción más adecuada para la categorización de las diversas medidas reorganizativas basadas en causas económicas reguladas en el Estatuto de los Trabajadores.

Del mismo modo en que sucedió con las anteriores construcciones teóricas incardinadas en la categoría de la alteración sobrevenida de las circunstancias, ésta última de la excesiva onerosidad, independientemente de su idoneidad para dotar de fundamento jurídico a otras vicisitudes modificativas, suspensivas o extintivas de la relación laboral reposadas normativamente en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción⁷⁵², no resulta suficiente para dar cumplido fundamento a un incumplimiento grave del empresario de sus obligaciones frente al trabajador excluyendo la dimisión provocada.

En conclusión, cabe afirmar que ninguna de las categorías jurídico-contractuales que tradicionalmente han buscado la solución al problema de alteración sobrevenida de las circunstancias en su proyección específica en el contrato de trabajo, pueden servir de basamento para explicar o justificar un incumplimiento empresarial grave de las obligaciones contractuales y en consecuencia no pueden ser utilizadas en orden a dotar de fundamento jurídico a la exclusión del derecho potestativo del trabajador afectado por dicho incumplimiento a la dimisión provocada. Es más, como se ha visto, todas las construcciones teóricas manejadas contribuyen, con mayor o menor acierto, a categorizar desde un punto de vista técnico-jurídico los remedios que, para los supuestos de alteración sobrevenida de las circunstancias concurrentes en la relación contractual, el ordenamiento laboral pone a disposición del empresario para corregir los efectos adversos que de esa alteración devienen y cuya utilización evitaría el incumplimiento: la movilidad geográfica ex art. 40.1 ET, la modificación sustancial de condiciones de trabajo ex art. 41 ET, la suspensión contractual ex arts. 45.1.j) y 47 ET y los despidos ex arts. 51 y 52.c) ET. De modo que si el empresario no adopta ninguno de estos instrumentos legales a su alcance y se limita a incumplir sus obligaciones contractuales para hacer frente a las circunstancias sobrevenidas, estará incurriendo en un

⁷⁵¹ MONEREO PÉREZ, J.L./ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., op. cit., pg. 691.

⁷⁵² Ibidem, pp. 692-693.

incumplimiento que, precisamente por dicha razón deberá ser calificado de grave además de imputable al empresario a título de culpa por la negligencia que lo acompaña, quedando integrado, sobradamente, el tipo configurado en el art. 50.1 ET.

Esta es, por otra parte, la postura mayoritariamente adoptada por nuestros los Tribunales laborales al enfrentarse a demandas de resolución del contrato de trabajo al amparo del art. 50 ET en las que el empresario se opone a petición extintiva del trabajador alegando que el incumplimiento, normalmente relativo a obligaciones salariales o en materia de Seguridad Social, no reúne los requisitos de gravedad y culpabilidad por la existencia de una crisis empresarial, o, más concretamente, por estar incurso la empresa en un procedimiento concursal. En este sentido, es paradigmática la doctrina unificadora del Tribunal Supremo ⁷⁵³ según la cual “cuando exista una situación de impago de salarios como comportamiento empresarial continuado y persistente concurre el requisito de la gravedad de la conducta empresarial que justifica la extinción contractual a instancia del trabajador «ex» art. 50.1 b) ET, con independencia a estos fines de que tal retraso no esporádico sea debido al arbitrio injustificado del empresario o derive de una imposibilidad total o parcial debida a circunstancias económicas imputables o no a aquél. En efecto, pues si tal situación de crisis económica concurre impidiéndole cumplir con su obligación de pago puntual de salarios la norma estatutaria le posibilita el acudir a las formas de modificación de las condiciones de trabajo, suspensión o extinción «ex» arts. 41, 47, 51 ó 52 c) ET, pero no puede obtener por su propia autoridad y contra la voluntad de los trabajadores afectados una quita o aplazamiento en el pago de sus obligaciones salariales, por lo que de no acudir a tales figuras y persistir en su continuado incumplimiento existe justa causa para la extinción contractual «ex» art. 50.1 b) ET a instancia de los trabajadores afectados. En suma, que una situación económica adversa, ponderable a

⁷⁵³ Vid. STSud 25-1-1999 (RJ 898), F.j. 2º y 4º. En el mismo sentido, reiterando la doctrina sentada en la sentencia anterior, vid. SSTSud 21-11-2000 (RJ 1033) F.j. 3º; 22-11-2000 (RJ 10423) F.j. 3º; STSJ País Vasco 23-5-2000 (AS 3294); STSJ Castilla-La Mancha 11-10-2001 (AS 2106); STSJ Navarra 19-11-2002 (AS 4175); STSJ Asturias 1-5-2002 (AS 926); STSJ Castilla y León 18-2-2003 (AS 1242); STSJ Andalucía 20-2-2003 (AS 1149); STSJ Andalucía 8-10-2003 (AS 881); STSJ Madrid 20-12-2002 (AS 2003, 1568); STSJ Andalucía 20-2-2003 (AS 1110). Aplicando esta misma doctrina para un supuesto de suspensión de pagos, vid. STSJ Madrid 17-10-2000 (AS 4679) y para un supuesto de solicitud de quiebra de la empresa, STSJ Cataluña 2-10-2001 (AS 4656).

efectos de posibilitar la modificación, suspensión o extinción de los contratos de trabajo, no es aducible, sin embargo, para excluir la aplicación de la causa resolutoria «ex» art. 50.1 b) ET, ya que dicha situación no afecta al esencial deber de abonar puntualmente los salarios”.

De conformidad con la doctrina legal, pues, la dimisión provocada no está ni mucho menos excluida en un contexto de crisis empresarial cualquiera que sea el incumplimiento invocado por el trabajador –y no sólo los atinentes a derechos económicos del trabajador-, sino que, contrariamente, puede contribuir a agravar el incumplimiento resolutorio e, incluso, a incorporarle el ingrediente de la culpabilidad, que si bien, como se ha visto, no se precisa para que queden integradas las justas causas de resolución, aquí vendría dado, como argumento de refuerzo, por la negligencia en la que el empresario incurre al no valerse de los medios lícitos que le ofrece específicamente el ordenamiento laboral para enfrentarse a este tipo de situaciones. En un escenario de estas características, la única circunstancia que enervaría la acción resolutoria del trabajador sería la existencia de un pacto individual o un Acuerdo de Empresa previo de aplazamiento de los pagos salariales y/o de conceptos no salariales, ya que en tal caso este tipo de pactos impondrían el principio de solidaridad entre toda la plantilla que debe prevalecer sobre el interés particular del trabajador que pretende la resolución indemnizada ⁷⁵⁴.

A mayor abundamiento, el Tribunal Supremo, también en unificación de doctrina, desautorizando pronunciamientos de suplicación anteriores de corte restrictivo al respecto ⁷⁵⁵, ha negado que el inicio por la empresa de un Expediente de Regulación de Empleo en búsqueda de una suspensión contractual ex art. 47 ET o de un despido colectivo del art. 51 ET tenga efectos impeditivos de la dimisión provocada, dejando sentado que “ningún precepto legal establece expresamente ni permite inferir por vía interpretativa, que el inicio por la empresa y subsiguiente tramitación del ERE sean circunstancias que enerven el ejercicio de la acción resolutoria por el trabajador ante

⁷⁵⁴ En este sentido, vid. STSJ Madrid 20-12-2002 (AS 2003, 1568); STSJ Andalucía 8-10-2003 (AS 881).

⁷⁵⁵ Vid. por ejemplo, STSJ Castilla y León 3-4-2000 (AS 2146) en la que se rechaza la viabilidad de la acción resolutoria al estar pendiente de resolución el ERE, entendiéndose que la dimisión provocada del trabajador, en ese escenario, puede constituir una estrategia para obtener una indemnización mayor a la establecida en el art. 51 ET en contra del principio de solidaridad que debe primar frente al interés particular del trabajador.

incumplimientos tipificados en el art. 50 ET”, rechazando así la existencia de una suerte de “litispendencia” en el juicio que sustancie para conocer de la solicitud de resolución del trabajador por la latencia de un ERE pendiente de resolución ⁷⁵⁶. En cambio, en pro de la tesis contraria, existen preceptos legales expresos, tales como el propio art. 50 ET, que confiere al trabajador, sin ninguna limitación, la acción resolutoria contractual, cuyo ejercicio -así como el de cualquier otra acción individual derivada del contrato- constituye un derecho laboral básico a tenor del art. 4.2 g) del mismo Texto estatutario, precepto este último que supone el reflejo en un aspecto particular y concreto del derecho fundamental al libre acceso a los Tribunales y a la tutela judicial efectiva que consagra de manera general el art. 24.1 CE ⁷⁵⁷.

Por consiguiente, se impone la conclusión de que en tanto el contrato de trabajo esté vigente al no estar aún resuelto en sentido autorizante el ERE iniciado antes o tras la presentación de la demanda de resolución, no hay obstáculo legal alguno ni para la interposición de la misma, ni para que el juzgador dicte sentencia resolviendo el fondo de la pretensión, ya sea para estimarla, o ya para desestimarla, a la vista de las alegaciones y pruebas de ambas partes, en tanto en cuanto es preciso distinguir entre el derecho de acceso al proceso, que debe reconocérsele al trabajador, y la acomodación o no a Derecho de sus pretensiones ⁷⁵⁸.

⁷⁵⁶Vid. STSud 5-4-2001 (RJ 4885) para la que ningún precepto legal en nuestro Ordenamiento jurídico se pronuncia de manera expresa en el sentido en el que se orienta la Sentencia recurrida, esto es, en el prohibir el ejercicio de la acción que a los trabajadores confiere el art. 50 del ET encaminada a obtener la resolución del contrato, con base en los incumplimientos graves por parte del empresario que en dicho precepto se contemplan, por el hecho de que, previamente a la interposición de la demanda, haya solicitado el patrono, a través del correspondiente ERE, la extinción de los contratos al amparo de lo previsto en el art. 51 del propio Estatuto. Dicho en otras palabras: el ejercicio por parte del empresario ante la Administración de la facultad que le confiere el art. 51 del ET, mientras el expediente se encuentre pendiente de decisión, no constituye, conforme a ningún precepto legal que así lo disponga de manera expresa, ningún óbice para el ejercicio por parte de uno o varios trabajadores del derecho que a éstos les otorga el art. 50, ni siquiera cuando la causa de pedir por parte de empleador y empleados fuere idéntica (como en el presente caso, en que la empresa se apoyaba en una crisis económica que decía impedirle satisfacer los salarios, y los trabajadores aducían precisamente este impago salarial como apoyo de su pretensión), de tal suerte que, en principio, no puede aducirse una especie de «excepción de litispendencia» en el proceso judicial instado por los trabajadores, por el hecho de la latencia del expediente administrativo incoado a solicitud del empresario.

⁷⁵⁷ En este sentido, vid. STSud 5-4-2001 citada en nota anterior.

⁷² Acogiendo esta doctrina unificadora, vid. STSJ Castilla y León 17-12-2001 (AS 226); STSJ Comunidad Valenciana 26-6-2002 (AS 466); STSJ Madrid 18-12-2002 (AS 658); STSJ Madrid 26-11-

En suma, a la vista de lo aducido por la jurisprudencia y sobre la base de una interpretación conjunta de los apartados b) y c) primer inciso del art. 50 ET debe rechazarse cualquier solución que pase por excluir del ámbito aplicativo del dicho precepto estatutario cualquier incumplimiento empresarial de sus obligaciones contractuales –no sólo, por tanto, los concernientes a materia salarial o prestaciones de Seguridad Social- presunta o efectivamente derivados de una crisis de la empresa, de modo tal que frente a ellos el trabajador concernido por el incumplimiento podrá optar por la dimisión provocada, tanto cuando la empresa, en conducta negligente, no haga uso de los instrumentos legales o convencionales arbitrados para viabilizar reorganizaciones productivas, como, incluso, en los supuestos en que, habiendo acudido a ellos, el procedimiento esté pendiente de resolución, sin que en tal caso la conducta del trabajador deba ser considerada contraria a la buena fe o constitutiva de abuso de derecho o fraude de ley ⁷⁵⁹.

Otra cosa es que interpuesta por el trabajador la demanda de resolución conforme al art. 50 ET y admitida por el juzgador *a quo*, el ERE se resuelva en sentido autorizante del despido colectivo solicitado por la empresa antes de que se celebre el juicio para entrar en el fondo de la pretensión del trabajador, en cuyo caso, dado que la sentencia que declare la extinción contractual al amparo de aquél precepto estatutario tiene carácter constitutivo, la relación laboral del demandante, al tiempo de enjuiciar si procede o no la dimisión provocada, ya no estaría vigente. En tal caso, al no cumplirse el requisito general impuesto por la jurisprudencia de que el contrato continúe vivo para que pueda operar la dimisión provocada, la pretensión resolutoria basada en el art. 50 tendría que desestimarse ⁷⁶⁰.

3.3 Conclusión jurídico-crítica

2002 (AS 2003,1213).En contra, rechazando la resolución por estar pendiente el ERE, STSJ Asturias 1-5-2002 (AS 926).

⁷⁵⁹ Vid., en este sentido, STSJ Castilla y León 17-12-2001 (AS 2002, 226) F.j. 7º, en la que se sostiene que “reconocido el derecho de acceso al proceso por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la posibilidad de extinguir las relaciones laborales aun pendiente un expediente de extinción de contratos de trabajo, lo que ha de analizarse es si los trabajadores incurrir en abuso de derecho, ejercicio antisocial o fraude de ley. Desde luego entiende esta Sala que los trabajadores no incurrir en ningún abuso de derecho, sino que actúan la única posibilidad que tienen”.

⁷⁶⁰ De este modo se infiere *sensu contrario* de la sentencia TSud 5-4-2001, cit. En este sentido, desestimando la resolución solicitada por el trabajador por razón de que su relación laboral con la empresa ya estaba extinguida de antemano por estar comprendido en el ERE resuelto con anterioridad, vid. STSJ Comunidad Valenciana 26-6-2002 (AS 466); STSJ Madrid 10-1-2003 (AS 1460).

A modo de corolario de esta argumentación, ha de llegarse a la conclusión de que, desde una interpretación conjunta de todas sus aperturas causales, la dimisión provocada regulada en el art. 50 ET no está condicionada a requisito alguno de culpabilidad del incumplimiento empresarial, cuya existencia a efectos de la resolución a instancia del trabajador, cualquiera que sea el tipo de incumplimiento –modificación sustancial cualificadamente lesiva, impago o retrasos salariales, negativa del empresario a reintegrar al trabajador en sus condiciones laborales tras sentencia que declare injustificada o nula la modificación, falta de ocupación efectiva y cualesquiera otros reconducibles a la cláusula general definitoria del precepto-, debe apreciarse conforme a un criterio objetivo independiente de la concurrencia de culpabilidad del empresario. Por tanto, los incumplimientos que traigan causa en la reorganización productiva por necesidades de funcionamiento de la empresa, incardinables en la categoría general de la *alteración sobrevenida de las circunstancias* e, incluso, de fuerza mayor no deben considerarse excluidos del ámbito material del artículo 50 ET.

III. IDENTIFICACIÓN Y SISTEMATIZACIÓN DE INCUMPLIMIENTOS EMPRESARIALES ESPECÍFICOS SUBSUMIBLES EN EL ART.

50.1. C) LET

Puesto ya de manifiesto que el primer inciso de la letra c) del art. 50 ET acoge una cláusula general abierta que sirve de cauce de entrada en el ámbito aplicativo de la figura de la dimisión provocada a otros incumplimientos graves del empresario diversos a los especificados en los restantes apartados del precepto, se hace precisa su identificación y sistematización sobre la base de la jurisprudencia existente sobre la materia.

Aunque en teoría una cláusula de este tipo está llamada a propiciar una variada casuística jurisprudencial, lo cierto es que, descendiendo al plano de la realidad, el análisis de los pronunciamientos judiciales recaídos sobre la base del art. 50.1.c), primer inciso ET, revela que es posible su tratamiento sistemático agrupándola en cuatro bloques: 1) incumplimientos empresariales

conectados con los especificados en los apartados a), b) y c), segundo inciso, pero no enteramente subsumibles en el tipo legal; 2) incumplimiento de la obligación de ocupación efectiva; 3) conductas empresariales, diversas a la modificación sustancial, lesivas de la dignidad del trabajador y 4) conductas empresariales lesivas de derechos fundamentales.

1. Incumplimientos conectados pero no subsumibles en los tipos de los apartados a) y b) y segundo inciso del art. 50.1. c) ET

Dentro de este primer grupo se encuadran conductas empresariales incumplidoras de obligaciones contractuales que, aunque próximas a los incumplimientos resolutorios tipificados en los apartados a), b) y primer inciso del apartado c) del art. 50 ET, no encuentran perfecto acomodo en ellos. Se trata en primer lugar, de alteraciones de las condiciones laborales del trabajador que, aunque no puedan considerarse formalmente modificaciones sustanciales por su irregularidad procedimental, provocan un perjuicio a la dignidad y/o formación. En segundo término, están los incumplimientos de orden retributivo no relativos a salarios, sino a retribuciones no salariales tales como: suplidos, indemnizaciones y pagos delegados o mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social. Y por último, si se acoge la argumentación dada en su momento, la negativa del empresario a reintegrar al trabajador en sus condiciones de trabajo originales después de haber recaído sentencia que declare la nulidad de la modificación operada.

1.1 Perjuicio cualificado sin modificación sustancial

Cuando se analizaron los elementos configuradores del supuesto de hecho tipificado en la letra a) del art. 50, se concluyó que el legislador ha dispuesto que sean dos: la modificación sustancial de condiciones de trabajo y el perjuicio que dicha modificación irroga a la dignidad y/o la formación profesional del trabajador implicado, pero también se fundamentó que el ingrediente que determina en puridad la existencia de incumplimiento empresarial grave en este caso es el perjuicio cualificado que acompaña a la medida modificativa. De este modo, una modificación sustancial desvinculada de perjuicio cualificado debe considerarse extramuros del ámbito de la dimisión provocada, ya que al

entenderse que en este caso no hay incumplimiento no cabría apelar ni al apartado a) ni tampoco a la cláusula general de la letra c) del art.50 ET , sin perjuicio, claro está, de su reconducción a la vía extintiva de los arts. 40 y 41, conforme a los cuales el trabajador puede dimitir con indemnización menor.

Sin embargo, no puede sostenerse la misma solución en el supuesto de la conducta empresarial que, aun no pudiendo calificarse de modificación sustancial, irrogue aquél perjuicio específico o cualificado al trabajador, ya que, como ha sostenido la doctrina, siendo el perjuicio cualificado lo que inscribe a la conducta empresarial en el incumplimiento requerido en el art. 50.1.a), “lógico es que mantengamos que la existencia de dicho perjuicio en otro tipo de conductas del empresario han de revestir a éstas de un barniz de incumplimiento necesario para permitir igualmente la resolución indemnizada del contrato”, esta vez a través del cauce de la letra c) dada su mayor amplitud⁷⁶¹.

Conformes con este argumento dado que como, más adelante se verá, la jurisprudencia reconduce al art. 50,c) diversas conductas empresariales vejatorias atentatorias a la dignidad del trabajador, la reflexión debe centrarse ahora, de acuerdo con la clasificación anteriormente propuesta, en las medidas modificativas empresariales cualificadamente lesivas pero que al no adecuarse a la formulación legal de la vicisitudes normativizadas en los arts. 40.1 y 41ET, no son encuadrables en el apartado a) del art. 50.1 ET. Se trata de modificaciones de fuerte intensidad y concernientes a condiciones de trabajo relevantes en el marco de la relación laboral que la tornan notoriamente diferente a su configuración original, pero aplicadas por el empresario de modo tan flagrantemente irregular en el plano formal o procedimental que resultan irreconocibles como tales conforme a la formulación legal de la figura ex arts. 40.1 y 41 ET, aunque constituyan en el fondo y de *facto* modificaciones sustanciales⁷⁶².

⁷⁶¹ En este sentido, vid. SEMPERE NAVARRRO, A./SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., op. cit., pg. 103. También admitiendo el encuadramiento en el art. 50.1.c) ET de modificaciones no sustanciales provocadoras de perjuicio cualificado, DE MIGUEL LORENZO, A.M.: La extinción causal del contrato de trabajo...”, cit., pg.103

⁷⁶² El Tribunal Supremo, en unificación de doctrina, se ha referido a estas modificaciones excluyendo su impugnabilidad por el cauce del art. 138 LPL reconduciéndola al procedimiento ordinario o al procedimiento de conflicto colectivo (según sean individuales o colectivas), sobre la base de una

Respecto a ellas la doctrina ha defendido su virtualidad a efectos de dimisión provocada postulando su encuadramiento en la letra c)1^o del art. 50 ET, con independencia, incluso, de que produzcan perjuicio cualificado al trabajador, considerando que de por sí constituyen un incumplimiento grave del empleador de la obligación de realizar conforme a Derecho las modificaciones sustanciales, solución que, además de parecer venir avalada por la doctrina legal⁷⁶³, desde aquí debe compartirse, puesto que, aun tratándose de una obligación *ex lege*, al empleador le concierne frente y en beneficio del trabajador en el marco de la relación laboral al tratarse de límites de los poderes organizativos establecidos como garantía frente al trabajador afectado.

Admitida esta posibilidad, tanto más debe admitirse el encaje en el art. 50 ET, a través de la cláusula general, de estas mismas modificaciones sustanciales *de facto*, que no de derecho, cuando irroguen al trabajador un perjuicio a su formación profesional y/o un menoscabo de su dignidad, ya que lo contrario implicaría la aporía de ignorar aquí precisamente el ingrediente determinante de que el legislador considere la modificación sustancial regular contemplada en la letra a) como constitutiva de incumplimiento grave, bastando al empresario eludir conscientemente los requisitos formales o procedimentales en la aplicación de la medida modificativa para evitar la solicitud de resolución por el trabajador pese a producir perjuicio específico.

Por lo demás, en lo relativo a la exigencia de gravedad, ninguna duda cabe de que la conducta descrita por parte del empresario reviste en sí y por sí misma entidad suficiente dentro del *aleas* del contrato, tal y como a apuntado tangencialmente el Tribunal Supremo, ya que implica la infracción de límites de derecho imperativo con finalidad garantista del trabajador frente a los poderes empresariales, como evidencia el hecho de que su omisión sería determinante de la declaración de nulidad de la medida si el trabajador optase por la

interpretación pro operario que permita soslayar el plazo de caducidad anudado al primer cauce impugnatorio; vid. SSTs Sud 18-7-1997 (RJ 6354); 7-4-1998 (RJ 2690); 11-5-1999 (RJ 4721); 10-4-2000 (RJ 3523); 18-9-2000 (RJ 8333). En la misma línea, SSTs 15-1-2001 (RJ 770); 6-3-2001 (RJ 2836).

⁷⁶³ Vid. NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “Extinción del contrato...”, cit., pg. 1082; RODRÍGUEZ-PIÑERO, M./FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: La voluntad del trabajador en la extinción..., cit., pg. 18. En cierto modo esta solución podría inferirse de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que en las sentencias citadas en nota precedente, reconoce expresamente que tal conducta empresarial implica un incumplimiento grave del empresario.

exigencia de cumplimiento a través de la correspondiente impugnación judicial
764

1.2 Incumplimiento de obligaciones económicas de naturaleza extrasalarial.
Especial referencia a las prestaciones de Seguridad Social de pago directo y delegado y a los salarios de tramitación en despido improcedente o nulo

Como se sabe la apertura causal específica establecida en la letra b) del art. 50 sólo da cabida a incumplimientos empresariales concernientes a obligaciones de carácter estrictamente salarial, de modo que doctrina y jurisprudencia, unánimemente, reconducen al primer inciso de la letra c) los incumplimientos referidos al pago de cantidades no salariales que, en analogía con lo previsto en la letra b), deben concretarse en impago o retrasos continuados en su abono y revestir gravedad, sin que sea exigible, sin embargo, la culpabilidad.

Reiterando la argumentación formulada al hilo de la delimitación de la causa de dimisión provocada formulada en el apartado b) del art. 50 ET⁷⁶⁵, en buena técnica jurídica la frontera entre lo que debe concebirse como salario y los conceptos retributivos carentes de esta naturaleza dentro del conjunto de diversas percepciones económicas del trabajador, debe definirse en clave causal más allá de la línea diversificadora operada por la simplificadora técnica excluyente utilizada por el legislador en el art. 26.2 ET en relación con el apartado 1 del mismo precepto.

De este modo, debe prevalecer una interpretación conjunta del bloque normativo ordenador del salario que conectando el apartado 2º del art. 26 con su apartado 1º, éste último a *sensu contrario*, conduce a la tesis de que toda controversia que pueda suscitarse acerca de la naturaleza jurídica de una concreta percepción económica del trabajador habrá de dirimirse conforme a un criterio eminentemente causal, es decir atendiendo a su causa o, lo que es lo mismo, a la función que jurídicamente se le atribuya que puede ser retributiva, indemnizatoria, compensatoria, asistencial, “previsional” o responder a una mera liberalidad del empleador. Desde esta perspectiva analítica basada

⁷⁶⁴ Vid. supra Cap. III, II, 2.3.

⁷⁶⁵ Vid. supra Parte II, Cap. II.

en la "causa", serán salario los conceptos económicos que cumplan una función directa o indirectamente retributiva de la prestación de trabajo, en tanto que carecerán de esta naturaleza, estén o no contemplados expresamente en el art. 26.2 ET, los que, desprovistos de aquélla causa retributiva, lleven anudada cualquiera de las restantes funciones mencionadas ⁷⁶⁶.

Con este enfoque, la naturaleza extrasalarial será predicable no sólo de los conceptos expresamente incluidos en el listado legal del art. 26.2 ET, sino también de otros como: la compensación económica propia de los pactos de exclusividad que lleva anudada una función indemnizatoria; los salarios de tramitación, a los que, aun no siendo pacífica su naturaleza en la doctrina, la jurisprudencia les atribuye carácter indemnizatorio; así como de las aportaciones empresariales a fondos de inversión de los asalariados ⁷⁶⁷, las mejoras voluntarias de las prestaciones directas de la Seguridad Social ⁷⁶⁸ y las aportaciones satisfechas por el empresario a Fondos y Planes de Pensiones ⁷⁶⁹ caracterizadas todas ellas por una finalidad "previsional" y no estrictamente retributiva.

Centrándonos en la identificación de los incumplimientos de esta índole reconducibles a la letra c) del art. 50 ET, los predominantes en sede jurisprudencial son los atinentes a obligaciones del empresario en materia de

⁷⁶⁶ En este sentido, vid. CRUZ VILLALÓN, J. : " El régimen jurídico del salario como instrumento de política económica" en AA.VV. Reforma de la Legislación Laboral, Universidad de Sevilla, 1997, pg.97, para el que aunque se considere que el listado del art. 26.2 no constituye un *numerus clausus*, en todo caso exige la concurrencia de un elemento de causalidad en cada supuesto que justifica su exclusión del ámbito del salario; MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., op. cit., p75-80.

⁷⁶⁷ Sobre éstas se ha dicho que aunque se insertan en una categoría próxima al salario y están dotados de un efecto sustitutivo de los incrementos salariales, resulta ajena al salario propiamente dicho atendiendo a su origen, causa y dinámica funcional, vid. MONEREO PÉREZ, J.L.: " La estructura del salario", cit., pp.146-147.

⁷⁶⁸ Sobre su naturaleza extrasalarial se han pronunciado GALIANA MORENO, J.M. y SEMPERE NAVARRO, A.V.: "La limitación legal de las mejoras voluntarias establecidas en convenio colectivo a cargo de empresa pública", AL, n^o 8, 1987, pg. 395; NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: "Extinción del contrato por voluntad del trabajador" cit., pg. 1074; MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., op. cit., pp.191-193. En contra, vinculándolas a un concepto amplio de salario, vid. DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M.L.: " Las mejoras voluntarias de protección social: Naturaleza y régimen jurídico", TL, n^o 36, 1995, pp. 93-97; MARTÍN VALVERDE, A.: Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social, Instituto García Oviedo, Univ. Sevilla, 1970, pp. 27 y ss.; CASAS BAHAMONDE, M.E.: Autonomía colectiva y Seguridad Social, IES, Madrid, 1977, pg. 250.

⁷⁶⁹ Sin ánimo de entrar en otras diversas implicaciones jurídico-laborales, algunos autores han manejado la hipótesis de su posible consideración como salario en especie, vid. al respecto, ALVAREZ DE LA ROSA, M.: "El complemento extrasalarial de prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social", en AA.VV. Estudios sobre el salario, Acarl, Madrid, 1993, pg. 527; MONEREO PÉREZ, J.L.: Público y Privado en el sistema de pensiones, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 258 y ss., aunque éste último autor se inclina finalmente por su calificación de partidas extrasalariales en, Los Planes de pensiones del sistema de empleo, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, pp.74 y ss.

Seguridad Social y particularmente los que conciernen al pago delegado de prestaciones y de mejoras voluntarias. Son además los que suscitaron en su momento un interesante debate acerca de su inclusión en el ámbito del art. 50 ET por el discutido carácter contractual de las obligaciones concernidas y aunque esta cuestión ya fue tratada con anterioridad, conviene traerla de nuevo a colación.

Así, en lo concerniente a los incumplimientos empresariales en materia de Seguridad Social, la doctrina ha mantenido tradicional y mayoritariamente, sobre la base de una interpretación flexible de lo que debe considerarse por incumplimiento contractual, que son incumplimientos resolutorios subsumibles en el primer inciso del ap. c) del art. 50, la falta de pago o los retrasos continuados en el abono tanto de los pagos delegados de prestaciones de Seguridad social, como los de las mejoras voluntarias⁷⁷⁰, admitiendo, sin embargo, la exclusión de los incumplimientos de las obligaciones de afiliación, alta o cotización⁷⁷¹.

Por lo que respecta a los primeros, como ya se comentó con anterioridad, contrariamente a lo acontecido en la doctrina científica, su consideración como incumplimientos con virtualidad en orden a la dimisión provocada no ha sido pacífica en sede jurisprudencial. En efecto, iniciales pronunciamientos del Tribunal Supremo desestimaron la pretensión resolutoria del trabajador fundada en la falta de abono por el empresario de los pagos delegados de las prestaciones de Seguridad Social o de mejoras voluntarias a ella vinculadas, con el fundamento jurídico de que frente a tales incumplimientos no procedía la acción resolutoria del contrato, sino la acción directa contra la Entidad Gestora en exigencia del pago⁷⁷². Esta inicial postura excluyente fue corregida por posterior doctrina unificada que vino a admitir expresamente la resolución del contrato a instancia del trabajador, a través del cauce de la cláusula genérica ex art. 50 c) ET, afirmándose de forma explícita que las obligaciones

⁷⁷⁰ Vid. ALBIOL MONTESINOS, I.: “Dimisión del trabajador y extinción por voluntad del trabajador”, cit., pg. 217; VIQUEIRA PÉREZ, C., op. cit., pg. 45.

⁷⁷¹ Vid. VIQUEIRA PÉREZ, C., op. cit., pg. 77.

⁷⁷² SSTs 17-12-1987 (RJ 8969); 4-12-1989 (RJ 8926); 4-2-1991 (RJ 796).

empresariales de pago directo y pago delegado de las prestaciones de Seguridad Social “derivan *ex lege* del contrato de trabajo” ⁷⁷³.

En cuanto a las obligaciones de encuadramiento –afiliación y alta- y de cotización, doctrina mayoritaria y jurisprudencia ha coincidido hasta el momento acerca de su exclusión como incumplimientos resolutorios al tratarse de obligaciones directamente existentes frente a la Seguridad Social y no de obligaciones contraídas por el empresario frente al trabajador ⁷⁷⁴. Sin embargo, alguna doctrina ⁷⁷⁵ ha cuestionado su proclamada desvinculación del contrato de trabajo, teniendo en cuenta que dichas obligaciones nacen, precisamente, por y con el inicio de la prestación laboral. Desde esta última perspectiva, la hipótesis de la consideración de estos incumplimientos, si revisten gravedad, como resolutorios a efectos de la aplicación del art. 50.c)1^o ET, no debería descartarse con ligereza ya que desde una interpretación extensiva de lo que deben entenderse por incumplimientos contractuales, conforme a la dogmática general de los contratos *ex art. 1258 CC* ⁷⁷⁶, puede afirmarse que la normativa vigente de Seguridad Social liga de manera indisoluble dichas obligaciones a la existencia del contrato de trabajo.

Así lo ha entendido, además, algún pronunciamiento de instancia, que ha considerado que el deber de afiliación y cotización a la Seguridad Social que tienen las empresas en relación a sus trabajadores, viene claramente exigido por el RD. Legislativo 1/1994 de 20 de junio, por el que se aprueba el TRLGSS en cuyo art. 15.1 se reitera que la cotización es «obligatoria en los Regímenes General y Especial», incidiendo el núm. 1 del art. 104, en que el empresario es «sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar e ingresará las aportaciones propias y las de sus trabajadores en su totalidad», por ello su

⁷⁷³ Vid. SSTSud 22-5-1995 (RJ 3995); 2-11-1996 (RJ 8187). A partir de entonces esa doctrina ha adquirido carta de naturaleza siendo reiterada en múltiples sentencias de suplicación; vid. entre otras, STSJ Galicia 14-7-2000 (AS 1836); SSTSJ Cataluña 4-10-2000 (AS 873) y 3-11-2000 (AS 3772); STSJ Castilla y León 21-11-2000 (AS 236); STSJ Extremadura 6-2-2001 (AS 982); SSTSJ Cataluña 2-4-2001 (AS 2301 y 22-4-2001 (AS 3512); STSJ Madrid 24-4-2001 (AS 2349); STSJ Cataluña 25-10-2001 (AS 45); STSJ Madrid 13-11-2001 (AS 532); STSJ Galicia 6-3-2003 (AS 2813).

⁷⁷⁴ En este sentido, vid. VIQUEIRA PÉREZ, C., *op. cit.*, pg. 77; NOGUEIRA GUASTAVINO, M., *op. cit.*, pg. 1082. Por la jurisprudencia, vid. SSTCT 7-7-1987 (Ar. 15350); 19-5-1987 (Ar. 10373); 11-11-1987 (Ar. 24646); 30-4-1985 (Ar. 2808); STS 15-1-1987 (RJ 38).

⁷⁷⁵ Vid. SEMPERE NAVARRO, A.- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, *cit.* pg. 95.

⁷⁷⁶ El art. 1258 CC establece que “los contratosobligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”.

número 2, le autoriza a descontar «a sus trabajadores en el momento de hacerles efectivas sus retribuciones la aportación que corresponda a cada una de ellas», estableciendo, además, en su número 3, que si la cuota obrera no se ingresa «dentro de plazo ..., incurrirá en responsabilidad ante ellos y ante los Organismos de la Administración de la Seguridad Social afectados, sin perjuicio de las responsabilidades penal y administrativamente que procedan».

De los citados preceptos se infiere, por vía interpretativa, que la normativa de Seguridad Social actualmente vigente liga de manera indisoluble la existencia de un contrato de trabajo a la subsiguiente obligación de afiliación y cotización a la Seguridad Social durante el período que el mismo permanezca vigente, por lo cual se ha de asumir que es una obligación que, aunque de origen legal, forma parte del núcleo del contrato y es consustancial a la mera existencia del mismo, del tal manera que el incumplimiento de tales obligaciones puede tener consecuencias, incluso, desde el punto de vista de su propia supervivencia. Pero es que, además, el art. 104.3 TRLGSS establece expresamente, en relación al descuento de cuotas a los trabajadores, que existe una doble responsabilidad del empresario no sólo frente a la Administración, sino también respecto al propio trabajador (“responsabilidad ante ellos”), ya que el perjuicio para éste en el supuesto resulta evidente.

Desde esta óptica, habría que considerar que, del mismo modo en que sucede con las obligaciones de pago del subsidio de Incapacidad Temporal como de las mejoras voluntarias a él vinculadas, el incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y cotización, no obstante traer causa inmediata de normas de Seguridad Social, al no contraerlas el empresario sólo y directamente ante la Entidad Gestora, sino también frente al trabajador en virtud de la celebración del contrato de trabajo, puede ser, si reviste la suficiente gravedad, incumplimiento contractual con eficacia resolutoria y, por tanto, causa justa de dimisión provocada ex art. 50.1.c) ET⁷⁷⁷.

Volviendo al tratamiento general de los incumplimientos de obligaciones empresariales vulneradores de derechos económicos pero de carácter

⁷⁷⁷ En este sentido, vid. la muy significativa SJS nº 25 Madrid de 10-9-2001 (AS 3449), estimando la resolución del contrato por esta causa, viabilizada a través del art. 50.1.c) ET, con una irreprochable fundamentación jurídica.

extrasalarial, también se ha afirmado con anterioridad, que para que puedan ser acogidos como incumplimientos resolutorios, esto es, como causa de dimisión provocada ex art. 50 ET, deben incidir en una obligación principal en el marco del contrato de trabajo, ya que si bien este dato se considera implícito en el caso de la obligación salarial y de las obligaciones de Seguridad Social, no sucede lo mismo respecto de otras percepciones económicas del trabajador a las que el empresario esté obligado en virtud de la ley, el convenio colectivo o el propio contrato de trabajo, de las que podría predicarse un valor meramente accesorio.

La cuestión no es baladí, ya que, como se ha comentado, la interpretación mayoritaria dada por la doctrina civilista a la figura de la resolución ex art. 1124 CC mantiene que el incumplimiento resolutorio debe referirse a una obligación principal, es decir a una obligación ligada mediante un vínculo de interdependencia con la obligación puesta a cargo del demandante de la extinción contractual, toda vez que la resolución del contrato encuentra su fundamento, precisamente, en la interdependencia de las obligaciones recíprocas articuladas en una relación sinalagmática, de modo que, sensu contrario, el incumplimiento de deberes accesorios no permitiría la resolución contractual.

Esta construcción civilista restrictiva, acogida por la doctrina y la jurisprudencia laborales al abordar la exégesis del art. 50 ET y, en particular, al enfrentarse a la delimitación del ámbito de la letrac) 1^o del precepto, conduce a una necesaria diversificación entre los incumplimientos empresariales relativos a obligaciones principales y los referidos a obligaciones accesorias – particularmente necesaria en lo referente a las retributivas-, para atribuirle a los primeros eficacia resolutoria y negársela a los segundos, tarea que habrá de abordarse conforme al criterio de valoración objetiva de la obligación incumplida en la economía general del contrato de trabajo.

Así, determinados suplidos como el plus de distancia, gastos de viaje o dietas; compensaciones como las vinculadas al pacto de exclusividad o permanencia; indemnizaciones por traslado, entre otros conceptos, puede atribuírseles un carácter meramente accesorio en el marco de la relación laboral y, en consecuencia, no considerarse concurrente la gravedad a los

efectos de dimisión provocada en los supuestos de irregularidades en su abono. Pero, contrariamente, sí deben considerarse principales por lo que ahora aquí interesa, las obligaciones de pago directo o delegado de prestaciones de Seguridad Social, de las mejoras voluntarias o, incluso, de salarios de tramitación en el supuesto de nulidad del despido. En estos últimos nos centramos a continuación.

En lo que se refiere tanto a las obligaciones de pago directo de las prestaciones de Seguridad Social correspondientes al periodo de Incapacidad Temporal a cargo del empresario y las correspondientes a los supuestos de responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones, cuanto las de pago delegado, no cabe duda de que se insertan en el núcleo esencial del contrato de trabajo, puesto que, como sucede con el salario, tales prestaciones de carácter indemnizatorio constituyen, durante el periodo de suspensión del contrato por Incapacidad Temporal, el principal, sino el único, elemento patrimonial a percibir por el trabajador en sustitución de la renta salarial, causándole, pues, su impago graves perjuicios patrimoniales⁷⁷⁸. Asumido, así, que estos incumplimientos afectan a obligaciones principales del empresario en el marco de la relación laboral, sólo resta culminar su calificación como graves de conformidad con los restantes parámetros de los que se vale la jurisprudencia para ponderar la intensidad del incumplimiento de obligaciones empresariales de índole económica en orden a apreciar si éste implica una ruptura completa de la base del contrato de trabajo, parámetros que son los ya tantas veces mencionados: objetivo, temporal y cuantitativo⁷⁷⁹.

Los argumentos que se acaban de exponer en relación a los incumplimientos empresariales de obligaciones de Seguridad Social, son extrapolables a los referidos al pago de salarios de tramitación en ciertos supuestos específicos de despido, cuales son el despido improcedente en que el empresario opte por la readmisión o si esta opción corresponde al trabajador por su cualidad de representante legal, así como en el caso de despido nulo. Como es sabido, la declaración judicial de nulidad del despido (o de improcedencia si el trabajador

⁷⁷⁸ Vid. SJS Madrid (nº 25) 30-6-2000 (AS 2411) F.j. 4º.

⁷⁷⁹ Vid. , STSJ Baleares 14-2-2001 (AS 2001, 1350); STSJ Madrid de 13-11-2001 (AS 2001, 532); STSJ Galicia de 14-7-2000 (AS 1836). Específicamente los considera aplicable por igual a incumplimientos salariales y en materia de Seguridad Social, la reciente STSJ Cataluña 15-4-2003 (AS 2099).

ostenta la condición de representante legal o sindical que opta por la readmisión) comporta una doble condena al empresario: la reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo en idénticas condiciones a las disfrutadas con anterioridad a la decisión empresarial y el abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la fecha de notificación de la sentencia de improcedencia o nulidad, esto es, los denominados salarios de tramitación ⁷⁸⁰.

Ya se comentó a propósito del análisis de los incumplimientos tipificados en la letra b) del art. 50 ET, la debatida naturaleza jurídica de los salarios de tramitación, las dos posturas doctrinales existentes al respecto, así como el posicionamiento mayoritario de la jurisprudencia tendente a reputarles una naturaleza indemnizatoria y no salarial al considerar que su función (o causa) es compensatoria o sustitutiva de los salarios dejados de percibir por el trabajador en base a una decisión extintiva injustificada o nula. La descripción del debate doctrinal acerca de la caracterización técnico-jurídica de los salarios de tramitación y de los diversos argumentos en que cada posicionamiento se sustenta, se aprovechó para dejar constancia de nuestra postura a favor de reconocerles indiscutible naturaleza salarial en los supuestos de despido nulo e improcedente con readmisión, en tanto que tendrían carácter indemnizatorio en el despido improcedente en que el empresario opta por la indemnización alternativa a la readmisión del trabajador, por lo que de conformidad con esta interpretación, el impago por el empresario de los salarios de tramitación en los dos primeros supuestos debiera reconducirse, si el trabajador opta por la dimisión provocada, a la letra b) del art. 50 ET.

Sin embargo, la doctrina legal se viene decantando por atribuir a los salarios de tramitación, si distinción entre las diversas calificaciones judiciales, naturaleza indemnizatoria, lo cual no sería óbice para que su impago pudiera ser constitutivo, en principio, de un incumplimiento con virtualidad a efectos de dimisión provocada esta vez por la vía del apartado c) del art. 50, ya que, al igual que sucede con los pagos directos y delegados del subsidio durante la IT, en el periodo comprendido entre el despido y la notificación de la sentencia, esas cantidades, aún no salariales, constituyen el principal medio de sustento

⁷⁸⁰ Arts. 55.6 ET y 113 LPL.

del trabajador y como tal, el deber de pago es consustancial al contrato cuya vigencia subsiste al haber privado el pronunciamiento judicial de efectos extintivos a la decisión empresarial. No obstante la existencia de incumplimiento, éste ha de ser grave para que sea causa de dimisión provocada, lo que conduce de nuevo a su ponderación conforme a los tres criterios –objetivo, temporal y cuantitativo- tantas veces mencionados, de los cuales la aplicación del criterio temporal dificultaría, cuando no impediría, apreciar gravedad en el supuesto que ahora nos ocupa dada la sumariedad del proceso de despido y la inmediatez que la LPL establece para la readmisión.

Sin embargo, la obligación de abono de salarios de trámite puede prolongarse temporalmente cuando el empresario no proceda a la readmisión o ésta sea irregular, en cuyo caso el trabajador podrá acudir a la ejecución provisional de la sentencia, si ésta ha sido objeto de recurso por parte del empleador (arts. 295 y ss LPL), o solicitar la ejecución definitiva de tratarse de sentencia firme (arts. 276-284 LPL). Así, en el caso de ejecución provisional, la LPL (art. 295.1 y 2 LPL) impone al empresario la obligación de continuar satisfaciendo al trabajador la misma retribución que viniera percibiendo con anterioridad al despido durante toda la tramitación del recurso hasta que la sentencia devenga firme.

En lo que concierne a la ejecución definitiva, la Ley Procesal Laboral también contempla la obligación de abono de salarios de tramitación si bien, aquí, con un tratamiento diferente según se trate de sentencia de improcedencia o de nulidad. En la ejecución definitiva de la sentencia de improcedencia, si el empresario persiste en su negativa a la readmisión, el juzgador dictará auto declarando extinguida la relación laboral y condenando al empresario al pago de la indemnización tasada legalmente y de los salarios de trámite correspondientes al periodo comprendido entre la notificación de la sentencia de instancia y la fecha de notificación del auto ejecutivo, éstos últimos de no haberse percibido por ejecución provisional si ésta no se hubiera solicitado (art. 279 LPL). Cuando, por el contrario, se trate de ejecución definitiva de sentencia de nulidad (o de improcedencia favorable a representante de los trabajadores que haya optado por la readmisión) que es la hipótesis que ahora interesa, las cosas discurren de otro modo, ya que al imponer la ley en estos casos la

ejecución en sus propios términos (art. 280 LPL), que descarta la declaración de extinción del contrato como en el supuesto anterior, si el empresario continuara resistiéndose a la readmisión tras el oportuno requerimiento judicial, el juez adoptará, entre otras medidas, que ahora resultan irrelevantes al objeto que nos ocupa, la de imponer al empresario la obligación de abonar al trabajador su salario con la misma periodicidad y cuantía declarada en la sentencia de instancia con los incrementos que por vía de convenio colectivo o norma estatal correspondan, hasta que se produzca la readmisión (art. 282.1.a) LPL).

Como puede deducirse de la secuencia fáctica descrita, los periodos durante los cuales el empresario puede verse obligado al abono de salarios de tramitación son prolongados temporalmente, de modo que si junto a la negativa a la readmisión regular no abonase dichas cantidades, dado el carácter principal de dicha obligación en el marco del contrato de trabajo -que, no se olvide, aún está vivo-, su prolongación en el tiempo y la presumible entidad cuantitativa de la deuda, podríamos perfectamente estar ante un incumplimiento empresarial grave integrador de la causa de dimisión provocada ex art. 50.1.c) ET ⁷⁸¹.

La reconducción del tratado incumplimiento a la causa resolutoria establecida en la letra c) y no a la letra b) del precepto estatutario, obedece a que la opinión mayoritaria de la doctrina científica y jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo se decanta por reconocer a los salarios de tramitación, como se dijo, naturaleza indemnizatoria y no salarial. En concreto, en lo relativo a los salarios a cuyo pago queda obligado el empresario tanto en los trámites de ejecución provisional como de ejecución definitiva de la sentencia de despido, la doctrina legal les ha atribuido una causa compleja: una función resarcitoria o reparadora parcial del perjuicio ocasionado al trabajador por la ausencia de readmisión y una función coercitiva que busca presionar económicamente al empresario a cumplir *in natura* la sentencia con la necesaria readmisión ⁷⁸².

⁷⁸¹ Vid. en este sentido, SJS Madrid (n^o 25) 30-6-2000 (AS 2411) estimando la pretensión resolutoria por este motivo a través del cauce del art. 50.1.c) ET con una fundamentación jurídica similar a la que se acaba de exponer.

⁷⁸² Vid. STS 13-3-1991 (RJ 1851) F.j. 5^o, para la cual estas medidas “tienen una finalidad compleja, que no se agota en la reparación parcial del perjuicio que sufre el trabajador, pues tratan también de forzar directamente al empresario, mediante una presión económica, a cumplir de forma completa la sentencia,

Sin embargo tal interpretación ha sido cuestionada por algún pronunciamiento de instancia en el que, con fundados argumentos, se ha sostenido que la proclamada naturaleza indemnizatoria de los salarios de tramitación, debe ser revisada en lo referente, en particular, a los salarios que se ordena abonar al empresario en la fase de ejecución de sentencias firmes de despido improcedente de representante unitario o sindical que opte por la readmisión o de sentencias de nulidad, acudiendo a una interpretación estricta del art. 282.a) LPL. En efecto, la citada norma establece literalmente que el Juez ordenará “que el trabajador continúe percibiendo su salario con la misma periodicidad y cuantía que la declarada en la sentencia, con los incrementos que por vía de convenio colectivo o mediante norma estatal se produzcan hasta la readmisión en debida forma”, de modo que tanto el término salario utilizado aquí sin aditamento alguno, así como la mención a su necesaria regularización conforme a las subidas acordadas en pacto colectivo o las establecidas por norma heterónoma, permiten inferir que no estamos, en este caso, ante salarios de tramitación en sentido propio, sino ante percepciones de naturaleza salarial en el sentido del art. 26.1 ET⁷⁸³. De acuerdo con esta interesante propuesta hermeneútica, el impago o los retrasos continuados en el abono de estas cantidades podrían constituir, siempre que revistan gravedad, un incumplimiento reconducible al apartado b) del art. 50 ET o en otro caso, de

como se pone de manifiesto hoy claramente en la nueva regulación contenida en los artículos 281 y 282 de la nueva Ley de Procedimiento Laboral de 27 de abril de 1990”. En idéntico sentido, STS 20-3-1991 (RJ 1882).

⁷⁸³ Vid. SJS Madrid (nº 25) 30-6-2000 (AS 2411) F.j. 4º cuya argumentación al respecto reproducimos por su interés: “Otra cuestión sobre la que podría especularse, pero que a nuestro juicio carece de interés en este procedimiento, es la naturaleza de los salarios que se generan conforme al ya citado art. 282.a), ya que por su regulación deberían configurarse como la retribución a la que se refiere el núm. 1 del art. 26 del TRET, frente al carácter indemnizatorio de los salarios de tramitación propiamente dichos, según opinión mayoritaria de la Sala de lo Social del TS, y que por conocida omitimos su concreta cita. Como elementos diferenciales se podría destacar que aquí se habla exclusivamente de «salario» sin adjetivación alguna, y a diferencia de los de tramitación; además, se han de percibir: «... con los incrementos que por vía de Convenio colectivo o mediante norma estatal se produzcan hasta la fecha de la readmisión en debida forma...». Sin embargo, de las sentencias dictadas por la Sala de lo Social del TS el 13 (RJ 1991, 1851) y 20 de marzo de 1991 (RJ 1991, 1882), respectivamente, parece deducirse que el criterio mayoritario es dar naturaleza reparadora a estas percepciones, por los motivos que allí se contienen y que se dan por reproducidos en aras a la brevedad. Pero también se ha de matizar que esas resoluciones están analizando los arts. 212 y 213 de la LPL de 1980, y la actual regulación no sólo amplía los colectivos afectados, sino que también introduce importantes adiciones, como la transcrita en el párrafo anterior”.

descartarse la naturaleza salarial de estas cantidades, al apartado c), primer inciso del mismo precepto ⁷⁸⁴.

Resta, en fin, un breve apunte sobre un tipo de incumplimiento empresarial que aunque no usual en la jurisprudencia recaída sobre la cláusula general del art. 50 ET, merece ser destacado en atención a la particularidad de su encuadramiento en la norma y en que su consideración como causa de dimisión provocada subraya el argumento, antes sostenido, de que el incumplimiento contractual grave que integra la figura extintiva objeto de estudio, puede ir referido a una obligación contraída por el empleador en virtud de pacto colectivo. Se trata de la falta de regularización del salario del trabajador de conformidad con un Acuerdo de empresa en el que se mejora el salario correspondiente, según el convenio colectivo aplicable, a la categoría profesional reconocida al demandante, supuesto que el juzgador *a quo* no duda en considerar incumplimiento empresarial incardinable en el art. 50 ET, aun tratándose de la infracción de un deber con causa en un pacto colectivo, ni en su encuadramiento en la letra c) 1^o del precepto al entender que no se trata de un supuesto de impago del salario –que lo vincularía a la letra b)-, sino de una falta de regularización del mismo conforme al acuerdo colectivo ⁷⁸⁵.

1.3 Modificaciones no sustanciales de condiciones de trabajo lesivas de la formación profesional y/o la dignidad del trabajador

⁷⁸⁴ En este sentido también, SJS Madrid 30-6-2000, cit. en la nota anterior.

⁷⁸⁵ Vid. SJS(n^o 4) Valencia 29-10-2001 (AS 4044), para la que “En el caso de autos la determinación del salario, siendo la causa de extinción alegada su falta de abono, al menos parcial, se encuentra en íntima conexión con el fondo del asunto, de modo que de estimarse la tesis del trabajador en la cuantía de éste se habría producido un incumplimiento empresarial y de ser cierta la tesis de la empresa, ésta no se habría producido. Es necesario, en consecuencia, entrar a valorar cuál era la cantidad que el demandante debió percibir en concepto de salario. Es un hecho conforme, y así consta aportado por ambas partes el texto del Acuerdo suscrito en Valencia el 1 de abril de 1999, entre el Director General de la empresa demanda y el Comité de Empresa, sobre la situación del colectivo de Jefes de obra al que pertenece el actor, según su contrato y nómina, el cual tiene su fundamento en las especiales condiciones de esta categoría que se definen en el mismo, en los siguientes términos: «por las exigencias de mando de personal, que ejercen, por su capacitación, técnica y por su disponibilidad para el trabajo»; En consecuencia la decisión de la empresa de no regularizar el salario del demandante, de conformidad con el mencionado acuerdo carece de amparo legal y constituye un incumplimiento empresarial grave recogido en el artículo 50.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, aunque no encuentre su encaje perfecto en el artículo 50.1.b) del mismo texto legal ya que propiamente no se produce una falta de pago, sino la no regularización de los salarios según lo pactado”.

Se culmina este apartado relativo a otros incumplimientos empresariales próximos pero no asimilables a los tipificados de forma específica en las letras a), b) y c)^{2º} del art. 50 ET y que por este motivo han de reconducirse a la cláusula general de cierre del precepto, con la referencia a las conductas empresariales que no siendo jurídicamente ni de *facto* modificación sustancial de condiciones de trabajo irroguen un perjuicio a la formación profesional o menoscaben su dignidad.

De conformidad con la jurisprudencia consultada, no se ha podido localizar ningún supuesto de conducta empresarial lesiva de la formación profesional distinta de las modificaciones sustanciales, como, por otra parte, cabía esperar partiendo del alcance que en el marco de la figura de dimisión provocada doctrina y jurisprudencia otorgan a la noción de formación profesional.

En efecto, tal y como se comentó al abordar la exégesis de la letra a) del art. 50 LET –relativo a la modificación sustancial productora de perjuicio específico –, doctrina y jurisprudencia no han conseguido construir un concepto de formación profesional autónomo o independiente de otras nociones igualmente limitativas de los poderes organizativos del empresario, como son las de grupo profesional, categoría equivalente o dignidad. Ante esa constatada dificultad, se postuló entonces, como metodología idónea para dotar de contenido y autonomía al concepto de formación profesional, la distinción entre dos vertientes diversas de la noción: estática y dinámica, de modo que desde la primera, la formación profesional se identifica con la protección de la profesionalidad “presente” del trabajador, mientras que desde la segunda de dichas vertientes -la dinámica-, se la vincula con su profesionalidad futura, esto es, con las expectativas profesionales del trabajador en la empresa o, lo que es lo mismo, con su derecho a la promoción profesional ⁷⁸⁶. Déense aquí por reproducidas las conclusiones sentadas a este respecto en relación con el supuesto de hecho extintivo del citado apartado primero del art. 50.1.

Otra cosa es lo que acontece en lo referente al menoscabo de la dignidad. Ya se dijo, al hilo del estudio efectuado de la primera apertura causal del precepto,

⁷⁸⁶ Para este planteamiento, vid. LUQUE PARRA, M., op. cit., pp. 183 y ss. La misma diferenciación, aunque refiriéndose a contenido objetivo y subjetivo, respectivamente, de la formación profesional en CRUZ VILLALÓN, J.: "La resolución contractual por modificaciones sustanciales...", cit., pg. 458; PERULLI, A.: *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Giuffrè, Milano, 1992, pg. 292 y ss.

que la recepción por la legislación laboral de la dignidad, consagrada constitucionalmente en el art. 10.1 de la Norma Fundamental, como derecho básico del trabajador (art. 4.2.e) ET), no sólo tiene la virtualidad de servir de vía de proyección específica en la relación laboral de los derechos fundamentales que le son inherentes y subrayar su plena efectividad respecto al trabajador en su interacción con los poderes del empresario, sino que también es una forma de interdicción de conductas empresariales que, sin llegar a afectar a derechos fundamentales, operan en detrimento de otros intereses jurídicamente protegibles, como es el “status” o prestigio profesional del trabajador, que aun no estando en el ámbito de protección de derechos fundamentales, su atentado resulta igualmente lesivo de la dignidad. La dignidad tiene, desde esta óptica, otro alcance más restringido del que ostenta en su interrelación con los derechos fundamentales y se identifica ahora con lo que podría denominarse “dignidad profesional” del trabajador⁷⁸⁷, siendo, en este último sentido, el paradigma del trato indigno del asalariado en la empresa su “degradación profesional” efectiva⁷⁸⁸. En la misma línea, la jurisprudencia a la hora de definir el alcance de la dignidad como límite de los poderes empresariales se solía ceñir hasta ahora a su acepción restringida de “dignidad profesional”, es decir a su vinculación con los derechos profesionales del trabajador. Así, el análisis de los pronunciamientos judiciales pone de manifiesto, dicho sea sintéticamente, por un lado, que, como sucede en la doctrina científica, se renuncia a la construcción de un concepto “directo” de la dignidad del trabajador limitándose a ofrecer un concepto “indirecto” a base de describir las conductas empresariales y las consecuencias de éstas que se estiman vulneradoras de la dignidad; en segundo término, que el atentado a la dignidad se identifica con el descrédito socio-profesional del trabajador ante sus jefes y compañeros de trabajo⁷⁸⁹; y por otro lado, que el ámbito fundamental de operatividad de la dignidad del trabajador como límite jurídico del poder empresarial, se reduce a modificaciones funcionales descendentes que por sí mismas o con el aditamento de otras circunstancias cuales la pérdida de mando, la sustracción

⁷⁸⁷ Vid. GHERA, E.: DIRITTO DEL LAVORO, CADUCCI, BARI, 1994, pg. 134.

⁷⁸⁸ En este sentido, LUQUE PARRA, M.: Los límites jurídicos de los poderes empresariales..., cit. pg.203.

⁷⁸⁹ En este sentido, entre otras muchas, vid. STSJ Cataluña 22-7-1999 (AS 3163); SSTSJ Cantabria 9-8-2002 (AS 2633); 15-1-2002 (AS 604) y 10-7-2002 (AS 1887).

de medios de trabajo y signos externos del status profesional que se tenía, impliquen la degradación profesional del trabajador, con lo que frecuentemente se establece una relación de interdependencia entre el menoscabo de la dignidad y el perjuicio a la formación profesional.

Sin embargo, ya se ha puesto de manifiesto como la más reciente doctrina constitucional y jurisprudencial, siguiendo la senda abierta previamente por doctrina científica y judicial, han redimensionado la proyección constitucional de la dignidad de la persona del trabajador y su valor como barrera frente a conductas empresariales gravemente vejatorias o degradantes y/o generadoras de un grave riesgo, real o potencial, para la salud del trabajador, no dudando en calificarlas como menoscabamientos de la dignidad y lesivas de derechos fundamentales tales como la integridad personal y/o el honor o la propia imagen.

Por otra parte, no debe olvidarse que a la dignidad, constitucionalmente protegida como valor fundamental inherente a la persona y a los derechos fundamentales de la personalidad, obliga al respeto y promoción del libre desarrollo de la personalidad de la persona del trabajador como condicionante de la paz laboral y la convivencia empresarial⁷⁹⁰ y, en este sentido, el menoscabo de la dignidad y de los derechos fundamentales por ella concernidos no se agota en supuestos de medidas modificativas del empresario, sino que se actualiza también con otras conductas diversas pero igualmente vejatorias y degradantes como: ofensas verbales o físicas, amenazas, injurias, coacciones, agresiones⁷⁹¹ o medidas de control y vigilancia aplicadas al margen de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, cuyo denominador común es el resultado de la vejación del trabajador⁷⁹².

⁷⁹⁰ Vid., en este sentido, MOLINA NAVARRETE, C.: Comentario al art. 4 del Estatuto de los Trabajadores, en Comentario al Estatuto de los Trabajadores (dir. MONEREO PÉREZ), Comares, Granada, 1998, pg. 137.

⁷⁹¹ STSJ C.Valenciana 13-1-2000 (AS 2172); STSJ País Vasco 13-3-2001 (AS 4379); STSJ Madrid (AS 3425); STSJ Galicia 30-4-2002 (AS 1389); STSJ Galicia 6-3-2003 (AS 2813).

⁷⁹² Vid., sensu contrario, SS TSJ Castilla-León 27-12-2001 (AS 2002, 1278); TSJ Madrid 4-3-2003 (AS 2726), en las que se desestima la pretensión resolutoria con el fundamento de que las medidas de control de la actividad laboral realizada fuera del centro de trabajo, en la primera de las sentencias, y la suspensión cautelar de la prestación, en la segunda, decididas por la empresa tenían como único objeto investigar las faltas imputadas a los trabajadores demandantes por lo que cumplían con los principios de razonabilidad y proporcionalidad y en consecuencia no se apreciaron constitutivas de una conducta vejatoria.

Ahora bien, tal y como ha subrayado la jurisprudencia, la antijuridicidad de estas conductas realizadas o consentidas por el empleador y su correspondiente virtualidad para hacer operativa la dimisión provocada a través de la letra c)1^o art. 50, tanto más si lo que se invocan son derechos fundamentales, exige la concurrencia de gravedad de conformidad con los términos expresados en el precepto. Y a los efectos de apreciar la existencia de gravedad, los Tribunales suelen ponderar, razonablemente, circunstancias como la persistencia o recurrencia del comportamiento empresarial (criterio temporal) rechazando la virtualidad de hechos aislados o esporádicos⁷⁹³, pero en ocasiones, reprochablemente, se recurre a discutibles criterios de uso social, carentes de lógica y solidez, para negar contenido afrentoso o vejatorio a la conducta del empresario, o incluso a un censurable e insólito criterio subjetivo que conecta con las intenciones o el propósito que guía el comportamiento empresarial, de modo que si la finalidad perseguida es “correctora o de advertencia de errores profesionales cometidos” por el trabajador, desaparece toda connotación vejatoria y aflora la sola búsqueda de su “perfeccionamiento y promoción profesional”⁷⁹⁴. Como contrapunto, otros pronunciamientos, con argumentos más rigurosos, aún teniendo en cuenta el criterio subjetivo atinente a las motivaciones del empresario hacen un uso evolutivo del mismo precisamente para rechazar que la finalidad de optimizar los resultados empresariales pueda justificar un uso autoritario y abusivo de los poderes de dirección y control manifestado en actitudes bruscas, insultantes y vejatorias, que aunque atendibles marginalmente desde la óptica finalista antes mencionada, evidencian un estilo de organización no sólo trasnochado ante los

⁷⁹³ Vid., entre otras, STSJ País Vasco 13-3-2001 (AS 4379); STSJ Cataluña 8-3-2001 (AS 2007); STSJ Galicia 21-7-2001 (AS 1995); STSJ Madrid 10-9-2002 (AS 3425); STSJ País Vasco (AS 2633).

⁷⁹⁴ Vid. en este sentido, la criticable STSJ Castilla y León 14-4-2000 (AS 2149), en la que el principal fundamento jurídico para la desestimación de la pretensión extintiva del trabajador es textualmente (F.j. 2^o) que “tales expresiones no podían afectar a su fama o reputación profesional en el ámbito social o frente a terceros, ya que éstos no existían en el círculo empresarial, y en cuanto al aspecto inminente o personal del sentimiento del honor, hay que tener en cuenta que según los usos socio-culturales imperantes actualmente, esto es atendiendo al lenguaje de todos, tales expresiones tienen escaso contenido afrentoso, aunque obviamente no sean modelo de buen gusto, pero es que aun cuando así no se entendiera, hay que tener presente que según admitió el propio recurrente en el acto del juicio, eran proferidas con finalidad correctora o de advertencia de los errores profesionales cometidos, lo que aleja toda idea vejatoria y sí de coadyuvar al perfeccionamiento y promoción profesional del actor, y en todo caso impide atribuir a tales calificativos, el contenido de gravedad exigido por el art. 50-1 c) del Estatuto Laboral para determinar el efecto resolutorio impuesto en instancia, siendo por ello procedente acoger el recurso, con la consiguiente revocación del fallo y absolución de la recurrente, con los efectos legales inherentes”.

postulados sociales y democráticos que han de regir las modernas organizaciones productivas, sino además –lo que es más importante por lo que aquí interesa- incompatible con el deber de respeto y consideración debida a la dignidad del trabajador que, en recepción del valor constitucionalmente protegido en el art. 10 CE, se le reconoce como derecho básico en la relación laboral ex art. 4.2.e) ET. Esta argumentación resulta, así, decisiva para considerar antijurídica la conducta empresarial y entenderla subsumible en el art. 50.c)1º ET⁷⁹⁵.

Es también importante poner de relieve un problema de carácter sustantivo en orden a la operatividad de la dimisión provocada al amparo del art. 50 ET. Se trata del planteado cuando el sujeto activo de las conductas atentatorias contra la dignidad del trabajador no es el empresario, sino un superior jerárquico, otro trabajador de la empresa del mismo nivel o, en fin, familiares del empleador. Puede adelantarse desde este momento que estas circunstancias deben ser irrelevantes y por supuesto carecer de cualquier valor impeditivo de la solución extintiva a instancia del trabajador perjudicado a través del cauce arbitrado por la cláusula general del art. 50.c)1º ET., y ello por varias razones.

En el supuesto de que la conducta vejatoria proceda de un superior jerárquico del trabajador o de compañeros de igual nivel profesional con el conocimiento del empresario, su pasividad puede interpretarse bien como asentimiento o, en otro caso, tacharse de negligencia en el uso de su potestad disciplinaria o incluso de sus obligaciones preventivas de riesgos psicosociales. No puede olvidarse, a estos efectos, que el empleador como titular de la organización productiva y en cuanto tal detentador del poder directivo y disciplinario, se constituye en garante de los derechos que la Ley le reconoce al trabajador en la relación laboral, de modo que si las conductas conculcadoras

⁷⁹⁵ Vid. STSJ País Vasco 22-3-2002 (AS 2633) para la que “el interés organizativo de la empresa, no puede soterrar un clima laboral ambiguo pero tampoco puede trasnocharlo en hostil, denunciante y violento por más que la conducta brusca y autoritaria pueda ser entendible de forma marginal. En otras direcciones de la agresión, no sólo lo hace el sujeto activo sino que lo reconduce el pasivo y las conductas de talante vulgar, bruscas y soeces que tensionan y reconducen las actuaciones hacia indeseadas relaciones, no conforman una realidad plausible y encomiable en la organización empresarial por mucho que consigan en la efectividad ineluctable unos resultados indiciariamente positivos (sic)... que producidos por la empresarial perjudican y menoscaban los derechos básicos del trabajador y satisfacen los postulados de resolución contractual causalizada según los artículos 49 y 50 en relación al 56 del ET”.

de esos derechos –en este caso el derecho al respeto de la dignidad del trabajador-, aun no siendo hecho propio, se materializan en la empresa, esto es, en su círculo rector y disciplinario, le serán igualmente imputables a título de culpa, aquí por infracción de su deber *in vigilando* (art. 20.1 y 3 ET, *sensu contrario*), si no adopta oportunamente medidas correctoras de índole organizativa y/o disciplinaria al sujeto activo directo de la conducta antijurídica⁷⁹⁶. Por lo demás y a mayor abundamiento de esta tesis, debe recordarse que el art. 1903 CC imputa al empresario la responsabilidad de los perjuicios ocasionados por sus dependientes, salvo que acrediten que emplearon la diligencia debida para prevenir o evitar el daño.

A la misma solución ha de llegarse en el caso de que la conducta menoscabante de la dignidad del trabajador corresponda a familiares del empleador cuya vinculación con la empresa se manifieste en el ejercicio de funciones inherentes a la condición jurídica de empresario – v.g., pago de nóminas, dictado de órdenes relativas a la organización del trabajo-. Para ello, puede apelarse aquí al valor interpretativo que a tal efecto puede darse al contenido del art. 54.2.c) ET que, como se sabe, establece como causa de despido disciplinario las ofensas verbales o físicas que el trabajador profiera al empresario o a los familiares que convivan con él, de forma que este planteamiento legal aplicado aquí en sentido inverso, es decir, cuando el autor del maltrato verbal o físico al trabajador sea un familiar del empresario inserto o vinculado a la organización empresarial debe conducir *mutatis mutandis* a entender existente un incumplimiento empresarial incardinable, ahora, en el art. 50.c)1^o ET⁷⁹⁷.

2 Otros incumplimientos empresariales lesivos de la formación profesional y/o dignidad del trabajador. En especial, la falta de ocupación efectiva y dimisión provocada

El incumplimiento por el empresario del deber de ocupación efectiva, establecido *sensu contrario* en el art. 4.2.a) ET, además de tener una presencia cuantitativa muy significativa en la aplicación jurisprudencial del art. 50 ET,

⁷⁹⁶ Vid. STSJ País Vasco 22-3-2002, cit. en nota anterior, en la que pretensión resolutoria del trabajador se estima siendo el sujeto activo de la actitud vejatoria un superior jerárquico del actor.

⁷⁹⁷ Vid., en este sentido, SSTSJ Galicia 26-8-1993 (AS 3759) y 30-4-2002 (AS 1389).

suscita no pocos ni intrascendentes problemas de orden sustantivo y de orden procesal que deben ser abordados ya que, trascendiendo el supuesto específico, repercuten en aspectos sustanciales de la construcción jurídica general de la figura de la dimisión provocada.

En efecto, en el plano sustantivo, la falta de ocupación efectiva plantea diversas cuestiones de interés, cuales son: en primer término, determinar el valor que ostenta dentro de la relación laboral el derecho del trabajador a la ocupación efectiva en cuanto que proyección del derecho constitucional al trabajo; en segundo término, resolver el problema del adecuado encuadramiento de la infracción del deber de ocupación efectiva en las aperturas causales del art. 50, dada su frecuente vinculación con medidas modificativas empresariales y su estrecha interconexión con los derechos de formación profesional y dignidad del trabajador, elementos todos ellos tenidos en cuenta en la configuración legal de la primera causa de dimisión provocada (letra a), art. 50 ET); en tercer lugar, la incidencia que deba tener en este incumplimiento empresarial la nota de gravedad, siendo discutida la cuestión de si este requisito del incumplimiento resolutorio exigible genéricamente de todos los tipificados en el precepto legal, está o no intrínsecamente presente en los supuestos de ausencia de ocupación efectiva dada la centralidad de este derecho del trabajador en la relación, teniendo en cuenta que se trata de una concreción específica del derecho constitucional al trabajo ex art. 35.1 CE; y, por último, tampoco es pacífica la incidencia que aquí pueda tener la fuerza mayor como circunstancia excluyente de la resolución contractual.

Por lo que respecta al orden procesal, la falta de ocupación efectiva presenta igualmente puntos críticos de especial relevancia, puesto que en el caso de ir unida al impago de salarios puede integrar un supuesto de despido tácito con efectos extintivos de la relación laboral y, a la sazón, de efectos preclusivos de la acción resolutoria del trabajador al considerarse previamente extinguida la relación laboral.

Todo lo anterior apunta a que la metodología más adecuada para abordar el análisis de este incumplimiento empresarial debe discurrir empezando por una definición del derecho a la ocupación efectiva acorde con su fundamento constitucional y su funcionalidad compleja, continuar con un breve repaso de

los medios habilitados por el ordenamiento jurídico para su tutela, para terminar centrándonos en uno de ellos, que es el que constituye el objeto de estudio de este trabajo: el mecanismo resolutorio establecido en el art. 50 ET, con los puntos críticos sustantivos y procesales que plantea en este específico supuesto.

2.1 El derecho a la ocupación efectiva como concreción particularizada del derecho constitucional al trabajo y su centralidad en la relación laboral. Contenido y límites legales

Como es sabido, el derecho a la ocupación efectiva es uno de los reconocidos al trabajador en el art. 4 ET, precepto éste, que ha sido objeto de fuerte crítica censurando su sistemática y su escasa utilidad conceptual y normativa ⁷⁹⁸, aunque moderna doctrina, pese a reconocer sus deficiencias y ambigüedades, propone su relectura conforme a nuevas claves que permiten vislumbrar aportaciones de la norma hasta ahora no emergidas. Así, se afirma que el precepto subraya la relevancia constitucional del contrato de trabajo, constituye una garantía de efectividad de los derechos de los trabajadores, dota de estructura normativa propia de “derechos subjetivos” a lo que en sede constitucional son, en algunos casos, meros principios y valores y, en fin, pone de relieve la estructura compleja del contrato de trabajo superando la clásica y simplista concepción cambiaria ⁷⁹⁹. Dentro del art. 4 ET, el derecho a la ocupación efectiva es ubicado por el legislador en su apartado segundo y por tanto dentro del listado de derechos derivados directa e inmediatamente del contrato de trabajo, es decir se le configura como un derecho contractual, aunque tal y como sucede con los restantes derechos “contractuales” enumerados en el precepto, el de ocupación efectiva cuenta con una previa formulación constitucional, siendo una concreción particularizada del derecho al trabajo consagrado en el art. 35.1 CE . Por este motivo y con el objeto de poner de relieve su trascendente alcance en la relación laboral, resulta conveniente

⁷⁹⁸ Vid. SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: Las nuevas relaciones laborales y la Ley del estatuto de los trabajadores, Círculo de Empresarios, Pirámide, 1980, pg. 19; CASAS-BAYLOS-ESCUADERO: “El Estatuto de los Trabajadores. Diez años después: pervivencias, insuficiencias, desviaciones y reformas”, RL, 1991, I, pp. 182 y ss.; SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: “El Estatuto de los Trabajadores”, RMTAS, n^o 13, 1998.

⁷⁹⁹ En este sentido, vid. MOLINA NAVARRETE, C.: “Comentario al artículo 4 ET”, en Comentario al Estatuto de los Trabajadores (dir. Monereo Pérez), Comares, Granada, 1998, pp. 129-130.

siquiera un sucinto comentario acerca de la más modernas construcciones doctrinales formuladas respecto del derecho social al trabajo.

El derecho al trabajo es indebatidamente reconocido por la doctrina como paradigma de los “derechos de ciudadanía social” dotado de un papel central en el sistema jurídico del Estado Social de Derecho, pero al mismo tiempo y precisamente por esta consideración, se constata que ha sido mayoritariamente relegado al valor de mero principio programático carente de efectividad no sólo en su dimensión prestacional (derecho a obtener un empleo remunerado), sino también en el plano de su interconexión con los derechos profesionales coligados igualmente de relevancia constitucional y recepcionados, en su mayor parte, por el legislador infraconstitucional en el art. 4 ET⁸⁰⁰. No obstante esta línea de tendencia, que llevada al extremo intenta incluso su eliminación con “derechos”, otra doctrina ha apostado decididamente por revalorizar el significado jurídico de los derechos socioeconómicos constitucionales en general y en particular del derecho al trabajo, al que a través de un riguroso análisis técnico-jurídico de su formulación en el art. 35 CE, no se duda en calificar de derecho fundamental⁸⁰¹.

Así, tras poner de manifiesto su “estructura jurídica compleja” evidenciada tanto en el plano estructural cuanto en el plano funcional de su formulación constitucional⁸⁰², se le atribuye un contenido también complejo y polivalente, siendo éste un aspecto que, a efectos instrumentales de la definición y alcance del derecho de ocupación efectiva, se torna particularmente importante. En efecto, la opción del legislador constitucional de acompañar el derecho al trabajo de otros derechos de carácter esencialmente profesional – particularmente del derecho a la promoción en el trabajo-, permite su

⁸⁰⁰ Para una crítica a esta línea de tendencia mayoritaria, Vid. MONEREO PÉREZ, J.L./ MOLINA NAVARRETE, C.: “El derecho al trabajo, la libertad de elección de profesión u oficio: principios institucionales del mercado de trabajo”, en Comentario a la Constitución Socio-Económica de España (dir. Monereo), Comares, Granada, 2002, pp. 287-289.

⁸⁰¹ Ibidem.

⁸⁰² Vid. MONEREO PÉREZ/MOLINA NAVARRETE, op. cit., pg. 298. Los autores sostienen que la estructura compleja del derecho al trabajo se evidencia en el plano estructural en un doble sentido, puesto que el legislador constitucional lo configura, por un lado, como un derecho-deber de la persona y, por otro lado, como un derecho de libertad así como derecho de prestación. Lo mismo sucede en el plano funcional, dado que el precepto no sólo ha acogido una concepción cuantitativa o puramente economicista del derecho al trabajo (derecho a un empleo), sino también su vertiente cualitativa (derecho a un empleo “adecuado”), vertiente en donde cobran especial virtualidad ciertos derechos íntimamente conectados con el derecho al trabajo –los derechos a la promoción y formación-, esto es los derechos que integran la noción de “profesionalidad” del trabajador.

reinterpretación en clave jurídico-humanista acorde con la mejor tradición del constitucionalismo social frente a su preponderante entendimiento en clave jurídico-economicista⁸⁰³ y vislumbrar así el sentido y el contenido (cualitativo) del trabajo a que se tiene derecho a acceder y disfrutar: un trabajo “realizado en condiciones dignas y adecuadas”, concretándose tales condiciones, entre otras como la remuneración suficiente y la igualdad, en su “capacidad para garantizar y promover el desarrollo de la persona del trabajador” o, en otras palabras, la “tutela de la profesionalidad”⁸⁰⁴. En el mismo sentido actúa la conexión existente entre el derecho al trabajo y el derecho a la formación profesional (art. 40.2 CE) -cuyo carácter instrumental para la efectividad del primero es incontestable-, contemplado aquí en su proyección específica en la relación laboral –derecho a la formación profesional en el trabajo (art. 4.2.b)-,⁸⁰⁵ ET.

Desde esta perspectiva, es claro que el derecho al trabajo en su interdependencia con los también derechos constitucionales a la promoción y formación profesionales, sin perjuicio de la autonomía conceptual de los que éstos últimos están dotados por el ordenamiento, no sólo despliega su virtualidad en el estadio previo a la contratación o al empleo, vinculando aquí principalmente a los poderes públicos con políticas garantizadoras del empleo, la promoción y la formación profesionales, sino también en la fase postcontractual, es decir durante toda la vida de la relación laboral ya constituida, integrando, entre otras cosas, un sistema de límites a la autonomía privada cuyo destinatario directo es ahora el empresario que, de este modo, queda obligado a abstenerse de adoptar cualquier medida que vaya en detrimento de la “adecuación” del puesto de trabajo, entendida ésta como ingrediente necesario para el libre desarrollo de la personalidad y profesionalidad del trabajador. En este orden de ideas, ha de admitirse, por tanto, que los derechos a la promoción y la formación profesionales forman parte del contenido esencial del derecho al trabajo, aunándose al que se

⁸⁰³ Vid. MONEREO PÉREZ, J.L.: Las nuevas políticas de protección por desempleo y su reflejo en el sistema jurídico, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp.72-73.

⁸⁰⁴ Vid., de nuevo, MONEREO PÉREZ/MOLINA NAVARRETE, op. cit., pp. 316-321.

⁸⁰⁵ Sobre el contenido, alcance y desarrollo legal del derecho constitucional a la formación profesional, vid., PEDRAJAS MORENO, A.: “El derecho a la formación y readaptación profesionales”, en Comentario a la Constitución Socio-Económica de España, cit., pp. 1371-1391.

considera su “contenido natural” identificable con el derecho a obtener un empleo libremente elegido y suficientemente retribuido.

Y es con este entendimiento no estrictamente monetarista sino cualitativo del derecho constitucional al trabajo cuando el derecho a la ocupación efectiva, normativizado en el art. 4.2.a) ET, se muestra, igualmente, como exigencia, traducción y contenido esencial del primero ⁸⁰⁶, puesto que el derecho al trabajo y el derecho a la promoción a través del trabajo quedarían vacíos de contenido sin una garantía de la ocupación real y efectiva del trabajador que hace emerger la ya comentada vertiente cualitativa que nuestra Norma fundamental ha dado al derecho social al trabajo. De este modo, ocupación efectiva, “ocupación adecuada” y “oferta de empleo adecuada” (del trabajador desempleado), siendo instituciones diversas, participan de una misma lógica-jurídica al entroncar todas ellas en el derecho al trabajo que en la tradición del constitucionalismo social se identifica con “el derecho a un trabajo digno y de calidad” ⁸⁰⁷, por mucho que recientes desarrollos legislativos del principio constitucional del pleno empleo ex art. 40.1 CE ⁸⁰⁸ hayan reconceptualizado la noción de ocupación adecuada en un sentido contrario al que constitucionalmente le corresponde, primando el acceso incondicionado del desempleado beneficiario de prestaciones de desempleo a una ocupación, sobre su necesario carácter adecuado y de libre elección, en el marco de una criticable opción de política del Derecho que desplaza el principio de profesionalidad inherente al derecho al trabajo (calidad del empleo y tutela de la profesionalidad) por el principio de ocupabilidad (aspecto cuantitativo del derecho al trabajo en su relación con la política de pleno empleo) ⁸⁰⁹.

⁸⁰⁶ Vid., GUANCHE MARRERO, A.: El derecho del trabajador a la ocupación efectiva, cit., pg. 25. En el mismo sentido SASTRE IBARRECHE, R.: El derecho al trabajo, Trotta, Madrid, 1996, pg. 186, para el que “combinadamente, la defensa de la dignidad personal del trabajador, su derecho a la promoción a través del trabajo y el propio derecho al trabajo, conformarían las bases constitucionales en que apoyar el fundamento del derecho de ocupación efectiva”.

⁸⁰⁷ En contra, GUANCHE MARRERO, A., op. cit., pp. 27-28.

⁸⁰⁸ Operada primero por el RD-Ley 5/2002 y posteriormente por la versión amortiguada dada por la Ley 45/2002 de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad

⁸⁰⁹ En este sentido, en el marco de una fundamentada crítica de la reformulación legal en sentido regresivo de la noción de “ocupación adecuada” y de las definiciones de “oferta de empleo adecuada” y “compromiso de actividad”, vid., MONEREO PÉREZ, J.L.: Las nuevas políticas de protección por desempleo y su reflejo en el sistema jurídico, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 18 y 72-73.

Con este imprescindible y esclarecedor enfoque constitucional, el derecho del trabajador a la ocupación efectiva (art. 4.2.a) ET) adquiere una trascendencia específica en la relación laboral o, mejor, una incontestable “centralidad en la estructura y función del contrato de trabajo en cuanto causa y objeto del mismo”, en un doble sentido. Por un lado, se pone de manifiesto su funcionalidad instrumental como presupuesto inexcusable para la efectividad de otros derechos del trabajador como los de promoción y formación profesionales en el trabajo (art. 4.2.b) ET) y el derecho a la no discriminación (arts. 14 CE y 4.2.c) ET), que incorpora la prohibición de trato vejatorio e injustificadamente diferenciador. Pero por otro lado, y sin perjuicio de la proyección apuntada sobre otros derechos, el de ocupación efectiva adquiere autonomía y sustantividad propia como derecho subjetivo irrenunciable que actúa como límite al ejercicio de los poderes directivos y organizativos del empresario ⁸¹⁰.

Sin embargo, a pesar de esta autonomía reconocida doctrinal y jurisprudencialmente ⁸¹¹, la legislación laboral no asigna al derecho a la ocupación efectiva un contenido concreto en contraste con la mayoría de los restantes derechos reconocidos en el art. 4 ET. Esta ha sido labor que ha venido a efectuar la jurisprudencia que ha atribuido a la ocupación efectiva tanto un contenido cuantitativo (horas efectivas de carga productiva) ⁸¹², cuanto un contenido cualitativo que implica la exigencia de que las tareas o funciones encomendadas y realizadas por el trabajador correspondan a su profesión habitual o, más específicamente, sean las principales del grupo o categoría profesionales pactados, lo que *sensu contrario* se traduce en que el derecho se considera afectado cuando el empresario no encomienda al trabajador tarea alguna o cuando las encomendadas son cualitativamente marginales determinando un práctico vaciado de contenido de la prestación de trabajo ⁸¹³.

⁸¹⁰ En este sentido, MOLINA NAVARRETE, C.: “Comentario al artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores”, en Comentario al Estatuto de los Trabajadores, cit., pg. 135.

⁸¹¹ Sobre el valor absoluto, entidad y autonomía del derecho a la ocupación efectiva en la relación de trabajo, vid. STSud 8-11-1993 (RJ 8559); STSJ C. Valenciana 10-2-2000 (AS 2187); STSJ País Vasco 10-7-2001 (AS 4025).

⁸¹² Vid., STSud 8-11-1993 (AS 8559) en el supuesto del trabajador que tras IT se reincorpora sin que la empresa le de trabajo alguno; STSJ Madrid 2-3-2001 (AS 2044).

⁸¹³ Vid., en este sentido, STSJ Madrid 16-5-2001 (AS 2272); STSJ C. Valenciana 29-10-2001 (AS 4044); STSJ Cataluña 18-10-2002 (AS 3578). La STSJ Madrid 2-3-2001 (AS 2044) explicita este doble contenido del derecho al considerar que “tal falta de ocupación efectiva puede ser absoluta, supuesto

No obstante, la renovada aprehensión conceptual del derecho a la ocupación efectiva no impide que éste siga sometido a límites o restricciones aunque de menor intensidad de los establecidos por su formulación legal precedente ⁸¹⁴ dado que, como tiene dicho el Tribunal Constitucional, no existen derechos absolutos; límites legales o fruto de construcción jurisprudencial que han de ser tomados en consideración ya que, entre otras cosas, de acuerdo con ellos no toda falta de ocupación efectiva es susceptible de constituir un incumplimiento empresarial integrador de causa justa de dimisión provocada. En efecto, la ley y la jurisprudencia han contemplado circunstancias que justifican el cese temporal de la prestación laboral y por tanto de la ocupación efectiva del trabajador, que de este modo y en tales casos no determinarían una conducta antijurídica del empresario.

En el terreno de los límites, tiene una especial virtualidad lo dispuesto en el art. 30 ET que alberga diversas situaciones en las que el empresario mantiene la obligación salarial pese a no proporcionar ocupación efectiva al trabajador. Como se sabe el citado precepto estatutario prescribe que “si el trabajador no pudiera prestar sus servicios una vez vigente el contrato porque el empresario se retrasare en darle trabajo por impedimentos imputables al mismo y no al trabajador, éste conservará el derecho a su salario, sin que pueda hacersele compensar el que perdió con otro trabajo realizado en otro tiempo”. De este modo y conforme a una interpretación estricta de la norma, el legislador laboral viene a resolver la cuestión del *periculum obligationis* haciendo recaer enteramente sobre el empresario el riesgo de la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento de la prestación laboral cuando dicha imposibilidad sea transitoria e imputable al empresario, con lo que, *prima facie*, quedarían comprendidas dentro de su ámbito las situaciones de desocupación del trabajador imputables al empresario a título de dolo o de culpa, incluyendo entre éstas últimas las derivadas de caso fortuito, entendido aquí en referencia exclusiva a eventos

ordinario, pero también pueden incardinarse en esta situación aquellos supuestos en los que el trabajo que se le facilita es cuantitativamente marginal. Desde el punto de vista cualitativo también se ha de analizar, ya que existirán casos en los que aunque aparentemente se le proporcionan ciertos trabajos, éstos son marginales y/o secundarios”.

⁸¹⁴ El art. 75.2 LCT de 1944 establecía la obligación del empresario a dar ocupación efectiva al trabajador siempre que su falta comportase un considerable perjuicio a su formación o perfeccionamiento profesionales y exonerándole de este deber cuando concurriesen motivos ocasionales e importantes; vid. GUANCHE MARRERO, A., op. cit., pg. 26.

internos o producidos en la esfera de control o riesgo del empresario que, por tanto, también deben considerarse imputables al empleador ⁸¹⁵.

Sin embargo, el precepto suscita la duda interpretativa de si debe considerarse excluida su aplicación a los supuestos en los que la falta de ocupación efectiva sea debida a fuerza mayor en sentido estricto, esto es, a sucesos externos a la esfera de control empresarial, ya que en estos casos, de conformidad con la dogmática general de los contratos ex. art. 1105 CC, se trataría de impedimentos no imputables al empresario. Ante tal problema hermenéutico la doctrina se ha dividido en torno a dos diversas soluciones. Un sector ha sostenido que de la lectura no forzada del art. 30 ET puesto en relación con la filosofía del art. 1105 CC se infiere, por vía interpretativa, que en caso de que la imposibilidad transitoria de la prestación laboral se deba a fuerza mayor el empresario mantiene su obligación de pago del salario, pero no siendo responsable del evento de efectos interruptivos de la prestación debida por el trabajador y a salvo de pacto individual o colectivo en contrario, puede imponer su ejecución en un momento posterior, es decir diferirla temporalmente, ya que de lo contrario se rompería la paridad de las prestaciones recíprocas ⁸¹⁶. Por el contrario, para otro sector doctrinal, con argumentos que desde aquí parecen más certeros y garantistas, el comentado precepto estatutario ha de ser interpretado en el sentido de atribuir a la esfera de responsabilidad empresarial toda circunstancia sobrevenida que obstaculice la normal ejecución del trabajo cualquiera que sea su origen, siendo en consecuencia aplicable en toda su extensión, tanto si el impedimento de la prestación laboral obedece a causas voluntarias, cuanto a causas ajenas a la voluntad del empresario ⁸¹⁷, sin que por ello se produzca una ruptura del sinalagma prestacional dado que la prestación debida por el trabajador ha de

⁸¹⁵ Recuérdese que si bien la construcción doctrinal dominante en el ámbito civil se decanta por una noción omnicomprensiva del caso fortuito y la fuerza mayor que se identificaría con sucesos externos o ajenos a la esfera de control del deudor, en el orden laboral un sector significativo de la doctrina postula una diversificación de ambas nociones reservando el caso fortuito a los supuestos en que la imposibilidad de la prestación obedezca a circunstancias internas o comprendidas en el círculo rector del empresario y la fuerza mayor a los supuestos en que la imposibilidad derive de circunstancias totalmente ajenas a dicha esfera, considerando responsable al empresario en el primer caso, e inimputable sólo en el segundo.

⁸¹⁶ En este sentido, vid. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo, cit., pp. 254-258.

⁸¹⁷ Vid. en este sentido, RODRÍGUEZ SAÑUDO, F.: “Imposibilidad de la prestación”, en Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores, cit., pp. 187 y 236; GUANCHE MARRERO, A., op. cit., pp. 44-46 y 52.

entenderse cumplida con su mera puesta a disposición del empresario ⁸¹⁸. En esta línea argumental, se llega a la conclusión de que, de conformidad con el art. 30 ET, la única circunstancia que exoneraría al empresario de la obligación salarial sería que el impedimento del cumplimiento de la prestación de trabajo sea imputable al propio trabajador de forma que si la desocupación del trabajador deriva de fuerza mayor por responder la imposibilidad a impedimentos externos que el empresario no haya podido prever o evitar, el derecho al salario persiste aunque quepa pactar individual o colectivamente la recuperación de las jornadas no trabajadas ⁸¹⁹, salvo que se active el mecanismo suspensivo por fuerza mayor temporal ex art. 47 ET, que como es sabido, tras la constatación administrativa de su existencia, libera a las partes de las obligaciones recíprocas objeto del contrato de trabajo ⁸²⁰.

Las pautas marcadas por esta última aprehensión del art. 30 ET han servido igualmente a esta doctrina para solventar los supuestos en que la falta de ocupación efectiva venga dada por la incidencia de conflictos colectivos afectantes directa o indirectamente a la empresa. La cuestión a debate reside básicamente en determinar si en los casos en que la imposibilidad de la prestación laboral de un trabajador no huelguista derivada de huelga parcial en su empresa, o de huelga en otra empresa que por razones interproductivas derive sus efectos a la organización empresarial que emplea al trabajador, o de cierre patronal de su centro de trabajo, es encuadrable en la noción de fuerza mayor – en cuyo caso el empresario quedaría exonerado de la obligación salarial-, o, si por el contrario, resulta de aplicación el art. 30 ET que impone la continuidad de la obligación retributiva en los términos más arriba comentados.

Ante este dilema, la doctrina se ha dividido apostando un sector por entender, con carácter general, que la huelga es un riesgo inherente al sistema de economía de mercado que en el contexto de libertades constitucionalmente definido el empresario ha de asumir máxime cuando es difícil, si no prácticamente imposible, acreditar la ausencia de imprevisibilidad o al menos

⁸¹⁸ Vid. MOLINA NAVARRETE, C.: “Comentario al artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores”, cit. pg. 136, que aplica esta tesis a todos los supuestos limitativos del derecho de ocupación efectiva.

⁸¹⁹ En la línea marcada por la STS 31-1-1990 (RJ 574) que anuló el art. 5 del RD 2001/83 de 28 de julio, sobre jornada de trabajo, jornadas especiales y descansos

⁸²⁰ Vid. GUANCHE MARRERO, A., op. cit., pp. 46 y 53. En contra STSud 20-6-1995 (RJ 5360), que considera inaplicable el art. 30 ET a los supuestos en que la imposibilidad de la prestación laboral no sea imputable al empresario a título de dolo, culpa o negligencia.

de inevitabilidad ⁸²¹. Otro sector doctrinal, sin embargo, ha abordado la búsqueda de la solución con una metodología casuística que se centra en los supuestos más significativos dentro de la fenomenología de la huelga ⁸²², antes mencionados. Con este último enfoque, para alguna doctrina en los supuestos de huelga parcial en la empresa y huelga ajena con efectos interruptivos de la prestación laboral en otra, de una interpretación conjunta de los arts. 6.4 y 12.1.c) R.D- Ley de Relaciones de Trabajo y del art. 30 ET se infiere que la interrupción temporal del trabajo que venga impuesta a los trabajadores no huelguistas que se mantengan a disposición del empresario no impedirá su derecho al salario, sin perjuicio de que si el empresario acredita que adoptó diligentemente todos los medios necesarios para evitar los efectos impeditivos del trabajo derivados del conflicto propio o ajeno, que haría subsumibles los supuestos en la figura de la fuerza mayor, pueda alcanzarse un acuerdo individual o colectivo para la recuperación de las horas de trabajo perdidas o, en otro caso, acudir a la suspensión contractual por fuerza mayor ⁸²³.

Sin embargo esta construcción ha sido desautorizada por el Tribunal Supremo que en unificación de doctrina llega a la misma solución respecto al derecho al salario de los no huelguistas pero con una fundamentación jurídica distinta. En efecto el TS ha dejado sentado que en caso de huelga, aunque el efecto impeditivo de la prestación laboral de los trabajadores no huelguistas se produce en la esfera empresarial y si entrar a valorar si este dato permite encuadrarla o no en la noción de fuerza mayor, no puede hablarse de imputabilidad a los trabajadores que no se suman al conflicto, pero tampoco de imputabilidad empresarial lo que hace inaplicable el art. 30 ET. No obstante, el

⁸²¹ Para esta tesis, con diferentes matices argumentales, vid. en la doctrina española, GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Fuerza mayor. Trabajadores discontinuos y no reapertura del centro de trabajo”, RL, n^o 22, 1987, pp.47-48; OJEDA AVILÉS, A.: Derecho Sindical ; SALA FRANCO, T.: “Problemas jurídicos del trabajador no huelguista”, AL, n^o 2, 1984, pg.110. Por la doctrina italiana, vid., PERA, G.: “La responsabilità in seguito allo sciopero”, en Lavoro y Sicuritá Sociale, 1967, pp. 415 y ss.; RIVA SANSEVERINO, L.: “Lo sciopero politico e lo sciopero di protesta”, en VV.AA., L’esercizio del diritto de sciopero, Milán, Giuffrè, 1970, pp. 50 y ss.; ARDAU, G.: La risoluzione per inadempimento del contratto di lavoro, Milán, Giuffrè, 1954, pp. 290 y ss.

⁸²² Con esta opción metodológica, vid. GUANCHE MARRERO, A., op. cit., pp. 54-60; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., op. cit., pg. 135.

⁸²³ Vid. GUANCHE MARRERO, A., op. cit., pp. 54-60. En contra, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., op. cit., pp. 136-140 y 148, para el que si la causa del conflicto no es imputable al empresario a título de dolo o negligencia, se estará ante un supuesto de fuerza mayor que exoneraría en todo caso de la obligación de pago del salario a los trabajadores no huelguistas, sin que haya de acudirse, por otra parte al mecanismo del art. 47 ET puesto que la duración que se considera inherente a la vicisitud contemplada en el art. 30 ET- mera interrupción- no llega al alcanzar la dimensión suspensiva.

TS admite que en este supuesto el empresario puede acudir a los mecanismos suspensivos casualizados en fuerza mayor (art. 45.1.i) en relación con el art. 47 ET) o en cierre legal de la empresa (art. 45.1.m) ET) si las circunstancias de la alteración de la actividad productiva lo permiten, quedando así exonerado de la obligación salarial; pero de no hacerlo, el trabajador no huelguista no puede cargar con el *periculum obligationis* o riesgo de la contraprestación salarial por imposibilidad de la prestación laboral a él no imputable, de modo que en tal caso la norma aplicable para resolver el problema será la supletoria recogida en el art. 45.2 ET, “norma que viene a decir, interpretada «a contrario sensu», que fuera de las causas indicadas en el artículo 45.1 ET y al margen de los requisitos establecidos para las mismas en los preceptos concordantes, no se produce la exoneración de la obligación empresarial de remunerar el trabajo. La obligación de trabajar subsiste para el no huelguista precisamente por su voluntad de no sumarse a la huelga; puesto que esta obligación no satisface el interés del empresario cuando no se traduce en actividad laboral la ley establece diversos supuestos de exoneración de la obligación recíproca de remunerar el trabajo; pero si no concurren estos supuestos o los requisitos legales para hacerlos valer tal exoneración de la obligación de remuneración no tiene lugar”⁸²⁴. La misma solución y con idéntica fundamentación es la que debe darse al problema del *periculum obligationis* en el supuesto de la huelga ajena con efectos interruptivos de la actividad laboral de los trabajadores de otra empresa interdependiente funcionalmente.

En cualquier caso, la solución legal del art. 30 ET brinda al trabajador un medio de tutela meramente parcial del derecho de ocupación efectiva que da cobertura tan sólo a la vertiente economicista del mismo, ya que su único objeto es preservar el derecho a la retribución salarial pese a no efectuarse la prestación de trabajo⁸²⁵, pero no garantiza su plena efectividad que únicamente se satisface con su cumplimiento completo omnicomprendido de su faceta cualitativa (tutela de la profesionalidad del trabajador), con lo que desde esta óptica el precepto no debe ser contemplado conceptualmente como excepción del derecho del trabajador y del correlativo deber empresarial de

⁸²⁴ STSud 20-6-1995 (RJ 5360).

⁸²⁵ En este sentido, GUANCHE MARRERO, A., op. cit., pg. 44.

ocupación efectiva ⁸²⁶ y , en consecuencia la cobertura económica que presta al trabajador que padezca la falta de ocupación no impide que éste pueda acudir a otros medios de tutela de su derecho como es, entre otros, la dimisión provocada ex art. 50 ET.

Diverso alcance es el atribuido por la jurisprudencia a otros tantos límites del derecho de ocupación efectiva cuales son las situaciones denominadas “en espera de destino” propias de actividades productivas específicas; las planteadas en supuestos de despido nulo o improcedente en que se haya optado por la opción de readmisión ex art. 295 LPL o durante la pendencia del plazo de ejecución de la sentencia; las situaciones llamadas de “firma de presentación” en las que pueden quedar ciertos trabajadores tras resolución administrativa autorizante de despido colectivo ⁸²⁷; las suspensiones cautelares de empleo decididas por el empresario para la investigación de presuntas faltas imputadas al trabajador; o, en fin, el permiso retribuido en espera del pronunciamiento de la entidad gestora acerca de la salud laboral del trabajador y su aptitud física para el desempeño del puesto de trabajo ⁸²⁸. En todos estos casos, la falta de ocupación efectiva no exonera al empresario del débito salarial por lo que el derecho del trabajador disfruta de tutela económica al igual que los supuestos encuadrables en el art. 30 ET, pero a diferencia de éstos últimos en que, sin perjuicio de su cobertura económica, no son incompatibles con la existencia de incumplimiento empresarial ni con el ejercicio de acciones por parte del trabajador exigentes de tutela judicial de la dimensión cualitativa del derecho a la ocupación efectiva, aquí la jurisprudencia considera la desocupación del trabajador justificada, es decir no constitutiva de incumplimiento del empresario lo que determina la inviabilidad de cualquier remedio protector, ya sea la acción de exigencia de cumplimiento, ya la de reclamación de daños y perjuicios, o la extinción contractual indemnizada a instancias del trabajador.

⁸²⁶ Vid., al respecto, MATÍA PRIM, J.: “Consideraciones sobre el derecho a la ocupación efectiva”, en Lecciones de Derecho del Trabajo (homenaje a los Profesores Bayón y del Peso), Universidad de Madrid, 1980, pp. 147-149.

⁸²⁷ Vid. MOLINA NAVARRETE, C.: “Comentario al artículo 4... .”, cit. pg. 136, que cita a este respecto la STCT 13-2-1973.

⁸²⁸ STSJ Andalucía 17-9-1999 (AS 3998).

2.2 Otros mecanismos de tutela jurídico-laboral del derecho a la ocupación efectiva: la tutela restitutoria, la tutela represivo-sancionadora y la tutela reparadora (remisión)

Como se ha visto en el apartado precedente, el derecho positivo y la jurisprudencia laborales han dispuesto diversas reglas para dispensar protección económica al derecho del trabajador a la ocupación efectiva, pero también se ha dicho que este tipo de tutela meramente economicista por sí sola es insuficiente para su plena efectividad, ya que olvida la vertiente más importante del derecho en cuestión -y de su tronco el derecho constitucional al trabajo- que es la que conecta con la “profesionalidad” del trabajador necesaria para el libre desarrollo de su personalidad y que por tanto corresponde a su esfera jurídico-personal ⁸²⁹, de forma que su desocupación absoluta o relativa por la vía de la encomienda de tareas no aptas para aquél objetivo puede entrañar un lesión no sólo del derecho que aquí se trata, sino, así mismo, de los conexos a la promoción y formación profesional (arts. 35.1CE y 4.2.a) y b) ET) en cuya base común se encuentra el valor constitucional de la dignidad profesional y personal (art. 10.1 CE y 4.2. e) ET).

Es por ello, que el derecho a la ocupación efectiva requiere de otros remedios jurídicos que garanticen su completa efectividad y ahí es donde reside su mayor problema pues, como bien reconoce la doctrina mayoritaria, el ordenamiento laboral no alberga instrumentos coercitivos adecuados para doblegar la resistencia del empresario a dar ocupación efectiva, ya que tratándose de una obligación de hacer de carácter personalísimo, la prestación debida por el empresario es infungible ⁸³⁰ y, probablemente sea éste el motivo por el cual el Estatuto de los Trabajadores se haya preocupado más de regular mecanismos resolutorios como medio de defensa del trabajador frente a

⁸²⁹ Para este planteamiento referido a la desvirtuación jurídica del concepto de “colocación adecuada”, vid. MONEREO PÉREZ, J.L.: Las nuevas políticas de protección por desempleo... .”, cit., pg. 73.

⁸³⁰ Vid., en este sentido, MOLINA NAVARRETE, C.: “Comentario al artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores”, cit., pg. 135; GUANCHE MARRERO, A., op. cit., pp. 61-62; MATÍA PRIM, J.: “Consideraciones sobre el derecho a la ocupación efectiva”, cit., pp. 166-169. Esta misma insuficiencia se da en el ámbito civil; sobre la problemática de la pretensión de cumplimiento, en este orden, de las prestaciones de hacer y su ejecución forzosa, vid. DIEZ PICAZO, L.: Fundamentos”, cit. pg. 680, donde el autor subraya que cuando la prestación debida sea personalísima o infungible y consista en la realización de actos materiales –como es el caso de la ocupación efectiva-, en último término y en la práctica la única ejecución posible ante la negativa del deudor, es el resarcimiento de perjuicios con lo que la obligación se transforma en obligación indemnizatoria.

incumplimientos empresariales (v.g. la dimisión provocada ex art. 50 ET) que de arbitrar instrumentos eficaces para la exigencia del cumplimiento.

No obstante y contando con esa importante limitación, el Derecho laboral da cabida a que el trabajador ejercite una pretensión declarativa y de condena orientada a que el empresario restituya el derecho lesionado proporcionándole la debida ocupación (tutela restitutoria), si bien su eventual estimación por el órgano jurisdiccional no garantiza su completa efectividad ya que, pese a que la sentencia firme deba ejecutarse *in natura* de conformidad con lo establecido en el art. 239.1 LPL, si el empresario se niega al cumplimiento de la obligación de hacer personalísima –restituir la ocupación- impuesta en la resolución judicial, el Juzgado o Tribunal tendrá que limitarse a imponer apremios pecuniarios cuya cuantía apreciará en función de la finalidad, la resistencia al cumplimiento y la capacidad económica del ejecutado (art. 239.2 LPL)⁸³¹, a salvo de que la acción ejercitada incluya también una pretensión resarcitoria de daños y perjuicios producidos por el incumplimiento del deber de ocupación efectiva (tutela resarcitoria), que en absoluto es incompatible con la de exigencia del cumplimiento.

En efecto, a diferencia de lo que sucede con la acción resolutoria ex art. 50 ET que según viene estableciendo el TS es incompatible con la acción de responsabilidad contractual puesto que la norma laboral ya contempla el resarcimiento de daños incluido en la indemnización tasada en el precepto⁸³², en el supuesto de que el trabajador opte por la pretensión de cumplimiento, a falta aquí de norma específica laboral que establezca una regulación diversa, ha de considerarse aplicable supletoriamente lo establecido en el art. 1124.2 CC en relación con los arts. 1101 y 1106 del mismo cuerpo legal, conforme al cual, como se recordará, el contratante “perjudicado por el incumplimiento podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos”. El

⁸³¹ Para una crítica del precepto, vid. GUANCHE MARRERO, A., op. cit., pg 63, para quien la técnica reglamentista utilizada por el legislador “atiende más a las circunstancias concurrentes en el ejecutado que al daño producido en el trabajador solicitante de la ejecución”.

⁸³² El Tribunal Supremo ha dejado sentado que la resolución del contrato al amparo del art. 50 ET es incompatible con la pretensión de exigencia de responsabilidad contractual, dado que la norma específica laboral establece una indemnización tasada que cubre los daños y perjuicios producidos por el incumplimiento empresarial lo que impide acudir a la norma de Derecho común en búsqueda de un alargamiento de la tutela indemnizatoria; vid., en este sentido STS 22-1-1990 (RJ 183) y STSud 3-4-1997 (RJ 3047).

resarcimiento al que se refiere el precepto habrá de ajustarse a las prescripciones de los arts. 1101 y 1106 CC reguladores de la responsabilidad contractual que exige la existencia de un daño objetivamente imputable a la falta de cumplimiento (nexo causal entre el incumplimiento y el daño) y que el incumplimiento sea subjetivamente imputable al deudor de la obligación incumplida⁸³³. De la interpretación sistemática de dichos preceptos se infiere, pues, que la pretensión de cumplimiento es perfectamente compatible con la de responsabilidad contractual siempre que concurra el supuesto de hecho de ésta última⁸³⁴, lo que aplicado al caso de la falta de ocupación efectiva, conduce a la solución de que el trabajador que opte por descartar la vía resolutoria del contrato al amparo del art. 50 ET, puede ejercitar frente al empresario una acción con la doble pretensión de exigir el cumplimiento y la indemnización por el daño emergente (tanto daños materiales cuanto morales) y el lucro cesante ocasionados por la falta de ocupación, cuya prueba corresponderá al trabajador⁸³⁵.

A parte de la viabilidad de estos medios de tutela real e indemnizatoria del derecho de ocupación efectiva, resta aún la referencia a la tutela represivo-sancionadora ofrecida por la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS)⁸³⁶, conforme a la cual la lesión del derecho se configura como un ilícito administrativo sancionable del empresario. En efecto, el art. 7.10 de este cuerpo legal es incardinable como infracción grave la falta de ocupación en cuanto acto empresarial contrario a un derecho reconocido al trabajador en el art. 4 ET, sin perjuicio de su eventual calificación de falta muy grave por su ya comentada interacción con otros derechos como la dignidad o la discriminación (art. 8. 11 y 12 LISOS).

⁸³³ Sobre los requisitos de la responsabilidad contractual y la nociones de daño moral y lucro cesante, vid., SANTOS BRIZ, J.: Código Civil (Comentarios y Jurisprudencia), Comares, Granada, 1991, pp. 526-527 y 530-531; DIEZ PICAZO, L.: Fundamentos.. .”, cit., pp. 575-578 y 682-690.

⁸³⁴ Vid. expresamente en este sentido, PANTALEÓN PRIETO, F.: “El sistema de responsabilidad contractual”, cit., pp. 1049-1050.

⁸³⁵ En este sentido, SSTS 15-11-1986 (RJ 6350) y 6-6-1988 (RJ 5233). Expresamente la STS 25-6-1984 (RJ 1145) reconoce que el daño moral es resarcible incluso cuando trae causa en un incumplimiento contractual. En la misma línea, vid. STSJ Galicia 10-4-1991 (AS 2409) y STSJ La Rioja 12-12-1996 (AS 4050). Con la misma fundamentación jurídica pero respecto a la compatibilidad de la acción impugnativa de modificación sustancial ex art. 41 y la reclamación indemnizatoria, vid. STSJ Murcia 19-11-1998 (AS 4315); STSJ Canarias 21-1-2002 (AS 1067); STSJ Cataluña 11-6-2003 (AS 2781).

⁸³⁶ RD Legislativo 5/2000 de 4 de agosto por el que se aprueba el texto refundido de la LISOS.

En todo caso, todos estos mecanismos de protección se revelan insuficientes en orden a forzar un comportamiento cooperativo del empresario, lo que determina que en muchos casos el trabajador opte por recurrir a la resolución contractual indemnizada al amparo del art. 50 ET en respuesta a la lesión de su derecho de ocupación efectiva.

2.3 Falta de ocupación efectiva y dimisión provocada. Problemas sustantivos y puntos críticos procesales: despido tácito y dimisión provocada

De entre las diversas formas de tutela jurídica de la lesión del derecho del trabajador a la ocupación efectiva existentes en nuestro ordenamiento jurídico, la predominantemente utilizada por el trabajador, a juzgar por los pronunciamientos judiciales, es la dimisión provocada ex art. 50 ET. Sin embargo la reconducción de la falta de ocupación al ámbito aplicativo del precepto, como se advirtió con anterioridad, no está exenta de problemas de orden sustantivo y procesal.

En lo concerniente al aspecto sustantivo, la primera cuestión que ha de traerse a colación se centra en que, como se dijo, no siempre la falta de ocupación del trabajador se considera constitutiva de incumplimiento empresarial, ya que existen supuestos en que por determinación legal o jurisprudencial la interrupción de la prestación laboral se considera justificada. Es el caso de las ya comentadas situaciones denominadas “en espera de destino” propias de actividades productivas específicas; las planteadas en supuestos de despido nulo o improcedente en que se haya optado por la opción de readmisión ex art. 295 LPL o durante la pendencia del plazo de ejecución de la sentencia; las situaciones llamadas de “firma de presentación” en las que pueden quedar ciertos trabajadores tras resolución administrativa autorizante de despido colectivo ⁸³⁷; las suspensiones cautelares de empleo decididas por el empresario para la investigación de presuntas faltas imputadas al trabajador ⁸³⁸; o, en fin, el permiso retribuido en espera del pronunciamiento

⁸³⁷ Vid. MOLINA NAVARRETE, C.: “Comentario al artículo 4... .”, cit. pg. 136, que cita a este respecto la STCT 13-2-1973.

⁸³⁸ Aunque la doctrina legal y la de suplicación mantienen sin fisuras la postura de considerar la falta de ocupación objetivamente justificada en este supuesto, cabe destacar la contradicción en la que a éste respecto incurre, en mi opinión, la STS 15-11-1986 (RJ 6350), en la que se desestima la pretensión resolutoria del trabajador por entender que la suspensión cautelar de empleo justifica la falta de ocupación

de la entidad gestora acerca de la salud laboral del trabajador y su aptitud física para el desempeño del puesto de trabajo ⁸³⁹. Al entenderse que en estos casos no existe una conducta antijurídica del empresario, es decir no hay incumplimiento contractual, la pretensión extintiva del trabajador se rechaza al faltar el presupuesto o requisito esencial de la institución resolutoria.

Habiendo incumplimiento, otro punto problemático es el referido al correcto encuadramiento del mismo en las aperturas causales del art. 50 ET. En este sentido, dada la interacción existente entre el derecho a la ocupación efectiva y los derechos a la dignidad y formación profesional de suerte que la lesión de aquél puede comportar también menoscabo de éstos y siendo frecuente que la falta de ocupación se identifique, con acierto, al práctico vaciado de contenido de la prestación laboral pactada a consecuencia de relegar al trabajador a funciones meramente marginales o ajenas a su profesión habitual o categoría profesional (modificación de funciones) que implica lesión de aquellos derechos, existen pronunciamientos judiciales que optan por reconducir la conducta empresarial a la letra a) del precepto estatutario ⁸⁴⁰, o simultánea e indistintamente a los apartados a) y c) del mismo ⁸⁴¹, mientras que en otros casos se subsume únicamente en la letra c) que acoge la cláusula general del cierre de la norma ⁸⁴². Así las cosas, pese a compartir el argumento de que el derecho a la ocupación efectiva es un derecho absoluto y esencial cuya vulneración por sí misma integra el incumplimiento grave tipificado en la letra c) del art. 50 ET ⁸⁴³, no es menos cierto que su infracción suele llevar intrínseca una lesión de la formación y dignidad y ello unido al hecho frecuente de que la falta de ocupación trae causa en una modificación explícita o implícita de funciones que precisamente por ese resultado implica un perjuicio a la

del trabajador, pero sin embargo la reputa ilícita en orden a sustentar una eventual acción de exigencia de cumplimiento y resarcimiento de daños y perjuicios, con lo que indirectamente se admite la existencia de incumplimiento empresarial y habiendo incumplimiento, éste debería fundamentar también la pretensión resolutoria que el pronunciamiento desestima.

⁸³⁹ STSJ Andalucía 17-9-1999 (AS 3998).

⁸⁴⁰ Vid., entre otras, las más recientes, STSJ Madrid 16-5-2001 (AS 2272); STSJ Cataluña 18-10-2002 (AS 3578); STSJ C. Valenciana 11-4-2002 (AS 373).

⁸⁴¹ STSJ C. Valenciana 10-2-2000 (AS 2187) y 29-10-2001 (AS 4044); STSJ Extremadura 22-3-2000 (AS 1700); STSJ Andalucía 31-1-2002 (AS 3771).

⁸⁴² Vid. SSTSJ Madrid 17-10-2000 (AS 4680), 28-4-2000 (AS 2001, 637) y 2-3-2001 (AS 2044); SSTSJ País Vasco 15-2-2000 (AS 3268) y 10-7-2001 (AS 4025); STSJ Galicia 20-10-2000 (AS 3168); SSTSJ C. Valenciana 22-3-2001 (AS 3352) y 29-10-2001 (AS 4044); STSJ Cataluña 15-4-2003 (AS 2099).

⁸⁴³ Guanche Marrero, A., op. cit., pg. 68. Por la jurisprudencia, vid., en este sentido, STS 4-7-1988 (RJ 6113); STSud 8-11-1993 (RJ 8559); STSJ C. Valenciana 10-2-2000 (AS 2187).

formación y dignidad del trabajador, no se aprecia mayor obstáculo para que en tales casos la conducta empresarial sea incardinable en la letra a) o, simultáneamente en las letras a) y c) del precepto legal.

Por otra parte, no resulta pacífica la cuestión de si el incumplimiento del deber de ocupación efectiva debe estar cualificado por la nota de gravedad para la viabilidad de la acción resolutoria, o si, por el contrario, ese requisito va implícito en este incumplimiento habida cuenta del valor absoluto y central que el derecho lesionado ostenta en el programa prestacional del contrato de trabajo ⁸⁴⁴. La solución, en mi opinión, debe obtenerse de conformidad con el doble criterio que mayoritariamente doctrina y jurisprudencia manejan para la definición de la gravedad del incumplimiento resolutorio que, como se recordará, atiende al valor que la obligación incumplida tenga en el contrato (debe tratarse de obligación principal y no accesorio) y a la entidad o intensidad del incumplimiento en la economía del contrato, de manera que debe ser de tal índole que frustre las legítimas expectativas del trabajador que insta la resolución ⁸⁴⁵. De que el deber de ocupación efectiva es una obligación esencial en el contrato de trabajo ya no cabe albergar ninguna duda tras la argumentación hilvanada con anterioridad, pero, además, debe concurrir el otro requisito configurador de la gravedad, es decir que el incumplimiento de este deber, aún esencial, sea de suficiente intensidad como para frustrar el interés del trabajador en la continuidad del contrato y éste último ingrediente, a la vista de jurisprudencia recaída al respecto, se vincula estrictamente a un criterio temporal o de perdurabilidad en el tiempo, de forma que la falta de ocupación aislada, esporádica o de corta duración no se considera integradora del incumplimiento tipificado en el art. 50.1.c) ET ⁸⁴⁶.

⁸⁴⁴ Considerando que el incumplimiento del deber de ocupación efectiva alcanza, sin más aditamentos, la cota de gravedad exigida por el art. 50.1.c) ET, vid., GUANCHE MARRERO, A., op.cit., pg. 69.

⁸⁴⁵ Vid., por todas, STSud 3-4-1997 (RJ 3047) que literalmente establece precisamente para un supuesto de falta de ocupación efectiva, que “ni el artículo 50 del ET, ni el artículo 1124 CC señalan qué caracteres ha de reunir el incumplimiento a efectos de procedencia de la resolución del contrato, pero la jurisprudencia recaída en el ámbito de ambos órdenes jurisdiccionales, ha declarado que el incumplimiento determinante de la resolución ha de ser grave, es decir, hacer referencia a lo esencial de lo pactado y ser de tal índole que, en términos generales, frustre las legítimas aspiraciones o expectativas de la parte que cumplió su pretensión e insta la resolución (SSTS Sala 1.ª de 7 marzo 1983 [RJ 1983\1426], 24 julio 1989 [RJ 1989\5777] y 21 septiembre 1990 [RJ 1990\6899]; SSTS Sala 4.ª de 7 julio 1983 [RJ 1983\3730], 15 marzo 1990 [RJ 1990\3087], y 8 febrero 1993 [RJ 1993\749]).”

⁸⁴⁶ Vid., entre las más recientes, STSJ Murcia 11-3-2003 (AS 2622).

En cuanto a la culpabilidad, déense aquí por reproducidos los comentarios ya efectuados acerca de la línea de tendencia objetivadora del incumplimiento que viabiliza la dimisión provocada ex art. 50 en general y en particular a través de su cláusula general de cierre, así como la interpretación restrictiva que se postuló de la exclusión que la norma establece para los supuestos de fuerza mayor, todos ellos perfectamente aplicables a la falta de ocupación efectiva. En particular, en lo que concierne a la desocupación del trabajador justificada por fuerza mayor temporal, sólo debería desplegar efectos excluyentes de la dimisión provocada cuando sea de corta duración, ya que de lo contrario el empresario tendría que evitar el incumplimiento acudiendo al mecanismo suspensivo habilitado por el art. 45.1. i) ET ⁸⁴⁷, o bien a solicitar autorización administrativa para la reducción temporal de jornada.

Por otra parte han de ser traídos de nuevo aquí a colación los supuestos en que la ley o la jurisprudencia amparan la interrupción de la prestación laboral decidida por la empresa con mantenimiento del salario, supuestos todos ellos en los que pese a existir falta de ocupación efectiva, ésta se considera excepcional, objetivamente justificada y, por tanto no constitutiva de incumplimiento empresarial, con lo que el intento de dimisión provocada, a la luz de la jurisprudencia recaída, está abocado al fracaso. Se recordará que se trata de las situaciones denominadas “en espera de destino” propias de actividades productivas específicas; las planteadas en supuestos de despido nulo o improcedente en que se haya optado por la opción de readmisión ex art. 295 LPL o durante la pendencia del plazo de ejecución de la sentencia; las situaciones llamadas de “firma de presentación” en las que pueden quedar ciertos trabajadores tras resolución administrativa autorizante de despido colectivo ⁸⁴⁸; las suspensiones cautelares de empleo decididas por el empresario para la investigación de presuntas faltas imputadas al trabajador; o, en fin, concesión de permiso retribuido en espera del pronunciamiento de la

⁸⁴⁷ Vid., sin embargo, desestimando la resolución contractual pretendida, por entenderse que la desocupación del trabajador está justificada por la disminución de actividad de la empresa determinada por el proceso de liquidación derivado de suspensión de pagos, STS 17-3-1988 (RJ 2313); por estar justificada en fuerza mayor para un supuesto de negociación de las condiciones de una contrata que finalmente no llega a celebrarse, vid. STSJ Madrid 13-11-2001 (AS 2002, 530). También desestimatoria de la resolución por entender que la falta de ocupación responde a la disminución del volumen de operaciones en el marco de una crisis de empresa, vid. STSJ Madrid 28-11-2000 (AS 2001, 637).

⁸⁴⁸ Vid. MOLINA NAVARRETE, C.: “Comentario al artículo 4...”, cit. pg. 136, que cita a este respecto la STCT 13-2-1973.

entidad gestora acerca de la salud laboral del trabajador y su aptitud física para el desempeño del puesto de trabajo ⁸⁴⁹.

En lo concerniente al primer supuesto, ciertos convenios colectivos aplicables a empresas de los sectores como la construcción o instalaciones eléctricas, etc., regulan la situación en la que quedan los trabajadores al término de la obra a la que estaban adscritos hasta su destino a una nueva, situación denominada “en espera de destino” y caracterizada por la interrupción transitoria de actividad laboral manteniéndose el percibo de salarios. La jurisprudencia ha dictaminado que tal situación no es contraria al derecho del trabajador a la ocupación efectiva ni, por ende, al derecho constitucional al trabajo ⁸⁵⁰, por lo que en consecuencia se entiende que se trata de una desocupación justificada no constitutiva de incumplimiento empresarial. Otro tanto sucede en los supuestos en que el empresario, en uso de sus potestades de vigilancia y control ex art. 20.3 ET, adopta la medida de suspensión de empleo del trabajador con mantenimiento del salario con el objeto de efectuar una investigación acerca de presuntas faltas graves que se le imputan, previamente al ejercicio del poder disciplinario ⁸⁵¹; en aquéllos, en que en espera del pronunciamiento de la entidad gestora de la Seguridad Social sobre la aptitud física del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo, se le concede permiso retribuido ⁸⁵²; o, en aquéllos otros en que la desocupación del trabajador se considera objetivamente justificada por la diligencia mostrada por el empresario al proceder seguidamente bien al despido objetivo del trabajador ex art. 52.c) ET, o bien a iniciar expediente de regulación de empleo con mantenimiento en ambos casos de la retribución salarial ⁸⁵³.

⁸⁴⁹ STSJ Andalucía 17-9-1999 (AS 3998).

⁸⁵⁰ Vid. STS 6-2-1996 (RJ 853).

⁸⁵¹ Aquí la jurisprudencia pondera la concurrencia de los principios de justificación y proporcionalidad de la medida en orden a considerar justificada la privación de ocupación al trabajador; vid., al respecto, SSTS 25-1-1986 (RJ 278) y 7-11-1988 (RJ 8541); STSJ Cataluña 15-3-1997 (AS 1942) y la muy reciente STSJ Madrid 4-3-2003 (AS 2726). Es de reseñar, la contradicción en la que a éste respecto incurre, en mi opinión la STS 15-11-1986 (RJ 6350), en la que se desestima la pretensión resolutoria del trabajador por entender que la suspensión cautelar de empleo justifica la falta de ocupación del trabajador, pero sin embargo considera ilícita la desocupación en orden a sustentar una acción de exigencia de cumplimiento y resarcimiento de daños y perjuicios.

⁸⁵² STSJ Andalucía 17-9-1999 (AS 3998), que considera justificada la desocupación del trabajador por entender que la empresa ha buscado conciliar los derechos a la ocupación efectiva y a la integridad física en aplicación de la normativa de Prevención de Riesgos Laborales.

⁸⁵³ Vid., para el primer supuesto, STSJ País Vasco 15-2-2000 (AS 3268) y para el segundo, STS 3-10-1990 (RJ 7525) y STSJ Galicia 20-10-2000 (AS 3168). Más criticable resulta la STSJ Madrid 28-11-2000

Muy discutible es, sin embargo, la cobertura dada por la LPL (art. 295.1) a la negativa del empresario a proporcionar ocupación a través de la regular readmisión del trabajador despedido, una vez recaída sentencia de nulidad o improcedencia habiéndose optado en este último caso por la readmisión. En efecto, el precepto de la Ley adjetiva dispone que de ser recurrida la sentencia por el empresario, durante la fase de ejecución provisional, éste queda obligado durante la tramitación del recurso a abonar al trabajador la retribución salarial y proporcionarle el puesto de trabajo que viniera percibiendo y desempeñando, respectivamente, con anterioridad al despido; pero, a modo de excepción a esta regla general, ampara la decisión discrecional, cuando no arbitraria, del empleador de privar de ocupación al trabajador en este lapso temporal a condición de mantener el salario ⁸⁵⁴. En términos similares se ha expresado la jurisprudencia justificando la negativa empresarial a la readmisión del trabajador en tanto no venza el plazo concedido en ejecución de sentencia firme de despido, entendiendo que el supuesto no es identificable con la infracción del derecho a la ocupación efectiva del trabajador afectado ⁸⁵⁵.

Puestos de relieve los fundamentales problemas de orden sustantivo que suscita la subsunción del incumplimiento del deber de ocupación efectiva en el art. 50 ET, resta finalmente una postrera reflexión acerca de los puntos críticos de orden procesal que plantea la dimisión provocada casualizada en falta de ocupación efectiva, residiendo el básico en la eventual y nada infrecuente interacción de un despido tácito y la dimisión provocada.

El despido tácito es una figura extintiva del contrato de trabajo con fuerte arraigo en la jurisprudencia pero con escaso tratamiento doctrinal⁸⁵⁶

(AS 2001,637), que desestima la pretensión extintiva del trabajador por considerar que su falta de ocupación está justificada objetivamente por la disminución del volumen de actividad inserto en una crisis empresarial, cuando en este caso, en mejor técnica-jurídica, debería haberse imputado al empresario negligencia grave por no acudir al mecanismos suspensivos de contratos o de reducción de jornada laboral en evitación del incumplimiento del deber de ocupación efectiva.

⁸⁵⁴ Vid. MONEREO PÉREZ, J.L./MOLINA NAVARRETE, C.: “El derecho al trabajo, la libertad de profesión u oficio: principios institucionales del mercado de trabajo”, cit., pg. 328.

⁸⁵⁵ STS (C.A) 19-6-1990 (RJ 4874), que anula la sanción administrativa impuesta al empresario a propuesta de la Inspección de Trabajo por afectación del derecho a la ocupación efectiva del trabajador en esa fase procesal.

⁸⁵⁶ Para un estudio específico de la institución, vid. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “El despido tácito y su impugnación”, RPS, nº 129, 1981; GARCÍA LÓPEZ, R.: “Despido tácito, ¿existe?”, La Ley, vol. III, 1987 y CABEZA PEREIRO, J.: “El despido tácito”, REDT, nº 64, 1994, y referencias puntuales al respecto, vid. GARCÍA MURCIA, J.: “Sobre el concepto jurisprudencial de despido y sus consecuencias procesales”, REDT, nº 52, 1992, pp. 191 y ss.; ALBIOL MONTESINOS, I.: El despido disciplinario y

caracterizada por su informalidad (al estar desprovista de los requisitos formales o procedimentales establecidos legal o convencionalmente para el despido) y por la inexistencia de una declaración de voluntad empresarial extintiva concreta e inequívoca que no obstante ha de inferirse de hechos y conductas concluyentes del empleador. Los propios perfiles de la institución permiten vislumbrar los riesgos que entraña: el alto margen de inseguridad jurídica que arrostra para el trabajador, así como su potencial uso arbitrario e incluso estratégico por parte del empleador determinante de abuso de derecho ex art. 7 CC e incluso de indefensión del trabajador afectado en contravención del art. 24 CE, riesgos que no han pasado desapercibidos para nuestros Tribunales y han justificado que la aborden con recelo y sometiéndola a una interpretación restrictiva en su aplicación.

El comentado posicionamiento jurisprudencial se ha plasmado en la doctrina unificadora del Tribunal Supremo⁸⁵⁷ que ha dejado sentado, condensando y sistematizando pronunciamientos anteriores que “a) El despido, al igual que el abandono, requiere voluntad resolutoria consciente del empresario, que si bien cabe entender existe cuando los actos u omisiones concurrentes permitan presumir voluntad en tal sentido, excluye tal conclusión en supuestos (...) en que dichos actos denotan de manera inequívoca la ausencia de la mencionada voluntad resolutoria, aunque manifiestan incumplimiento contractual, ante el que el trabajador puede reaccionar en los términos que permite el marco jurídico aplicable» (STS/Social 4 julio 1988 [RJ 1988\6113]). b) «Para que pueda apreciarse la figura del despido tácito -en contraposición al expreso, documentado o no- es necesario que la decisión extintiva empresarial se derive de hechos concluyentes reveladores de la intención inequívoca de la empresa de poner fin a la relación jurídico-laboral, tratándose en definitiva de situar claramente en el tiempo la decisión resolutoria de la empresa y, en su caso, la inactividad impugnatoria del trabajador, a fin de evitar situaciones de inseguridad jurídica» (SSTS/Social 2 julio 1985 [RJ 1985\3660], 21 abril 1986 [RJ 1986\2212], 9 junio 1986 [RJ 1986\3499], 10 junio 1986 [RJ 1986\3515], 5

otras sanciones en la empresa, Deusto, Bilbao, 1990, pp. 65-66; GARCÍA BECEDAS, “El despido como acto recepticio (estudio de la jurisprudencia), en Estudios sobre el despido disciplinario, ACARL, Madrid, 1992, pp. 425 y ss.

⁸⁵⁷ Vid. STSud 16-11-1998 (RJ 9747) a cuyo fundamento jurídico único corresponde el texto entrecomillado.

mayo 1988 [RJ 1988\3563]). O dicho más sintéticamente, que para que exista despido tácito es necesario que concurren «hechos o conductas concluyentes» reveladores de una intención de la empresa de resolver el contrato (SSTS/Social 5 mayo 1988, 4 julio 1988 [RJ 1988\6113], 23 febrero 1990 [RJ 1990\3088] y 3 octubre 1990 [RJ 1990\7524]). **c)** «Si bien la jurisprudencia examina con recelo la figura del despido tácito, que se pretende deducir de conductas equívocas de la empresa, por contrariar los principios de buena fe, básico en las relaciones contractuales y generar situaciones de inseguridad al trabajador, que, nunca, deben beneficiar a quien las ha provocado, su realidad y operatividad no deben excluirse, conforme también constante jurisprudencia, cuando existan hechos que revelen inequívocamente la voluntad empresarial de poner fin a la relación contractual» (STS/Social 4 diciembre 1989 [RJ 1989\8925])”.

En conclusión, la doctrina legal deja claro que la existencia de un despido tácito debe estimarse cuando concurren hechos y conductas concluyentes del empresario que pongan de manifiesto su voluntad inequívoca de ruptura de la relación laboral, debiendo rechazarse cuando de la conducta empresarial se deduzca también de forma inequívoca la ausencia de esa voluntad extintiva y, por último que debe aplicarse cautelosa y restrictivamente en los supuestos de conductas equívocas e imprecisas que creen inseguridad jurídica del trabajador privándole de medios de defensa y beneficien ilegítimamente al empresario que la provoca normalmente con la finalidad de efectuar solapadamente un despido injustificado saliendo indemne de sus consecuencias indemnizatorias.

Aunque el despido tácito presenta múltiples manifestaciones⁸⁵⁸, sus ingredientes esenciales son la dejación por el empresario de dos obligaciones contractuales básicas: la ocupación efectiva del trabajador y la retribución salarial; y es, por tanto, en este escenario en donde enlaza con la dimisión provocada, ya que esa situación puede integrar también causa justa de la resolución a instancia del trabajador al amparo del art. 50 LET. La clave de la distinción radica entonces, como bien se ha dicho, en cuál sea la intención real subyacente en la conducta empresarial⁸⁵⁹, es decir en determinar sobre la base

⁸⁵⁸ Vid. una sistematización de las mismas en CABEZA PEREIRO, J., op. cit., pp. 301-309.

⁸⁵⁹ Ibidem, pg. 313.

de las circunstancias concurrentes si de éstas se infiere la voluntad inequívoca del empresario de extinguir el contrato (despido tácito) o, si por el contrario, los hechos configuran únicamente un escenario de incumplimiento empresarial justificativo de dimisión provocada, siendo la solución que se adopte de enorme trascendencia procesal para la viabilidad de ésta última, puesto que en el caso de estimarse la existencia de despido tácito, no oportunamente impugnado, éste produciría un efecto impeditivo o preclusivo de la resolución por voluntad del trabajador en la que, como se sabe, la sentencia es constitutiva y exige la pervivencia del contrato para su éxito.

Para ello resulta imprescindible resolver una premisa: la de si los incumplimientos empresariales concernientes al salario y la ocupación efectiva evidencian por sí mismos la voluntad inequívoca de la empresa de extinguir la relación lo que obligaría al trabajador a ejercitar la acción de despido, o si, por el contrario, se precisa la ponderación de otras circunstancias concurrentes para deducir cuál es la voluntad real del empresario, a lo que la doctrina unificada del TS ha dado indirectamente respuesta considerando que la situación de doble incumplimiento descrita es indiciaria pero no suficientemente concluyente de la existencia de un despido tácito, debiendo acudir a la ponderación de todos los hechos y conductas concurrentes; es decir, apunta a un inevitable casuismo que, por otra parte, se evidencia en los pronunciamientos judiciales recaídos en enjuiciamiento de supuestos en los que el tema de fondo es, precisamente, la viabilidad de la dimisión provocada⁸⁶⁰.

En efecto, la doctrina judicial de suplicación discurre mayoritariamente de conformidad con las pautas generales marcadas en este terreno por el Tribunal Supremo, estimando la existencia de despido tácito previo impeditivo de la resolución a instancias del trabajador en supuestos en que todos los elementos concurrentes, no solo el impago de salarios y la falta de ocupación efectiva,

⁸⁶⁰ STSud 16-11-1998, cit., que establece que “la cuestión de fondo que se suscita en el presente recurso de casación unificadora es la de si por el hecho de que con carácter previo al ejercicio de la acción rescisoria el empleador hubiera dejado de suministrar ocupación efectiva y de abonar los salarios al trabajador demandante, ello comporta por sí solo la existencia de un despido tácito que impide el ejercicio de la acción rescisoria. Sin embargo, la estructura del recurso de casación para la unificación de doctrina impide que, en el presente caso, pueda entrarse a conocer de la cuestión de fondo planteada”, ya que “aunque se partiera de una hipotética existencia del requisito de contradicción, esta Sala tendría que entrar a valorar las circunstancias de hecho concurrentes en el supuesto enjuiciado para determinar si eran o no reveladoras de una manifiesta voluntad extintiva empresarial”.

evidencian la voluntad inequívoca del empresario de dar por concluida la relación laboral⁸⁶¹ y rechazándola, tanto en los supuestos en que las circunstancias concurrentes no permiten inferir una voluntad extintiva de la empresa sino exactamente la contraria de no extinguir el contrato de trabajo⁸⁶², cuanto en aquéllos en los que los hechos y conductas del empresario conformen una situación “imprecisa, anómala y patológica” de ruptura difusa y clandestina del vínculo contractual con el propósito de salir indemne de la finalización de la relación laboral en abuso de derecho, censurado en el art. 7.2 CC, y al mismo tiempo provocadora de indefensión del trabajador ex art. 24 CE al verse privado éste de ejercitar las acciones judiciales arbitradas por el Derecho –la de despido, por estar ésta caducada y la resolutoria del art. 50.1.c) LET, por considerarse extinguido previamente el contrato por voluntad del empresario-⁸⁶³. En estos últimos casos de confusión creada deliberadamente por la empresa, la jurisprudencia concluye, con acierto, que lo que concurre no es más que, simple y llanamente, dos incumplimientos graves

⁸⁶¹ Así, STSJ Cataluña 16-3-2000 (AS 843), sobre la base de un presupuesto fáctico de impago de salarios, falta de ocupación efectiva del trabajador, baja en la Seguridad Social, cierre del centro de trabajo y un expediente de regulación de empleo tácitamente autorizado por silencio administrativo; STSJ Navarra 29-5-2000 (AS 1754) concurriendo impago reiterado de salarios, falta de ocupación efectiva y cierre de las instalaciones con cese de actividad; STSJ C. Valenciana 6-3-2003 (AS 1404), en un supuesto de cierre y cese definitivo de la actividad empresarial; STSJ Cataluña 11-01-2008 (AS 1023) para un caso de impago de salario, falta de ocupación y posterior cierre del centro de trabajo. Más discutible es la STSJ Andalucía 9-6-2000 (AS 4667) en un caso de impago de salarios, desocupación, considerándose irrelevante el hecho de que la actora continuara acudiendo al centro de trabajo dado que no se le podía impedir el acceso al no ser la APA contratante titular del centro docente, así como el hecho del alta de oficio en la Seguridad Social.

⁸⁶² Vid., v. gr. STSJ Madrid C. Valenciana 3-2-2000 (AS 2301), ya que la empresa no proporciona ocupación a los trabajadores recurriendo a la concesión sucesiva de vacaciones y permisos retribuidos y STSJ Cataluña 19-4-2003 (AS 2099) no paga los salarios ni proporciona trabajo pero dispone una convocatoria semanal de los mismos al centro de trabajo manteniéndolos a su disposición.

⁸⁶³ Vid., en este sentido, STSJ Madrid 17-10-2000 (AS 4680), que postula una interpretación *pro operario* de las normas aplicables a este tipo de supuestos, según la cuál los incumplimientos empresariales en materia salarial y ocupación efectiva que no se presenten como definitivos por su duración, así como el cierre del local donde se venía efectuando la prestación laboral que, ajeno a las instalaciones centrales de la empresa, podía interpretarse como un simple cambio de domicilio no notificado, no son hechos concluyentes en orden a estimar el despido tácito, que rechazado viabiliza la resolución solicitada por la trabajadora. Vid., así mismo, STSJ C. Valenciana 22-3-2001 (AS 3352), para la que los hechos no evidencian una voluntad inequívoca de la empresa de despedir aún produciéndose impago de salario y falta de ocupación, dado que se les exime a los trabajadores de asistir al trabajo “hasta nueva orden” y el cierre del centro de trabajo a lo sumo expresa voluntad de interrumpir temporalmente la actividad por los problemas burocráticos incidentes; STSJ Murcia 15-5-2002 (AS 1836) el impago de salario y la falta de ocupación prolongada manteniendo sin embargo la empresa al trabajador en situación de alta en la Seguridad Social, no permiten extraer la conclusión inequívoca de su voluntad de extinguir la relación laboral; en el mismo sentido STSJ Madrid 14-02-2006 (AS 673). La SJS nº 25 Madrid 30-6-2000 (AS 2411), rechaza calificar de despido tácito el incumplimiento por la empresa de las medidas coercitivas establecidas por el art. 282 LPL en ejecución de sentencia firme de despido cuando no se proceda a la readmisión (abono de salario, ocupación y alta y cotización a la Seguridad Social).

por parte del empresario justificativos de la dimisión provocada amparada simultáneamente en los apartados b) –falta de pago del salario- y c) –falta de ocupación efectiva- del art. 50 LET.

3 Conductas empresariales lesivas de derechos fundamentales y dimisión provocada. Especial referencia a la cláusula de conciencia de los profesionales de la información y la doctrina constitucional de la “autotutela inmediata”.

Si el art. 50.1 ET a través de su cláusula general sirve, como se ha visto, de cauce para que el trabajador obtenga la resolución indemnizada del contrato ante los diversos incumplimientos empresariales graves hasta ahora comentados, resulta de todo punto indebatible su operatividad como soporte de la opción resolutoria cuando el incumplimiento empresarial venga dado por la vulneración de derechos fundamentales del trabajador, ya lo sean específicos o inespecíficos.

Ya se ha advertido, sin embargo, que en los supuestos de afectación de derechos fundamentales el medio jurídico de defensa más adecuado para la plena efectividad de los mismos, más que la dimisión provocada, es la exigencia del cumplimiento, ya que ello comporta, de apreciarse la lesión alegada, la nulidad de la conducta lesiva, la reposición a la situación anterior a su producción y, en su caso, el resarcimiento de daños y perjuicios causados, todo ello en los términos establecidos en los arts. 175 ss. LPL reguladores en el orden laboral del proceso especial de amparo ordinario. En efecto, la búsqueda por el trabajador de una tutela restitutoria del derecho vulnerado –tutela real- a través de la revocación judicial de la conducta vulneradora, el resarcimiento del daño producido y el mantenimiento del puesto de trabajo, deberá discurrir por este cauce procesal, teniendo en cuenta, eso sí, los condicionantes inherentes a esta vía de tutela, sentados por la doctrina constitucional. Básicamente, estos condicionantes, ya señalados *supra* se resumen en la limitación de su ámbito cognitivo, lo que obliga al el juzgador *a quo* a ceñirse única y exclusivamente al discernimiento de si se ha producido o no la violación de derechos fundamentales o se ha incurrido en discriminación, sin entrar en la ponderación

de lesión de derechos de legalidad ordinaria ⁸⁶⁴; en la necesaria invocación del derecho fundamental vulnerado, para lo que bastará la acotación suficiente del contenido del precepto constitucional infringido ⁸⁶⁵; y por último, la aportación por el demandante de los indicios que establezcan razonablemente la probabilidad de la lesión alegada o, dicho en otras palabras, un principio de prueba, ya que sólo de esta forma opera la inversión de la carga probatoria haciéndola recaer sobre el empresario al que le corresponderá acreditar que su actuación tiene una causa real ajena a la vulneración que se invoca y que dicha causa tiene entidad suficiente para adoptar la decisión o comportamiento ⁸⁶⁶.

Cumplíndose estas premisas, si el juzgador estima la existencia de la lesión, declarará la nulidad radical de la conducta empresarial y ordenará el cese inmediato de la medida o comportamiento lesivo, la reposición de la situación al momento anterior a su producción y la reparación de las consecuencias derivadas del mismo, incluyendo, en su caso, la condena al pago de una indemnización de los perjuicios causados (art. 180 LPL) que podrá abarcar tanto daños materiales cuanto morales. Respecto a la indemnización de daño moral, muy frecuente alegación en los supuestos de lesión de derechos fundamentales, ha de precisarse que el Tribunal Supremo en unificación de doctrina ha sentado el criterio de que una vez que resulte acreditada la vulneración del derecho fundamental invocada por el trabajador, la existencia del daño moral se presume debiendo decretar por tanto el

⁸⁶⁴ Esta es la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su reciente STC 116/2001 (RTC 2001, 116), en la que se determina que el procedimiento de amparo ordinario tiene un ámbito de cognición limitado, por lo que por este cauce procesal no pueden resolverse cuestiones de mera legalidad ordinaria.

⁸⁶⁵ Según el TC este requisito no es meramente formal o rituario, sino que se articula con la finalidad de garantizar el principio de subsidiariedad en la actuación del propio Tribunal respecto de la tutela judicial que deben dispensar los órganos jurisdiccionales ordinarios; vid., en este sentido, entre otras, SSTC 20-11-1996 (RTC 168); 30-6-1998 (RTC 146); 26-4-1999 (RTC 62) y 18-6-2001 (RTC 136), si bien es interpretado con flexibilidad y en clave finalista en el sentido de no considerarse imprescindible la cita concreta del precepto constitucional infringido ni la mención de su *nomen iuris*, siendo suficiente la acotación del contenido del precepto conculcado en orden al pronunciamiento del órgano jurisdiccional acerca de las infracciones aducidas (SSTC 26-4-1999, cit.; 28-2-2000 (RTC 53); 5-5-2000 (RTC 111), 24-7-2000 (RTC 199) y 18-6-2001 (RTC 136).

⁸⁶⁶ (RTC 266); 87/1998 de 21 de abril; 29/2000 de 31 de enero y 190/2001 de 1 de octubre. La aportación de tales indicios es así un deber que recae sobre el demandante que por tanto no puede limitarse a alegar sin más la discriminación o lesión de un derecho fundamental, sino que queda obligado a “aportar algún elemento que, sin servir para formar de una manera plena la convicción del Juez sobre la existencia de hechos normalmente constitutivos de lesión del derecho, le induzca a una creencia racional sobre su probabilidad”, vid. STC 18-6-2001, cit., y en el mismo sentido, SSTC 38/1981 de 23 de noviembre; 14-2-1992 (RTC 21) y 20-9-1993

juzgador la indemnización correspondiente sin necesidad de prueba alguna del perjuicio inferido por parte de la víctima de la lesión ⁸⁶⁷, doctrina que, no obstante, se matiza en el sentido de que el sujeto afectado por la lesión queda obligado a alegar en su demanda “ los indicios o fundamentos que permitan apoyar su concreta pretensión indemnizatoria, justificando que la compensación exigida procede....por ser razonable y proporcionada al perjuicio sufrido” ⁸⁶⁸. En definitiva y sin perjuicio de que la fijación del *quantum* indemnizatorio queda al libre arbitrio judicial atendiendo a la ponderación de las circunstancias concurrentes así como al principio de proporcionalidad en relación con las establecidas en supuestos semejantes ⁸⁶⁹, la doctrina legal viene a exigir la aportación de elementos o indicios de la razonabilidad y proporcionalidad de la indemnización reclamada en función del perjuicio ocasionado.

Pero, por lo que ahora interesa, la exigencia del cumplimiento no es la única respuesta jurídica frente a la discriminación o la conculcación por el empleador de derechos fundamentales del trabajador, sino que el ordenamiento también da cobertura a la decisión del trabajador de resolver el vínculo contractual ex art. 50 ET, por la que podrá optar el trabajador, en clave de alternativa o de modo sucesivo a la anterior, cuando las circunstancias concurrentes hagan que su voluntad sea la salida definitiva de la empresa. Y así lo ha entendido, efectivamente, la jurisprudencia al estimar la pretensión extintiva ejercitada por el trabajador frente a conductas empresariales vulneradoras de derechos fundamentales, particularmente de los derechos de libertad sindical, a la intimidad, a la dignidad, a la igualdad de trato y no discriminación y a la integridad física y moral que, sin perjuicio de su relevancia constitucional, el legislador ha querido proyectar específicamente en la relación laboral recepcionándolos en el art. 4.2 LET como derechos básicos del trabajador.

A este respecto no abundan pero en todo caso deben ser reseñados los pronunciamientos judiciales de suplicación que estiman la pretensión de dimisión del trabajador por conducta empresarial violadora del derecho de

⁸⁶⁷ STSud. 9-6-1993 (RJ 4553).

⁸⁶⁸ En este sentido, cfr. SSTSud 20-1-1997 (RJ 620); 2-2-1998 (RJ 1251); postura acogida también por la doctrina judicial, cfr. STSJ Galicia 23-7-2001, AL, n^o 1, 2002 (R. 18).

⁸⁶⁹ Vid. STS 5-4-1994 (RJ 2878); STSJ Galicia 7-5-2002 (AS 3541);

libertad sindical del trabajador, entendiendo que constituye un incumplimiento grave incardinable en la letra c) del art. 50.1 ET⁸⁷⁰. En estas resoluciones la presión ejercida por el empresario sobre el trabajador con el propósito de forzar su afiliación a un determinado sindicato y condicionando a ésta la estabilidad en el empleo y la promoción dentro de la empresa, determina en sí misma un incumplimiento que alcanza las cotas de gravedad exigidas por el art. 50 ET por vulnerar “el derecho a la libertad sindical individual en su sentido negativo” reconocido en el art. 28.1 CE, cuanto más cuando la presión se ejerce a través de injustificadas modificaciones de condiciones de trabajo, impago de salarios o retrasos en su abono o sanciones ilícitas que son consideradas por el juzgador como incumplimientos complementarios que vienen a reforzar la gravedad y la antijuridicidad del comportamiento antisindical del empleador. Del mismo modo, la diferencia de trato sufrida por el trabajador en materia de clasificación profesional, retribución y disciplinaria contraria al derecho de igualdad y no discriminación en el trabajo ex art. 14 CE, se ha calificado también de incumplimiento encuadrable en el art. 50.1.c) ET⁸⁷¹.

Por el contrario, la dimisión provocada casualizada en conductas empresariales atentatorias contra los derechos fundamentales a la intimidad y dignidad personal y a la integridad física y moral está cada vez más presente en la práctica forense, reconduciéndose básicamente a supuestos de acoso sexual y acoso moral en el trabajo que van a ser objeto de tratamiento pormenorizado y específico en la Parte IV de este trabajo, no sólo por su incidencia cualitativa y emergencia cuantitativa en las relaciones de trabajo, sino porque han consituido el germen para una reconstrucción doctrinal y jurisprudencial del art. 50 LET en la lógica constitucional-garantista de tutela reforzada de los derechos fundamentales de la persona del trabajador.

Por tal razón, este apartado del trabajo se dedicará a partir de ahora en exclusiva a un estudio detallado de la tutela constitucional de la afectación empresarial de la cláusula de conciencia de los profesionales de la información,

⁸⁷⁰ Vid. SSTSJ C. Valenciana 31-3-1999 (AS 1520) y 13-1-2000 (AS 2172).

⁸⁷¹ Vid. STSJ C. Valenciana 29-11-2001 (AS 2002, 3256), en un supuesto en que el trabajador sufría diferencia de trato respecto a trabajadores en su misma situación, materializada en la negativa del empresario a reconocerle la categoría profesional correspondiente a las funciones realizadas, a la retribución de las “horas de presencia” y en la imposición de sanciones injustificadas, entre las que se encontraba un despido anterior calificado de improcedente.

y ello debido a que al hilo de este supuesto se ha construido la importantísima doctrina de la “autotutela inmediata” del trabajador que, aunque implementable *ad casum*, doctrina y jurisprudencia unificada han terminado trasladando a cualquier supuesto de vulneración de derechos fundamentales del trabajador viabilizado por el art. 50 LET, tal como se ha adelantado *supra* y se volverá a reiterar respecto al acoso laboral, contribuyendo así a la reformulación evolutiva y en lógica constitucional de la dimisión provocada en el plano procedimental. En efecto, se trata ahora de efectuar un comentario acerca de la resolución indemnizada del contrato de trabajo de los profesionales de la información por afectación del derecho fundamental a la cláusula de conciencia consagrado en el art. 20.1.d) CE y regulado por la L.O. 2/1997 de 19 de junio⁸⁷², específicamente para el supuesto en que el periodista es sujeto de una relación laboral, es decir un periodista-trabajador subordinado, al hilo de su interpretación por la doctrina constitucional que ha resultado de enorme trascendencia, sobre todo en el plano procedimental, para la reconstrucción interpretativa de la dimisión provocada “común” del art. 50 LET como técnica de tutela constitucional (no de mera legalidad ordinaria) de los derechos de la personalidad del trabajador.

El derecho a la cláusula de conciencia ha sido y sigue siendo un derecho instrumental funcionalizado a preservar la independencia y la libertad de información del profesional frente a la empresa de comunicación que lo emplea por lo que, conforme a esta finalidad, su contenido esencial se integra con facultad que se le otorga a su titular a “rescindir” la relación jurídico-laboral que le vincula al medio de comunicación con derecho a la indemnización que se hubiere pactado individual o convencionalmente, o, en su defecto la de despido improcedente, siempre que en aquél medio se produzca un cambio sustancial de orientación informativa (art. 2.1 LO 271997). La titularidad del derecho, el mecanismo de ejercicio y el procedimiento de invocación evidencian su

⁸⁷² Si bien con anterioridad a su desarrollo legislativo ya había sido recepcionado por algunos códigos deontológicos profesionales, estatutos de redacción y convenios colectivos aplicables a empresas de comunicación, posibilidad ésta última que contaba con refrendo del Tribunal Constitucional. En este sentido se pronuncia expresamente en STC 8-11-1999 (RTC 199) que advierte que la “posibilidad de incorporación convencional de referencias a derechos fundamentales es admitida por nuestra jurisprudencia desde la STC 58\1985. Sobre esta regulación infralegal previa a la L.O. 2/1997, vid. RAMOS SIMÓN, L.F.: “Cláusula de conciencia: la iniciativa profesional sustituye al Parlamento”, *Revista de Ciencias de la Información*, n^o 9, 1994, pp. 133 y ss.; CALVO GALLEGOS, J.: “La cláusula de conciencia de periodistas e informadores”, *RL*, n^o 13, 1995, pp. 37 y ss.

similitud con la facultad reconocida al trabajador de resolución causal e indemnizada del contrato de trabajo regulada en el art. 50 ET, objeto de nuestro estudio, por lo que resulta conveniente abordar un análisis comparativo de ambos institutos, cuanto más habiéndose generado una trascendente doctrina constitucional que, además de contribuir a clarificar aspectos aún oscuros del régimen jurídico de la cláusula de conciencia, sobre todo en lo concerniente a los puntos críticos de su mecanismo de invocación, puede ser extrapolable y de gran utilidad en la construcción general de la figura de la dimisión provocada estatutaria ⁸⁷³.

El derecho fundamental a la cláusula de conciencia de periodistas e informadores es en nuestro ordenamiento jurídico un derecho joven -frente a su tradición en el derecho comparado⁸⁷⁴- y de perfiles no absolutamente definidos, por lo que, pese al tiempo transcurrido desde su normativización al máximo nivel, en lo que nuestro Derecho si ha sido pionero, sigue suscitando, como se ha dicho, dudas acerca de aspectos básicos de su régimen jurídico, tales como su titularidad, contenido y forma de ejercicio en el marco de la relación laboral, cuestiones que han sido atendidas por nuestra doctrina científica ⁸⁷⁵ así como por la jurisprudencia constitucional, siendo los que también aquí interesan al objeto de efectuar un análisis comparado de la cláusula y la dimisión provocada regulada en el art. 50 ET.

En lo que concierne a la titularidad y el contenido de la cláusula de conciencia son dos aspectos, recíprocamente interconectados, que han sido

⁸⁷³ La doctrina constitucional mencionada se contiene en las SSTC 8-11-1999 (RTC 199) y 9-12-2002 (RTC 225), únicas por el momento en materia de cláusula de conciencia.

⁸⁷⁴ En el ordenamiento francés, la actual regulación de la cláusula de conciencia se recoge en el art. 761-7 del Code du Travail de 1973 que receptiona la primitiva regulación contenida en la Ley de 29 de marzo de 1935; para un estudio del instituto en la doctrina gala, vid. DURAND, J.L.: “La clause de conscience des journalistes professionnels”, *Droit Social*, nº 3, 1994. Por lo que respecta al sistema italiano, este derecho fue en principio de construcción jurisprudencial para pasar después a reconocerse y regularse en los convenios colectivos nacionales del sector, siendo analizado entre otros autores por PEDRAZZIOLI, M.: “La clausola di coscienza a favore del giornalista e la sua evoluzione”, en *Giurisprudenza Italiana*, 1977, I Y PERA, G.: “Sul caso di coscienza dei giornalisti”, en *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 1976. Sobre el contenido del derecho en otros ordenamientos, como el portugués y el austriaco, vid. CARRILLO, M.: *La Cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 150 y ss.

⁸⁷⁵ Para un estudio monográfico sobre el ejercicio del derecho a la cláusula de conciencia en la relación laboral, vid. Molina Navarrete, C.: *Empresas de comunicación y cláusula de conciencia de los periodistas*, Comares, Granada, 2000 y SEGALÉS FIDALGO, J.: *La cláusula de conciencia del profesional de la información como sujeto de una relación laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000. Con anterioridad a la L.O 2/1997, vid. CALVO GALLEGO, J.: *Contrato de trabajo y libertad ideológica. Derechos fundamentales y organizaciones de tendencia*, CES, Madrid, 1995.

tratados por el Tribunal Constitucional en su primera sentencia sobre la materia ⁸⁷⁶. A este respecto, el TC ha puesto de relieve el carácter instrumental del derecho en relación con el también derecho fundamental a la libertad de información en su doble vertiente subjetiva e institucional, con lo que el “reconocimiento de la cláusula de conciencia al profesional en el ejercicio de su libertad de información no puede entenderse exclusivamente como un derecho particular de aquél, sino, al tiempo, como garantía de que a su través se preserva igualmente la satisfacción del carácter objetivo de dicha libertad, de su papel como pieza básica en el sistema democrático y de su finalidad como derecho a transmitir y recibir una información libre y plural”. Desde esa perspectiva constitucional es como ha de entenderse su contenido complejo – facultad del profesional de negarse a participar en la elaboración de informaciones contrarias a los principios éticos de la comunicación y su expresión más significativa, la facultad de solicitar la rescisión de la relación jurídico-laboral cuando en el medio de comunicación se produzca un cambio sustancial de orientación informativa o de línea ideológica-, así como su finalidad de garantía de la independencia del profesional en el desempeño de sus funciones.

Delimitado así el contenido y finalidad, la cuestión relativa a su titularidad se resuelve en el sentido de considerar incluidos en el ámbito subjetivo del derecho a la cláusula de conciencia a los profesionales que ostentan a su vez la titularidad de la libertad de información y la ejercen a través de la prensa como vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública, de modo que, aunque desde la óptica constitucional el TC considera que no es posible elaborar un catálogo cerrado de categorías profesionales ni de funciones como criterio de legitimación para la invocación de la cláusula ante una eventual afectación del derecho, su delimitación subjetiva no puede hacerse con abstracción de las funciones que realice el trabajador en la empresa de comunicación, que deben estar ligadas a la finalidad que el ordenamiento le atribuye. En definitiva, pues, poniendo en relación la construcción del TC con los elementos objetivos incorporados a la LO 2/97, el sujeto titular del derecho y legitimado para su invocación no es el periodista *in genere*, sino

⁸⁷⁶ STC 1999 8-11-1999 (RTC 199).

específicamente un profesional de la información sujeto de una relación laboral que ejerza, a través de sus funciones habituales, la libertad de información en una empresa de comunicación ⁸⁷⁷. Queda claro, pues, la identidad existente entre cláusula de conciencia y la dimisión provocada del art. 50 ET en el plano subjetivo de la titularidad, ya que en ambos casos la legitimación para ejercitar facultad extintiva se reconoce a un trabajador subordinado, si bien en el primer caso a un trabajador cualificado por las funciones desempeñadas de transmisión de información y creación de opinión en el sector de las empresas de comunicación.

Sin embargo, aunque en este caso el TC no se detuvo en la forma de ejercicio del derecho fundamental, este aspecto específico, es decir el protocolo de invocación de la cláusula, ha sido posteriormente abordado por la doctrina constitucional en la constructiva fundamentación jurídica de la reciente sentencia del TC de 9 de diciembre de 2002 ⁸⁷⁸ que resulta paradigmática en orden a definir la frontera entre ambos institutos extintivos, ya que con anterioridad a la L.O. 2/97 las normas convencionales, las resoluciones judiciales de suplicación y parte de la escasa doctrina iuslaboralista que hasta ese momento se preocupó de su tratamiento recurrió explícita o implícitamente al esquema jurídico del art. 50 ET para la construcción del protocolo extintivo que integra el contenido esencial de la cláusula de conciencia ⁸⁷⁹.

La posterior aprobación de la L.O 2/97 tampoco contribuyó a la distinción de las dos figuras dado que el art. 2.1 de la Ley 2/1997 reconoce al periodista-trabajador, en caso de mutación sustancial de la línea editorial de la empresa en la que trabaje, la facultad de solicitar la “rescisión” de su relación jurídica con derecho a percibir la indemnización correspondiente al despido improcedente, en unos términos literales prácticamente idénticos a los utilizados por el art. 50 ET, lo que llevó a la doctrina de suplicación a trasladar automáticamente a aquél protocolo extintivo los mismos presupuestos inherentes, según reiterada jurisprudencia, al regulado por el precepto

⁸⁷⁷ Vid. en este sentido, SEGALÉS FIDALGO, J.: “Notas sobre el primer pronunciamiento del TC en materia del derecho a la cláusula de conciencia de los profesionales de la información”, *Revista de Derecho Social*, nº 9, 2000, pp. 131-133.

⁸⁷⁸ RTC 2002, 225.

⁸⁷⁹ Vid., CALVO GALLEGOS, J.: “Sobre el modo de ejercicio de la cláusula de conciencia y otras cuestiones conexas”, *Aranzadi Social*, nº 20, febrero, 2003, pg. 25.

estatutario, esto es, su carácter judicial, naturaleza constitutiva de la sentencia y por tanto la exigencia de que la prestación laboral del periodista se mantenga en vigor hasta que recaiga sentencia firme estimatoria de la pretensión extintiva.

Esta interpretación estricta o literal de la cláusula de conciencia sostenida por los pronunciamientos de suplicación ⁸⁸⁰ con anterioridad a la última resolución del TC al respecto, ha sido objeto de merecida crítica doctrinal que considera que la entronización de un mecanismo necesariamente judicial para su invocación choca abiertamente no sólo con la tradición histórica y comparada de la formulación estrictamente dimisionaria e indemnizatoria de la cláusula de conciencia, sino con la propia finalidad que la normativa aplicable le atribuye de preservar la independencia y garantizar la libertad de información del periodista, postulándose una interpretación histórica y a la vez evolutiva centrada en el reconocimiento al informador afectado de una doble posibilidad ante la lesión de su derecho: bien optar por la fórmula de la extinción judicial, o bien por la fórmula de autotutela directa de la dimisión acudiendo sólo a la vía jurisdiccional para la reclamación de la indemnización que no se le hiciere efectiva por parte del empleador ⁸⁸¹.

Es más, esta misma doctrina, a mayor abundamiento, cuestiona la pretendida identidad entre el art. 2.1 de la L.O. 2/97 y el art. 50 ET en el plano causal y lo hace sobre la base de la finalidad de la cláusula de conciencia, entendiendo que si su propósito es compatibilizar la independencia del periodista con la libertad de información también reconocida a los medios de comunicación (STC 199/1999) y la libertad de empresa ex art. 38 CE predicable de éstos, el conflicto que la cláusula resuelve con la extinción indemnizada del contrato de trabajo del informador no es compatible con aquél del que parte el precepto estatutario configurado por un incumplimiento contractual del empresario. La idea fuerza es que, mientras que en el marco normativo de la dimisión provocada (arts. 49.1.j) y 50 ET) es requisito esencial un previo incumplimiento contractual grave al que se anuda la extinción

⁸⁸⁰ Vid. STSJ Madrid 5-5-1998 (AS 1705).

⁸⁸¹ En este sentido, vid. SEGALÉS FIDALGO, J.: La cláusula de conciencia del profesional de la información..., cit., pp. 339 y ss. y del mismo autor "Notas sobre el primer pronunciamiento...", cit., pg. 139.

constitutiva, en el art. 2.1 L.O 2/97 el presupuesto causal de la “rescisión” indemnizada del trabajador –el cambio de la línea editorial de la empresa de comunicación- no reviste los caracteres de incumplimiento, sino de un conflicto entre intereses legítimos y excluyentes del empleador –la libertad de información y de empresa- y del trabajador de la información – la libertad de información, también aquí, y su independencia- , un conflicto, por lo demás, de perfiles muy próximos al contemplado al establecerse la dimisión indemnizada (autotutela inmediata) de los arts. 40.1 y 41.3 ET. Con este entendimiento centrado en la diversa conceptualización causal de la cláusula de conciencia y la dimisión provocada, en la invocación de la primera, contrariamente a lo exigido en el art. 50 ET, habría que excluir el procedimiento de carácter “heterocompositivo”⁸⁸².

Sin embargo, esta línea argumental basada en la diferenciación en el plano causal de la cláusula de conciencia y la dimisión provocada no es, a mi juicio, definitiva. Afirmar que la primera figura no reposa en un escenario de incumplimiento es discutible, pues si bien no cabe duda de que en principio parte de un conflicto de intereses legítimos entre las partes de la relación laboral, la antijuridicidad deviene cuando el ejercicio de la facultad legítima de la empresa de comunicación –el cambio sustancial de orientación informativa o de línea ideológica- menoscaba el derecho a la libertad informativa del periodista, siendo entonces cuando puede hablarse ya de incumplimiento empresarial que justificaría la aplicación de la cláusula de conciencia. Este escenario, bien mirado, es perfectamente equiparable al descrito en la primera apertura causal del art. 50 ET, que como se recordará está integrado por una modificación sustancial de condiciones de trabajo que produce un perjuicio a la formación profesional o menoscaba la dignidad del trabajador. Se trata por tanto de un supuesto en el que el empleador implanta una medida modificativa en el ejercicio legítimo de sus poderes organizativos atendiendo a

⁸⁸² Vid., esta argumentación en SEGALÉS FIDALGO, J.: “La extinción del contrato de trabajo por invocación de la cláusula de conciencia”, Revista de Derecho Social, nº 20, 2002, pp. 147-149. Estando de acuerdo con la diversidad que en el plano causal existe entre la cláusula de conciencia y la dimisión provocada, el autor, a mi juicio, incurre en una contradicción al afirmar que el periodista que no ostente la condición jurídica de trabajador podrá invocar la cláusula viabilizando la extinción a través del art. 1124 CC, que como se recordará regula la resolución de las obligaciones obligatorias **por incumplimiento**, por lo que, según su tesis de la inexistencia de este presupuesto en la cláusula de conciencia, haría inviable su aplicación.

requerimientos de funcionamiento de la empresa, pero en el momento en que el ejercicio de esa potestad dotada de amparo legal (art. 41 ET) trae como consecuencia una vulneración de derechos del trabajador reconocidos en sede legal y con relevancia constitucional es cuando el incumplimiento tipificado en el art. 50 ET y se hace operativa la facultad resolutoria que en el precepto se regula.

Recalando de nuevo en el problema del procedimiento de ejercicio de la cláusula de conciencia, la última doctrina constitucional referenciada ⁸⁸³, viene a terciar en esta espinosa cuestión interpretativa con argumentos en gran medida esclarecedores. En efecto, el TC reconoce que aunque en el origen histórico de la cláusula de conciencia la posibilidad de una dimisión indemnizada directa del periodista resulta viable, el derecho es susceptible de ser dotado de un contenido variable, con lo que indirectamente, viene a admitir la posibilidad de una fórmula procedimental distinta a la dimisionaria, pero sin perjuicio de lo anterior y tras subrayar la interdependencia entre la cláusula de conciencia y la libertad de información, llega a una doble conclusión: por un lado, que una imposición legal de la resolución judicial constitutiva y en consecuencia de la obligación del profesional de continuar en el desempeño de su puesto de trabajo hasta que recaiga sentencia –procedimiento por el que opta el art. 50 ET- implica aceptar la vulneración del derecho fundamental que, aun con carácter meramente transitorio, resulta constitucionalmente inadmisibles por afectación de su contenido esencial ⁸⁸⁴; y por otro lado, y a modo de corolario del argumento anterior, que “los intereses constitucionalmente protegidos reclaman la viabilidad, aun no estando expresamente prevista en el art. 2.1 de la Ley Orgánica 2/1997, de una decisión unilateral del profesional de la información que extinga la relación jurídica con la posibilidad de reclamación posterior de la indemnización” en uso de una garantía inhibitoria mínima que cabe deducir de un derecho fundamental.

Pese a todo, el TC no llega a cuestionar la constitucionalidad de la fórmula extintiva adoptada por la LO 2/97 tributaria de la dimisión provocada regulada en el art. 50 ET, como quizá hubiera cabido esperar a la luz de la

⁸⁸³ STC 9-12-2002, cit.

⁸⁸⁴ STC 9-12-2002, cit, F.j. 4^o.

argumentación sostenida, ni tampoco hace uso –como proponía el Ministerio Fiscal en su solicitud de concesión de amparo al actor- de las excepciones que la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a dicho precepto estatutario opone a la regla general de la continuidad de la prestación laboral hasta que recaiga la sentencia constitutiva que, como se sabe, exime al trabajador de esta obligación cuando concurren circunstancias que hagan insoportable la convivencia laboral ⁸⁸⁵, o cuando la continuidad atente contra la dignidad, la integridad personal o, en general, contra los derechos fundamentales del trabajador ⁸⁸⁶. El TC, obviando esos dos itinerarios, llega a una solución de compromiso consistente en admitir implícitamente que la cláusula de conciencia establece el mismo procedimiento extintivo de la dimisión provocada estatutaria, pero apreciando que se trata de un protocolo entorpecedor del ejercicio del derecho fundamental que se invoca, autoriza la dimisión extrajudicial inmediata con el objeto de preservar su contenido esencial y finalidad. Dicho en otras palabras, el TC parece avalar la hipótesis interpretativa, ya anteriormente postulada por la doctrina, de que la L.O 2/97 ofrece implícitamente al periodista-trabajador un alternativa opcional entre la extinción judicial –en paralelo con la dimisión provocada- y la unilateral dimisión directa e indemnizada, pudiendo optar libremente por la primera vía con el objeto de evitar el riesgo de que una eventual desestimación ulterior de la pretensión indemnizatoria abocara en la gravosa pérdida del empleo sin reparación alguna al entenderse extinguida previamente la relación de trabajo por desistimiento, peligro del que, por cierto, también advierte el TC ⁸⁸⁷.

La contribución de esta doctrina constitucional a la definición de la figura de la cláusula de conciencia es, sin duda, encomiable, pero además resulta de enorme utilidad para resolver uno de los principales problemas que plantea la dimisión provocada, ahora en su formulación en el art. 50 ET, particularmente cuando su ejercicio trae causa en la vulneración por parte empresarial de

⁸⁸⁵ Vid. SSTS 26-11-1986 (RJ 6516); 18-7-1990 (RJ 6425); 23-4-1996 (RJ 3403).

⁸⁸⁶ STS 8-11-2000 (RJ 2001, 1419).

⁸⁸⁷ Vid., en este sentido, SEGALÉS FIDALGO, J.: La cláusula de conciencia..., cit. pp. 331-356 y posteriormente el mismo autor en “La extinción del contrato de trabajo por invocación de la cláusula de conciencia”, cit., pg. 157. No obstante, la fórmula que propone el autor, en caso de optar por la resolución judicial, de solicitar una suspensión cautelar de la relación laboral en orden a evitar que durante la sustanciación del proceso deba mantenerse la prestación de trabajo del informador, resulta técnicamente problemática dado el ámbito restrictivo que a las medidas cautelares otorga el art. 178 LPL en el marco del procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales.

derechos fundamentales del trabajador tales como el derecho a la intimidad y a la dignidad personal, a la igualdad y no discriminación, a la integridad física o a la integridad moral, supuestos cada vez más frecuentes en la práctica forense referida a esta institución extintiva.

En efecto, si como sostiene el TC a propósito de la invocación de la cláusula de conciencia, la imposición de un procedimiento extintivo judicial de naturaleza heterocompositiva que obligue al trabajador a mantener viva la relación laboral forzando la prestación de trabajo durante la tramitación del proceso hasta que se dicte la sentencia constitutiva, implica amparar, aunque sea transitoriamente, la lesión de un derecho fundamental por parte del empleador, es un solución rechazable debiendo admitirse la vía alternativa de la dimisión directa indemnizada, esta misma solución debe ser aplicada sin matices en los supuestos en que la resolución contractual a instancia del trabajador canalizada por el art. 50 ET esté casualizada en medidas o conductas del empresario conculcadoras de derechos fundamentales. Dicho en otras palabras, en estos supuestos la tradicional construcción jurisprudencial sobre el art. 50 ET exigente de una resolución *ope iudicis* debe ser modalizada en el sentido marcado por la doctrina constitucional comentada, es decir admitiendo, en clave de opción, la posibilidad de dos medios alternativos de ejercicio de la facultad extintiva: el protocolo judicial constitutivo y la vía alternativa de la dimisión indemnizada extrajudicial, por ser ésta la mejor fórmula para garantizar el contenido esencial o, utilizando los términos del TC, para preservar concreta y efectivamente los intereses jurídicamente protegibles que dan vida a los derechos fundamentales que pueda invocar el trabajador, sin que sea preciso entonces recurrir a las circunstancias excepcionales a las que la jurisprudencia ya mencionada apela para exonerarle de la obligación de mantener la prestación laboral. De este modo, sólo si el trabajador desea evitar el riesgo de que una ulterior desestimación de su pretensión indemnizatoria por no apreciarse la vulneración alegada constitutiva del incumplimiento empresarial pueda determinar una extinción voluntaria no compensada, podría optar por recurrir al procedimiento judicial extintivo soportando, eso sí, la carga de mantener durante su tramitación la prestación de servicios, ya que aunque en él se recepcionen las garantías procesales

inherentes a la tutela de derechos fundamentales, la posibilidad de solicitar como medida cautelar la suspensión del contrato de trabajo ex art. 178 LPL encuentra importantes dificultades técnico-jurídicas a tenor de los términos restrictivos con los que se expresa el citado precepto de la Ley adjetiva ⁸⁸⁸.

⁸⁸⁸ En efecto, el art. 178 LPL supedita la solicitud de la suspensión cautelar de los efectos del acto impugnado cuando se trate de presuntas lesiones que impidan la presentación de candidatos o el ejercicio de funciones de representación legal o sindical en la negociación colectiva, en reestructuraciones de plantilla u otras cuestiones trascendentales que afecten al interés general de los trabajadores, circunstancias que normalmente no concurren en los supuestos de dimisión provocada.

PARTE III.

CAPITULO V. DIMISIÓN PROVOCADA Y CRISIS DE EMPRESA: EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INSTITUCIÓN RESOLUTORIA EX ART. 50 ET EN LOS SUBSISTEMAS NORMATIVOS ESTATUTARIO Y CONCURSAL REGULADORES DE LAS REESTRUCTURACIONES EMPRESARIALES

I. INTRODUCCION. EL CONTEXTO: LA CRISIS DE EMPRESA Y LAS MEDIDAS LABORALES DE REESTRUCTURACIÓN EN EL REGIMEN ESTATUTARIO Y EL NUEVO RÉGIMEN CONCURSAL

1. Los presupuestos fácticos del fenómeno de las crisis y reestructuraciones de empresa. Formas de instrumentación jurídico-económica de las reestructuraciones de empresa
2. Los conceptos de crisis/reestructuración de empresa e instrumentación jurídico-laboral de la crisis
3. El Derecho del Trabajo, el Derecho Concursal y la gestión del interés social en la crisis de la empresa

II.DIMISIÓN PROVOCADA EX ART. 50.1.c) LET Y REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL EN LOS SUBSISTEMAS NORMATIVOS ESTATUTARIO Y CONCURSAL

1. La acción resolutoria ex art. 50.1.b) ET y su dinámica en la crisis extraconcursal de empresa. El régimen jurídico estatutario y la vigente jurisprudencia interpretativa
 - 1.1 Objeto y requisitos del incumplimiento resolutorio ex art. 50.1.b) ET
 - 1.2 La cuestión de la culpabilidad del incumplimiento resolutorio. Especial referencia a los supuestos de crisis y reestructuración empresarial en la doctrina unificada
 - 1.3 Procedimiento y efectos de la resolución contractual ex art. 50 ET. El carácter judicial de la figura resolutoria
2. La acción resolutoria ex art. 50.1.b) y su dinámica en el marco de crisis de empresa formalizada en concurso: el nuevo régimen jurídico concursal ex Ley 22/2003, Concursal

- 2.1 Presupuestos de las resoluciones colectivizadas ex art. 64.10 LC
 - 2.1.1 Las resoluciones individuales objeto de la colectivización concursal
 - 2.1.2 El umbral cuantitativo-numérico. Puntos críticos
 - 2.1.2.1 Resoluciones individuales computables
 - 2.1.2.2 El problema de la extensión competencial del juez del concurso
- 2.2. El procedimiento de las resoluciones contractuales colectivizadas del art. 64.10 LC
 - 2.2.1 La ampliación indirecta de los sujetos legitimados para la iniciación del procedimiento
 - 2.2.2 El criterio de tratamiento (apreciación) judicial de las resoluciones colectivizadas en el marco del procedimiento concursal
- 2.3 Implicaciones sustantivas. Los problemas del régimen indemnizatorio de las resoluciones colectivizadas
 - 2.3.2 El *quantum* indemnizatorio: la indemnización mayor del art. 50.2 ET vs indemnización menor del art. 51.8 ET
 - 2.3.2 La viabilidad de pacto colectivo de mejora de la indemnización legal tasada
 - 2.3.3 Tiempo y título jurídico de las indemnizaciones vinculadas a las resoluciones contractuales impropias. Problemas aplicativos
- 2.4 La resolución del juez del concurso: el auto judicial y sus efectos jurídicos. Especial referencia a las resoluciones colectivizadas ex art. 64.10 LC
- 2.5 Las impugnaciones del auto judicial resolutorio del procedimiento de regulación de empleo concursal

2.5.2 La impugnación del auto vía “incidente concursal laboral” y las resoluciones contractuales ex art. 64.10 LC

2.5.3 La impugnación del auto del juez mercantil vía recurso de suplicación. El recurso de suplicación concursal y las resoluciones contractuales ex art. 64.10 LC

2.5.4 Dimisiones provocadas impropias e impugnación del auto: reflexiones finales

2.6 Conclusiones

III.LAS PARTICULARIDADES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA DIMISIÓN PROVOCADA EX ART. 50.1.a) ET EN CONTEXTO CONCURSAL

1. Modificaciones sustanciales individuales/plurales en contexto concursal y dimisión provocada

2. Modificaciones sustanciales colectivas en contexto concursal y dimisión provocada

2.1 La medidas modificativas sujetas al procedimiento judicial de regulación de empleo concursal. Aspectos conceptuales

2.2 Modificación sustancial y resolución contractual. Limitaciones en contexto concursal

2.3 Dimisión provocada ex art. 50.1.a) LET y la regla prohibitiva de acciones rescisorias ex art. 64.9 LC

2.4 Modificaciones sustanciales cualificadamente lesivas acordadas por el juez mercantil en el ERE concursal. Puntos críticos

2.5 El problema de la imputabilidad del incumplimiento al empresario-deudor

2.6 Aspectos procesales de la dimisión provocada ex art. 50.1.a) ET en el concurso: la competencia jurisdiccional

CAPÍTULO V. DIMISIÓN PROVOCADA Y CRISIS DE EMPRESA: EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INSTITUCIÓN RESOLUTORIA EX ART. 50 ET EN LOS SUBSISTEMAS NORMATIVOS ESTATUTARIO Y CONCURSAL REGULADORES DE LAS REESTRUCTURACIONES EMPRESARIALES

I. INTRODUCCIÓN. EL CONTEXTO: LA CRISIS DE EMPRESA Y LAS MEDIDAS LABORALES DE REESTRUCTURACIÓN EN EL REGIMEN ESTATUTARIO Y EL NUEVO REGIMEN CONCURSAL

En conexión con el debate acerca de la exigencia o no de culpabilidad en los incumplimientos empresariales que causalizan la dimisión provocada (art. 50.1 b) LET, adquiere un papel central el tema de la repercusión que la crisis de la empresa pueda tener en la integración de los supuestos de hecho tipificados en el citado precepto -particularmente el establecido en su letra b)- y en, consecuencia, en la viabilidad y dinámica específica de la acción resolutoria del trabajador en un contexto de crisis y reorganización empresarial. El tratamiento de la cuestión cobra especial interés y oportunidad en un escenario económico como el actual caracterizado por una revitalización del fenómeno de las crisis de empresa y de los procesos de reestructuración económica y tecnológica de las organizaciones productivas.

1. Los presupuestos fácticos del fenómeno de las crisis y reestructuraciones de empresa. Formas de instrumentación jurídico-económica de las reestructuraciones de empresa

Los presupuestos del fenómeno de las crisis/reestructuraciones empresariales están enraizados en el ámbito económico y vinieron dados, en un primer estadio, por el proceso de transición del sistema de producción fordista al sistema de producción flexible o postfordista⁸⁸⁹ forzado por las crisis económicas de las décadas de los setenta y ochenta y, en la actualidad, por la confluencia de diversos factores de orden económico interconectados: la globalización de la economía con sus fuertes requerimientos de competitividad y de mayores cotas de productividad; la incertidumbre de los mercados propia

⁸⁸⁹ Vid. PIORE, M.J./ SABEL, CH.F.: La segunda ruptura industrial (1984), Madrid, 1990, pp. 237 y ss.

de la denominada “sociedad del riesgo”⁸⁹⁰ y, en fin, el acelerado cambio industrial determinado por las transformaciones políticas y económico-financieras, la competencia, la incidencia de nuevas tecnologías, las variaciones de estructura de la demanda etc... . Se trata, pues, de un contexto propicio para el desencadenamiento, en algunos casos, de estados de insolvencia empresarial más o menos reversible y, en otros, de meros procesos de adaptación de las organizaciones productivas a los cambios del entorno. En este orden de ideas, las reestructuraciones empresariales pueden constituir un proceso *patológico* anudado a estados de insolvencia que incluso pueden abocar en un procedimiento concursal, pero también pueden tratarse de un proceso *fisiológico*, necesario y útil, para la renovación y modernización del sistema productivo en determinados sectores o en empresas concretas en búsqueda de la eficiencia⁸⁹¹.

Por otra parte, las posibilidades de instrumentación jurídico-económica de los procesos de reestructuración son diversas y de utilización individual o combinada: fórmulas de transformación de la forma jurídica de la empresa (fusiones societarias, propias o por absorción; escisiones societarias u otras formas de transmisión de empresa; concentración en estructura de grupo empresarial); modificación de los sistemas de organización de la producción mediante fórmulas de colaboración interempresarial (descentralización productiva –subcontratación, *outsourcing*-, externalización de mano de obra a través de ETT,s.); estrategias de deslocalización empresarial con traslado total o parcial de centros de trabajo. Desde la perspectiva, pues, de la instrumentación del proceso la fenomenología de la reestructuración es muy amplia, por lo que puede hablarse de la reestructuración empresarial como de un fenómeno poliédrico tanto en el plano económico como en el plano jurídico.

Pero las reestructuraciones en cualquier supuesto, esto es, tanto en su versión negativa o patológica, cuanto en su versión positiva o fisiológica y cualquiera que sea la opción acerca de la instrumentación económico-jurídica del proceso, inciden de uno u otro modo en la organización y gestión del factor trabajo, es decir, conllevan unos efectos sociales en ocasiones traumáticos

⁸⁹⁰ Vid. a este respecto BECK, U.: La sociedad del riesgo, Barcelona, Paidós, 1998.

⁸⁹¹ Sobre las dimensiones positiva y negativa de la reestructuración empresarial, vid. MONEREO PEREZ, J.L.: “Las relaciones laborales en la reestructuración y saneamiento de empresas”, Ponencia General presentada al XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo, Laborum, 2005, pg. 36.

cuando se traducen, como sucede con frecuencia, en pérdida de puestos de trabajo. Por este motivo interesa subrayar la existencia de recientes iniciativas comunitarias que marcan una línea de tendencia de política del Derecho, a nivel comunitario y nacional, en orden a un enfoque “proactivo” de las crisis y reestructuraciones empresariales, superador del tradicional enfoque reactivo o defensivo, a través de políticas que se anticipen y prevengan los cambios y sus efectos sociales garantizando el equilibrio entre los intereses del capital y de los trabajadores implicados⁸⁹².

Se trata, en suma, de trasladar a las reestructuraciones empresariales, en la línea promovida por las últimas iniciativas comunitarias, la impronta de la noción de “responsabilidad social de la empresa” (RSE)⁸⁹³ que, más allá de su vertiente vinculada al desarrollo sostenible y la defensa del medio ambiente, conecta además con una estrategia empresarial basada en la integración voluntaria de la responsabilidad social tanto en el plano de la gestión de los Recursos Humanos (dimensión “interna”), cuanto en el desarrollo de su actividades financieras, comerciales y sociales (dimensión “externa”). De este modo, la reestructuración de la empresa en clave socialmente responsable (*socially intelligent enterprise restructuring*) exige soluciones equilibradas para todos los intereses –públicos y privados- implicados (equilibrio entre razón económica y razón social), a través del impulso y reforzamiento de las técnicas de participación (información, consulta y negociación) de los trabajadores adaptando las pautas de *gobernanza* de las organizaciones productivas al paradigma de empresa pluralista⁸⁹⁴.

⁸⁹² En cuanto a las iniciativas comunitarias en esta línea, vid. Dictamen del CESE “Transformaciones industriales en Europa: balance y perspectivas” (2004/C 10/21); Documento de la Comisión “Prever y gestionar el cambio: un enfoque dinámico de los aspectos sociales de las reestructuraciones de empresa”, en EIRR, n° 343, 2002; Resolución del Parlamento Europeo de 15 de febrero 2001 (B-5-0089/2001); Comunicación de la Comisión “Acompañar los cambios estructurales: una política industrial para la Europa ampliada” (COM (2004) 274 final). Por lo que respecta a la doctrina, vid. MONEREO PEREZ, J.L.: “Las relaciones laborales en la reestructuración y el saneamiento de empresas”, Ponencia General, XVI Congreso Nacional de DTSS, Laborum, Murcia, 2005 pp. 36-37; LANDA ZAPIRAIN, J.P.: “Consideraciones en torno al nuevo enfoque europeo de la resolución “socialmente inteligente” de las reestructuraciones de empresas”, RL, n°6, marzo, 2005.

⁸⁹³ Vid. Libro Verde “Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas”, de 18 de julio de 2001 (COM (2001), 366 Final) y Resolución del Consejo de 6 de febrero de 2003, relativa a la responsabilidad social de la empresa (2003/C 39/02).

⁸⁹⁴ Vid. en este sentido, MONEREO PEREZ, J.L.: “Las relaciones laborales en la reestructuración...”, pg. 30-31; LANDA ZAPIRAIN, J.P.: “Consideraciones en torno al nuevo enfoque europeo...”, cit., pg. 28; RODRIGUEZ- PIÑERO, M.: “Gobernanza y política de empleo”, RL, n° 5, 2005, pg. 3.

Por último, en lo referente a los medios de implementación de este enfoque proactivo de las reestructuraciones empresariales cabe señalar que, sin desdeñar la eficacia de intervenciones legislativas *ad hoc*, no debe pasar desapercibida la idoneidad de la negociación colectiva con acuerdos acerca de medidas preventivas activas – recolocación, formación continua, polivalencia funcional, movilidad funcional y geográfica, política salarial- y pasivas aplicables a los excedentes de plantilla en estos supuestos⁸⁹⁵, sin perjuicio de la operatividad instrumental que puedan tener también a estos efectos los “códigos éticos” de empresa⁸⁹⁶.

El interés social de las crisis y reestructuraciones de empresa, es decir sus repercusiones en los trabajadores, es la vertiente que interesa al Derecho del Trabajo y en esta perspectiva jurídico-laboral del fenómeno de la reestructuración se centrarán las siguientes reflexiones.

2. Los conceptos de crisis/reestructuración de empresa e instrumentación jurídico-laboral de la crisis

No existe un concepto unívoco de reestructuración ni de crisis de empresa debido a la complejidad intrínseca de tales fenómenos, su inabarcable casuística, así como el carácter poliédrico y cambiante de la organización empresarial en la que inciden ante la necesidad de adaptarse a las transformaciones del sistema económico en que se inserta. En efecto, la doctrina ha puesto de manifiesto que tanto la crisis como la reestructuración empresarial comprenden una fenomenología amplia en atención a la plurifuncionalidad económico-jurídica que está llamada a cumplir y con frecuencia se actualiza de forma conjunta y coordinada en las organizaciones

⁸⁹⁵ Sobre el papel de la negociación colectiva en el tratamiento preventivo de las reestructuraciones de empresa, vid. MONEREO PEREZ, J.L./MORENO VIDA, M.N.: El contenido de la negociación colectiva de empresa en la era de la constitución flexible del trabajo, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 17 y ss.; LANDA ZAPIRAIN, J.P.: “Consideraciones en torno al nuevo enfoque europeo...”, cit., pp. 55-56.

⁸⁹⁶ En relación con los “códigos de conducta” o “códigos éticos” empresariales, vid. Libro Verde sobre Fomento de un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas, cit.; GARCIA MARZÁ, D.: Ética empresarial. Del diálogo a la confianza, Madrid, Trotta, 2004; CORTINA, A., CONILLA, A., DOMINGO, A., y GARCÍA MARZÁ, D.: Ética de la empresa. Claves para una nueva cultura empresarial, Madrid, Trotta, 2003; MICHELE, R.D.: Los códigos de ética en las empresas, Madrid, Granica, 2002. Para una perspectiva crítica de los “códigos de conducta”, vid. BAYLOS GRAU, A.: “Los Acuerdos Marco de empresas globales: una nueva manifestación de la dimensión transnacional de la autonomía colectiva”, RDS, n° 28,2004, pp. 13 y ss.

productivas⁸⁹⁷. Consecuencia de lo anterior es la carencia de definiciones técnico-jurídicas unívocas de “crisis” y “reestructuración” de empresas sin perjuicio de que el sistema jurídico ofrezca nociones instrumentales⁸⁹⁸ que resultan útiles como aproximación conceptual.

Así, en las “Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y reestructuración de empresa en crisis”⁸⁹⁹ se aporta un concepto de “empresa en crisis” considerando como tal aquella que sea “incapaz, mediante sus propios recursos financieros o con los que están dispuestos a aportarle sus accionistas y acreedores, de enjugar pérdidas que la conducirán, de no mediar una intervención exterior, a su desaparición económica a corto o medio plazo” [apartado 2.1 (9)]. Tras determinar una serie de supuestos concretos de crisis [apartado 2.1 (10)], considera indiciaria de tal situación la concurrencia de todos o algunos de estos síntomas: un nivel creciente de pérdidas, disminución del volumen de negocio, incremento de existencias, exceso de capacidad, aumento de endeudamiento y gastos financieros, debilitamiento o desaparición de activos netos y en casos extremos, la insolvencia o la entrada en fase de liquidación conforme a las normas del Derecho estatal.

De su apartado 2.2 se infieren las definiciones indirectas de “salvamento” y “reestructuración” consideradas como fases sucesivas de un mismo proceso afectante a la empresa en crisis. La versión vigente (2004) de las Directrices ha flexibilizado la diferencia estricta que la versión de 1999 había establecido entre ambas fases que impedía, según constata la Introducción del documento, la aplicación de ayudas de reestructuración en fase de salvamento aún resultando a veces imprescindibles y urgentes para detener o reducir el deterioro de la situación financiera de la empresa. El “salvamento” se vincula a medidas “transitorias y reversibles. Su objetivo principal estriba en permitir que una empresa en crisis se mantenga en activo durante el tiempo necesario para elaborar un plan de reestructuración o

⁸⁹⁷Vid. ampliamente sobre el tema, MONEREO PEREZ, J.L.: “Las relaciones laborales en la reestructuración...”, cit., pg. 14.

⁸⁹⁸ Vid. a este respecto más detalladamente, MONEREO PEREZ, J.L., ibidem. pp. 17-20.

⁸⁹⁹ Vid. la última versión de las “Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y reestructuración de empresa en crisis” (Comunicación de la Comisión 2004/ DOCE C244/02, de 1-10-2004), que sustituye a la versión anterior de 1999 (DOCE C288/02) que ha estado vigente hasta el 9-10-2004.

liquidación” [apartado 2.2 (15)] Por lo que se refiere a la noción traslativa de “reestructuración” empresarial, se conecta a un plan realista y de amplio alcance de medidas destinadas a restablecer la viabilidad a largo plazo de una empresa en un tiempo razonable, que incluirá al menos medidas de reorganización y racionalización de la producción (reestructuración industrial), así como medidas de reestructuración financiera [apartado 2.2 (17)].

En parecidos términos, siguiendo la senda marcada por las citadas Directrices de la Comisión Europea, se expresa la legislación autonómica sobre ayudas para el salvamento y reestructuración de empresas en crisis, entre la que cabe destacar el Decreto 24/2001, de 13 de febrero, por el que se establece el marco regulador de las ayudas de finalidad regional y a favor de PYMES que se conceden por la Administración de la Junta de Andalucía⁹⁰⁰. La norma autonómica remite (art. 3.2) a las Directrices comunitarias en lo referente al concepto de empresa en crisis, sin perjuicio de la definición de supuestos concretos de tal situación que también reproducen los establecidos por la UE (art. 9.1): desaparición de más de la mitad del capital social en sociedades de responsabilidad limitada; desaparición de más de la mitad de fondos propios en sociedades de responsabilidad ilimitada y en cualquier forma jurídica, el cumplimiento de los requisitos legales para la apertura de los procedimientos de suspensión de pagos o quiebra (hoy concurso).

En lo que respecta al concepto de reestructuración, la norma, siguiendo el estándar comunitario, lo vincula a medidas para el “restablecimiento de la viabilidad de la empresa en un tiempo razonable” (art. 9.3). En la misma línea concordante con las Directrices comunitarias se inscribe la Ley Foral 3/2000, de 22 de junio⁹⁰¹.

Con todo, como ya se advirtiera, la vertiente de la reestructuración empresarial que al Derecho del Trabajo concierne es la que repercute en el factor trabajo y, en particular, en los contratos de trabajo del personal de la empresa en crisis, es decir la que conlleva una “reestructuración de plantilla” que se presenta como la expresión laboral del más complejo fenómeno de la “reestructuración de empresa”.

⁹⁰⁰ BOJA n^o 20, 17-02-2001

⁹⁰¹ Vid. art. 2 Ley Foral 3/2000 (BOE 214, de 6-9-2000) y las normas de adaptación contenidas en el Decreto Foral 26/2003, de 3 de febrero (BON n^o 29 de 7-3-2003).

Sin embargo la doctrina iuslaboralista discrepa acerca del alcance o significado de la noción de reestructuración de plantilla. Así, alguna doctrina ha sostenido que esta noción debe vincularse estrictamente a ceses totales o parciales, definitivos o temporales de los trabajadores de una empresa en situación de crisis, solución que vendría dada por el propio tenor literal del art. 64. 1.4º.a del ET, de modo que la reestructuración de plantilla se identifica exclusivamente con extinciones y/o suspensiones de de los contratos de trabajo del personal de la empresa. De esta forma, la reestructuración de plantilla se considera como un concepto diverso y excluyente de la noción de “ajuste ordinario” o reorganización productiva ordinaria cuya instrumentación jurídico-laboral corresponde a las instituciones de la movilidad funcional, geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo⁹⁰².

Por el contrario otra doctrina, aun coincidiendo en la idea de que la reestructuración de plantilla constituye la dimensión iuslaboral de las crisis y reestructuraciones de empresa, discrepa en lo que concierne al alcance de la noción y sostiene la tesis, avalada a mi juicio por argumentos más atendibles, de que el empresario puede efectuarla a través de diversas medidas de ajuste: movilidad geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo, además de las de suspensión y/o extinciones contractuales; esto es, mediante las instituciones jurídico-laborales integrantes de lo que esta doctrina considera grupo normativo laboral regulador de la reestructuración empresarial conformado por los artículos 40, 41, 47, 49, 50, 51 y 52 c) ET y normas concordantes de la LPL y LGSS⁹⁰³.

Sea como fuere, esto es, aún manteniendo esa discutible diversificación conceptual entre la reestructuración de plantilla en sentido estricto y el “ajuste

⁹⁰² MARTÍN VALVERDE, A.: “Reestructuración de empresas y protección social”, en XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo, cit., Laborum, pg. 280-285.

⁹⁰³En este sentido, MONEREO PEREZ, J.L.: “Las relaciones laborales en la reestructuración...”, cit. pp. 18 y 32. En contra, MARTÍN VALVERDE, A.: “Reestructuración de empresas y protección social” en XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo, Laborum, pg. 280-285, que aun coincidiendo con Monereo en considerar que la reestructuración de plantilla es la manifestación laboral del más complejo fenómeno de la “reestructuración de empresa”, vincula el concepto de reestructuración de plantilla estrictamente a ceses totales o parciales, definitivos o temporales de los trabajadores de una empresa en situación de crisis, solución que según el autor viene dada por el propio tenor literal del art. 64. 1.4º.a del ET. Para Martín Valverde, pues, la reestructuración de plantilla se identifica exclusivamente con extinciones y/o suspensiones de de los contratos de trabajo del personal de la empresa y en consecuencia lo considera un concepto diverso y excluyente del concepto de “ajuste ordinario” o reorganización productiva ordinaria cuya instrumentación jurídico-laboral corresponde a las instituciones de la movilidad funcional, geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo.

ordinario”, la crisis de la empresa y sus requerimientos reorganizativos del empleo pueden y suelen implicar el recurso combinado a instituciones jurídico-laborales de flexibilidad externa y también de flexibilidad interna: básicamente, modificaciones de las condiciones de trabajo⁹⁰⁴.

Situados así en el marco jurídico-laboral de la reestructuración empresarial, es el momento de poner de relieve el valor del instituto de la dimisión provocada ex art. 50 ET en el precitado grupo normativo, y en este sentido ha de reconocerse que si bien no se trata de una institución jurídico-laboral con centralidad en la instrumentación de las reestructuraciones de la empresa, no cabe duda de su vinculación, si se quiere indirecta, con las situaciones de dificultad económica de las organizaciones productivas, particularmente cuando la facultad resolutoria del trabajador se ejercita en base a la letra b) del precepto estatutario.

En efecto, no puede negarse que el incumplimiento empresarial de la obligación salarial contemplado como causa legal de resolución del contrato a instancia del trabajador del artículo 50 LET (dimisión provocada) no evidencia por sí mismo la existencia de dificultades económico-financieras de la empresa. Pero no es menos cierto que a menudo tal incumplimiento viene dado por una situación económica adversa, más o menos reversible, que puede llevar al empresario a acometer un proceso de reestructuración laboral ante cuya perspectiva y con el objeto de soslayar sus efectos adversos los trabajadores deciden ejercitar, incluso de forma masiva y en ocasiones estratégica, la facultad resolutoria que les concede el ordenamiento a través de dicho precepto.

Evidenciada así la conexión entre la dimisión provocada ex art. 50.1.b) ET y crisis de la empresa, procede un análisis de la específica dinámica técnico-jurídica del instituto extintivo en este particular escenario. Abunda en la necesidad de esa labor analítica la reciente incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la nueva Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC),

⁹⁰⁴ Muy revelador en este sentido es el hecho de que el viejo Decreto 26-01-1944 destinado a modificar el procedimiento de suspensión y extinción de contratos de trabajo en supuestos de crisis de la empresa, introdujera por primera vez de forma expresa en la legislación laboral y para ese particular contexto de crisis, la facultad empresarial de efectuar “modificaciones...en las condiciones en que se desenvuelven las relaciones laborales..., tales como jornada de trabajo, establecimiento de turnos, o cualquier otra que implique alguna variación en el contrato de trabajo existente”. Vid. al respecto, GARCIA MURCIA, J.: “Movilidad funcional y modificación sustancial de condiciones de trabajo, RMTAS, n^o 58, 2005, pg. 82.

que ha venido a cubrir la carencia en el Derecho español de un sistema jurídico integrado para el gobierno, en general, de las empresas en situación de insolvencia - o, por utilizar la terminología más reciente, de las empresas en dificultad- y en particular, para el tratamiento de los contratos de trabajo “en” y “dentro” las organizaciones productivas afectadas por tal coyuntura.

Con la reciente entrada en vigor de LC se diversifica el tratamiento legal de las relaciones de trabajo insertas en la empresa en crisis, según se trate de una crisis formalizada en concurso en base a la insolvencia actual o inminente del empresario, o de una crisis ordinaria o extraconcursal, esto es, la desvinculada de la situación de insolvencia técnica tipificada en la LC: en el primer caso, el régimen iuslaboral aplicable es, a partir de la entrada en vigor de esta norma, el establecido por el “microsistema” normativo laboral especial operativo dentro del concurso, constituido básicamente por el art. 64 del citado texto legal; en el segundo caso -crisis extraconcursal-, el régimen jurídico de aplicación será el laboral común establecido por la legislación laboral sustantiva (LET) y procesal (LPL) ordinaria.

Entre ambos regímenes jurídicos se aprecian significativas diferencias que se tornan particularmente acusadas en lo que respecta a la vicisitud extintiva del art. 50.1b) LET a la que el legislador concursal somete a cambios adjetivos y seguramente también sustantivos que permiten hablar de una “transfiguración”, o mejor aún, de una desvirtualización de la institución jurídico laboral en el seno del concurso que sobrepasa, incluso, los límites de lo que hasta ahora se venía denominando “perturbación” de las instituciones jurídico-laborales a consecuencia de su imbricación en los procedimientos concursales⁹⁰⁵. Así las cosas, se impone abordar un análisis comparado de la dimisión provocada casualizada en incumplimientos salariales y su diverso régimen jurídico: el estatutario, propio de las crisis ordinarias o extraconcursoales y el concursal, aplicable a las crisis de empresa vinculadas a la insolvencia del empleador y formalizadas en concurso, no sin antes efectuar una reflexión crítica general acerca de las relaciones del Derecho del Trabajo y el Derecho Concursal en la disciplina jurídica de las crisis de empresa.

⁹⁰⁵ Vid. en este sentido, MONEREO PEREZ, J.L.: “Transmisión de empresa en crisis y Derecho Concursal. Estudio crítico del ordenamiento interno y comunitario”, Comares, Granada, 1999, pg. 4.

3. El Derecho del Trabajo, el Derecho Concursal y la gestión del interés social en la crisis de la empresa

Hasta la entrada en vigor de la Ley 22/2003, Concursal nuestro ordenamiento carecía de un verdadero sistema integrado para la regulación jurídica e institucional de las situaciones de crisis de la empresa, término aquí omnicomprendivo de diversas situaciones de dificultad patrimonial de las organizaciones productivas que abarcan desde meros problemas de iliquidez hasta los más graves de insolvencia. En efecto, el Derecho concursal español ha estado integrado hasta ahora por un conjunto altamente disperso y heterogéneo de medidas legislativas de aluvión y emergencia conformador de un subsector del ordenamiento horizontalizado en torno al tratamiento del problema económico-social específico objeto de regulación y comprensivo de reglas e instituciones pertenecientes a diversas disciplinas como el Derecho Mercantil, Derecho de Sociedades, Derecho de quiebras, Derecho Administrativo y Derecho del Trabajo. Puede decirse, por tanto, que se trataba de un Derecho fragmentario, objeto de crítica unánime por parte de la doctrina iusmercantilista e iuslaboral que le ha reprochado su ineficacia en orden a la prevención y curación de los “estados” de crisis de la empresa y la carencia de una filosofía común a la que reconducir el conjunto normativo⁹⁰⁶.

Por otra parte, las normas concursales del Derecho español han obviado tradicionalmente cualquier referencia al tratamiento jurídico específico de las relaciones de trabajo en las empresas en crisis, lo que permite afirmar que no ha existido un Derecho concursal laboral en sentido propio⁹⁰⁷. De este modo, la disciplina iuslaboral de los estados de iliquidez e insolvencia de la empresa, siendo una variable de ese pseudosistema con el objeto de regular las consecuencias de los procesos concursales sobre las relaciones laborales, se ha condensado en normas dispersas y asistemáticas contenidas en la legislación laboral sustantiva y procesal no específicamente referidas a los

⁹⁰⁶ Vid. en este sentido, MONEREO PEREZ, J.L.: Transmisión de empresa en crisis y Derecho concursal, Comares, Granada, 1999, pp. 2-3; OLIVENCIA RUIZ, M: “ Los sistemas económicos y las soluciones jurídicas al Estado de crisis empresarial”, AA.VV.: La reforma del Derecho de Quiebra. Jornadas sobre la reforma del Derecho concursal español, Civitas, Madrid, 1982, pg. 111

⁹⁰⁷ MERCADER, J./ALAMEDA, M.T.: “Comentario al artículo 64”, en AA.VV.: Comentario de la Ley Concursal (coord. Rojo, A. y Beltrán, E.), Civitas, Madrid, 2004, pg. 1191.

procedimientos concursales, pero aplicables también a ellos: se trataba de las técnicas de modificación, suspensión y extinción de los contratos de trabajo (arts. 40, 41, 47, 51, 51.11 y 52.c) ET) que, a falta de mecanismos de interconexión entre la tramitación jurídico-mercantil de la insolvencia y los efectos laborales de la misma, escapaban de la universalidad del concurso creando problemas de inseguridad jurídica y una constante tarea de interpretación doctrinal y judicial⁹⁰⁸. Se constata, así, que el Derecho del Trabajo (DT) nunca ha sido ajeno al fenómeno de la crisis de empresa – tanto en su vertiente concursal como en la extraconcursal-; fenómeno al que, en realidad, ha ido anudado a lo largo de su andadura histórica, pese a que la teorización de sus repercusiones en las instituciones jurídico-laborales, configuradoras del llamado Derecho del Trabajo de la crisis o de la emergencia, arranque en los años setenta⁹⁰⁹.

Nuestro ordenamiento, por tanto, carecía de un auténtico sistema normativo integrado para el tratamiento jurídico de los “estados” de crisis de la empresa, en general, y en particular de las relaciones de trabajo en los supuestos de insolvencia formalizada del empleador. Esta carencia ha sido cubierta por la nueva Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC) que bajo el prisma de conjugar los intereses del empresario concursado, los acreedores y los trabajadores incluye un “subsistema” normativo laboral especial regulador de los contratos de trabajo en situaciones de crisis empresarial vinculada a la insolvencia técnica del empleador. De este modo, la reglamentación jurídica de la crisis de la empresa y las medidas reorganizativas y de reestructuración laboral que eventualmente puedan anudarse a aquélla se diversifica, a partir de la entrada en vigor de la LC, en dos regímenes legales: el concursal, determinado ahora por la LC aplicable en las crisis vinculadas a la insolvencia técnica, actual o inminente, del empresario, y el extraconcursal, establecido por la legislación laboral sustantiva y procesal y aplicable a las situaciones de crisis ordinaria, esto es, la desvinculada de la insolvencia del empleador.

La reglamentación iuslaboral de las situaciones de crisis de la empresa dada por ambos ordenamientos evidencia diferencias de orden estructural y

⁹⁰⁸ MERCADER-ALAMEDA, *ibid.*, pg. 1192.

⁹⁰⁹ PALOMEQUE LOPEZ, M.C.: “Un compañero histórico del Derecho del Trabajo: La crisis económica”, RPS, nº 143, 1984, pp. 15 y ss.

funcional⁹¹⁰. Así, se ha puesto de relieve que desde el punto de vista estructural el Derecho del Trabajo interviene antes, cuando la crisis se configura como una mera “causa económica” o bien, “técnica, organizativa o productiva”⁹¹¹, arbitrando a tal efecto las ya citadas medidas reorganizativas (modificación, suspensión o extinción contractuales) de alcance plural o colectivo, de aplicación graduada según la gravedad de la situación. Por su parte, el Derecho Concursal lo hace en una fase avanzada de la crisis cuando el empresario queda incurso en insolvencia. En efecto, la doctrina ha advertido de que el legislador descarta del concurso cualquier funcionalidad preventiva de la crisis, ya que pese a la flexibilidad del concepto legal de insolvencia y la inclusión de la insolvencia “inminente” en el concurso voluntario, no permite su apertura ante previsibles dificultades financieras o riesgo de crisis de la empresa, ni contempla medidas de “alerta” preconcursal⁹¹².

En este sentido, la mayor amplitud del concepto iuslaboral de crisis empresarial permitiría al Derecho del Trabajo desempeñar un papel preventivo

⁹¹⁰ Vid. Al respecto, RIOS SALMERON, B.: “La nueva Ley Concursal y los trabajadores”, AL, n^o 2, 2004, pp. 140-142.

⁹¹¹ Alonso Olea define la crisis económica de la empresa como la situación en la que los costes de producción de los bienes y servicios objeto de su actividad superan a los ingresos que se obtienen de su lanzamiento al mercado, con la consecuencia de que o bien se renuncia a su enajenación o bien se reducen los precios por debajo de los costes; vid. ALONSO OLEA, M.: El despido. (Un estudio de la extinción del contrato por voluntad del empresario), IEP, Madrid, 1957, pg. 64. Por otra parte Montoya Melgar recuerda que el término “crisis” fue ya utilizado en el Decreto 29-11-1935 sobre despidos parciales basados en “crisis económicas o falta de trabajo” y mantenido en la LCT 1944 en su regulación de la extinción del contrato por “crisis laboral o económica” (art. 76.7). Posteriormente fue sustituido por “causas tecnológicas o económicas” en el Decreto 8090/1972, sobre política de empleo al regular la extinción, suspensión o modificación de la relación laboral, consolidándose en la Ley de Relaciones Laborales 1976 (art. 22.2) y el D-Ley de Relaciones de Trabajo 1977 (art. 30.1), abocando en las actuales “causas económicas, técnicas, organizativas o de producción” contempladas en el vigente ET como justificación de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (art. 40.1 y 41), suspensión contractual (art. 47.1.j)) y despidos, colectivo y objetivo, económicos (art. 51 y 52.c)). No obstante, recientemente se asiste a una recuperación de la vieja expresión “crisis de empresa”. Vid. MONTOYA MELGAR, A.: “Crisis de empresa y contrato de trabajo”, REDT, n^o 122, abril-junio 2004.

⁹¹² La noción de insolvencia es clave en la nueva legislación concursal al constituir el presupuesto objetivo de declaración de concurso y se formula como una cláusula general y flexible: el estado de desequilibrio patrimonial del deudor que le impide el cumplimiento regular de sus obligaciones exigibles (art. 2.2 LC), con independencia de las causas de dicha imposibilidad, por lo que la doctrina entiende que el legislador ha buscado zanjar la polémica acerca de si la insolvencia implica una mera morosidad o cesación de pagos o tiene un sentido económico de sobreesimiento de pagos por imposibilidad patrimonial de satisfacer créditos; vid., al respecto RODRIGUEZ- PIÑERO, M.: “La Ley Concursal y los trabajadores, en Estudios sobre la Ley Concursal, Libro homenaje a Manuel Olivencia, Marcial Pons, Madrid, 2005, Tomo III, pg. 3121. Sobre la operatividad de la insolvencia inminente en la apertura del concurso, vid. PULGAR EZQUERRA, J.: “El presupuesto objetivo de apertura del concurso de acreedores”, en GARCIA VILLAVARDE, R.; ALONSO UREBA, A y PULGAR EZQUERRA, J., Derecho Concursal, Madrid, 2003, pp. 70 y ss.; FERNANDEZ DEL POZO, L.: “Sobre la preconcursalidad y la prevención de la insolvencia. El mecanismo de alerta preconcursal, en La reforma de la legislación concursal (Rojo, dir.), Madrid, 2003, pp. 15 y ss.

a través de procedimientos preconcursales o paraconcursales basados en las instituciones vinculadas a las necesidades de funcionamiento de la empresa que podrían llegar a evitar el procedimiento concursal⁹¹³.

No obstante las diferencias estructurales y funcionales apuntadas no se acompañan de una suficiente diversidad de lógicas inmanentes al Derecho Concursal y el Derecho del Trabajo de las empresas en dificultad. En efecto, la racionalidad jurídica que históricamente ha impregnado el Derecho Concursal es una racionalidad económica que ha dado primacía a la solución liquidatoria de la empresa insolvente a costa del principio conservativo de la organización productiva, y por tanto del empleo, en virtud de la opción de política del Derecho del legislador por el “método de mercado”. En contraposición a esta lógica economicista, la racionalidad propia de un Derecho del Trabajo “garantista”, obediente al paradigma democrático-social vinculado al modelo de Estado Social expansivo que postula una función articuladora y equilibrante de los principios de eficiencia económica y de protección, tendría que ofrecer una respuesta normativa al interés social de la empresa en crisis en la que prevaleciera la solución conservativa de la empresa y del empleo.

Sin embargo la praxis de las empresas en crisis y la actual reglamentación iuslaboral arbitrada para su gobierno por el vigente Derecho del Trabajo evidencian que afirmar la existencia de una diversidad de lógicas entre la legislación concursal y laboral, en el sentido apuntado *supra*, responde más al voluntarismo que a la interpretación *lege data* de la normativa aplicable. Estos últimos referentes apuntan, contrariamente, a que el tratamiento jurídico-laboral de los contratos de trabajo en la empresa en crisis dada por el Derecho del Trabajo se ha deslizado a lo largo de las tres últimas décadas hacia las técnicas expulsivas de los excedentes de personal sobre la base de una disciplina cada vez más flexible en lo que respecta a la conceptualización causal y la vertiente procedimental de las técnicas de reestructuración laboral con abandono, en este último plano, de las garantías de control democrático por parte de los representantes de los trabajadores en algunos de los mecanismos de instrumentación técnico-jurídica de los procesos reorganizativos de la empresa (v. gr. modificación sustancial de condiciones de trabajo y traslados colectivos y despidos económicos plurales ex art. 52.c) ET).

⁹¹³ RODRIGUEZ –PIÑERO, M., *ibidem*, pg. 3123.

La racionalidad economicista que tradicionalmente viene impregnando el Derecho Concursal español es fruto, como se ha adelantado, de la opción de política del Derecho por el “método de mercado”, en contraposición al modelo alternativo de regulación de los procedimientos concursales conocido como “método gubernativo”. Excede de los objetivos de este trabajo un análisis detallado de estos dos modelos en torno a los que se han sistematizado las diversas soluciones jurídico-políticas para el tratamiento de la crisis de empresa, pero resulta conveniente señalar, sucintamente, sus principios reguladores y respectivos rasgos caracterizadores.

El primero –método de mercado-, parte de la premisa del carácter indiferenciado de deudores insolventes y acreedores y está dominado por una lógica exclusivamente privatista (en coherencia con el esquema de valores de la economía de mercado) de reasignación de recursos para obtener una satisfacción unilateral de los intereses de los acreedores, resolviéndose el conflicto subyacente en el ámbito jurisdiccional. El sistema aboca generalmente a la destrucción de la empresa para la distribución del líquido resultante entre los acreedores conforme al principio *par condicio creditorum*, pero puede admitir su conservación si esta opción es la que permite maximizar la utilidad del patrimonio del deudor con vistas a la tutela siempre preferente de los acreedores. Por todo ello, se ha caracterizado como un método general, judicial y liquidatorio⁹¹⁴.

Por el contrario, el llamado “método gubernativo” o intervencionista se define como especial, conservativo y administrativizado⁹¹⁵: se rige por el principio preventivo de la crisis y de conservación de la empresa recuperable y se corporeiza a través de un “plan económico-social” elaborado con la doble intervención del poder público y de la representación colectiva de los trabajadores. El “plan” responde a una lógica de saneamiento y reestructuración de la empresa en crisis -frente al paradigma liquidatorio- que garantice su funcionamiento presente y viabilidad futura partiendo de la base

⁹¹⁴ BISBAL MENDEZ, J.: La empresa en crisis y el Derecho de Quiebras (Una aproximación económica y jurídica a los procedimientos de conservación de empresas), Bolonia, 1986, pp. 127 y ss.; OLIVENCIA RUIZ, M.: “El Derecho Concursal: modernas orientaciones y perspectivas de reforma”, en AA.VV.: La reforma de la legislación mercantil, Civitas-Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1979, pg. 319;

⁹¹⁵ Especial, por ser aplicable a determinadas empresas; conservativo, por cristalizar el principio de conservación de la empresa frente a su liquidación y administrativizado, por implicar la intervención de los poderes públicos en la adopción de medidas de reestructuración de la empresa e incluso la transferencia de recursos financieros para garantizar su saneamiento.

de que este es el medio adecuado para procurar maximizar su valor una vez reorganizada y, en todo caso, la mejor vía de composición del complejo conflicto entre los intereses diversos que subyacen al procedimiento concursal: intereses privados (del propio empresario deudor, trabajadores- que aspiran tanto a la satisfacción de sus créditos como a la conservación del empleo- y acreedores), junto a legítimos intereses públicos que residen en la defensa de la estabilidad y gobierno de la economía general y garantía de un nivel óptimo de ocupación⁹¹⁶. Desde esta opción regulativa de la crisis empresarial, pues, en los procedimientos concursales el principio solutorio (función preferente de pago a acreedores) queda desplazado o deviene secundario por la entrada institucional de todas las partes implicadas – con papel relevante aquí de la Administración pública- en la búsqueda de una solución negociada de los problemas de la empresa a través de su reestructuración, tornándose así en un procedimiento de gobierno de la crisis participado y dotado de la máxima legitimidad democrática cuyo objetivo preferente es la conservación de la empresa y el mantenimiento del empleo⁹¹⁷.

Las políticas legislativas más recientes en países de nuestro entorno han tratado de estabilizar en la legislación concursal los principios de conservación y liquidación de las empresas en dificultad adoptando soluciones distintas. Dentro de éstas, la experiencia francesa es la que ha apostado más claramente por la solución conservativa de la empresa y del empleo a través de un sistema

⁹¹⁶ Vid. BISBAL MENDEZ, J.: La empresa en crisis...cit., pg. 34 y 73 y ss., si bien posteriormente el autor revisa su planteamiento inicial acerca de este modelo de intervención para el gobierno de la insolvencia, considerando que cuando la crisis de la empresa entraña un problema concursal la finalidad del concurso es la liquidación, siendo por ello ajeno al Derecho Concursal el principio conservativo, vid. en este sentido, “La insostenible levedad del Derecho Concursal”, RDM, nº 214, pp. 860 y ss.; ROJO, A.: “El estado de crisis económica, en AA.VV.: La reforma del Derecho de Quiebra, Civitas, Madrid, 1982, pg.127; SAINT- ALARY- HOUIN, C.: Droit des entreprises en difficulté, París, 1996, pp. 5 y 515 y ss; HOULLON, PH.: “La prévention des difficultés des entreprises:droits et obligations des créanciers”, A.F.F.I.C, mars 1995. Para una sistematización de ambos modelos normativos de procedimientos concursales, vid. así mismo, MONEREO PEREZ, J.L.: Transmisión de empresa en crisis..., cit., pp. 16-26; ALAMEDA CASTILLO, M.T.: Extinción del contrato de trabajo e insolvencia empresarial. Conservación frente a liquidación de empresas en crisis, CES, Madrid, 2001, pp. 35-39.

⁹¹⁷ MONEREO PEREZ, J.L.: Transmisión de empresa en crisis y Derecho Concursal, cit., pp. 21-24; SAINT-ALARY-HOUIN, C.: Droit des entreprises en difficulté, cit. pp. 515 y ss. Sobre la base de estos dos modelos regulativos el método de mercado se ha calificado como “modelo deficiente” en el que se incluye a los sistemas latinos (Italia, España y Bélgica) y germánicos, frente al “modelo eficiente” vinculado al método gubernativo al que se adscriben ciertas legislaciones especiales de reestructuración de empresas y sectores en crisis (en España, la Ley 27/1984, de 28 de julio, de reconversión industrial; en Italia, la Ley 95/79 de 3 de abril, de administración extraordinaria de las grandes empresas en crisis; en Portugal, D.L 177/1986, así como la normativa norteamericana posterior al New Bankruptcy Code de 1978). Para esta sistematización, vid. TRICLIN, A.: L’emploi dans l’entreprise en crise. Etude comparee du Droit Francaise et du Droit Espagnol, , Tesis Doctoral inédita, París 1991, pp. 15 y ss.

incardinado en el esquema político-organizativo propio del método gubernativo. En efecto, la Ley 85-98 de 1985 (modificada por Ley 94-175 de 1994) establece un tratamiento que trata de conciliar ambas lógicas dando, no obstante, primacía al objetivo de saneamiento de la empresa y la conservación del empleo, para lo cual prevé la elaboración de un plan económico-social de viabilidad con participación de todos los actores implicados, incluida la representación legal de los trabajadores de la empresa afectada⁹¹⁸. Sin embargo, las últimas reformas de la legislación concursal en Italia y sobre todo en Alemania⁹¹⁹, aun superadoras de la idea de que la solución conservacionista es incompatible con el procedimiento concursal, ponen de relieve un replanteamiento del paradigma conservativo y discurren conforme al principio regulador de tutela preferente de los intereses de la masa de acreedores y, en consecuencia asumen la lógica privatista propia de un método de mercado corregido, aunque la satisfacción de los intereses de los acreedores puede materializarse a través de un convenio inserto en un plan específico de insolvencia (Insolvenzplan) dirigido a la conservación de la empresa⁹²⁰.

En nuestro país la legislación concursal *strictu sensu* ha estado impregnada tradicionalmente por la lógica liquidatoria vinculada al modelo deficiente del método de mercado⁹²¹, con la excepción de una normativa paralela y externa al sistema concursal –legislación “paraconcursal”- aplicable a los procesos de reconversión industrial acometidos desde la década de los

⁹¹⁸ Para un análisis más detallado de la nueva normativa concursal francesa, vid., en la doctrina española BILBAL MENDEZ, J.: “El nuevo derecho concursal francés”, RDBB, V, 1985, pp. 593 y ss.; PULGAR EZQUERRA, J.: La reforma del Derecho Concursal comparado y español (Los nuevos institutos concursales y reorganizativos), Civitas, Madrid, 1994, pp. 223 y ss. Por la doctrina francesa, vid. CANET, P.: “La liquidation judiciaire et sauvegarde de l’emploi”, RJDA, n^o 7, 1997, pp. 587 y ss.; PÉROCHON, F. y BONHMMME, R.: “Enterprises en difficulté. Instruments de crédit et de paiement”, LGDJ, París, 1997; TRICLIN, A.: L’emploi dans l’entreprise en crise. Etude comparee du Droit Francaise et du Droit Espagnol, cit.; SAINT- ALARY- HOUIN, C.: Droit des entreprises en difficulté, cit.

⁹¹⁹ Vid. Ley n^o 223 de 1991, para el caso italiano y la alemana Insolvenzordnung de 1994.

⁹²⁰ Las más recientes orientaciones político-jurídicas del Derecho concursal comparado en la década de los noventa en países de nuestro entorno, ponen de manifiesto lo que se ha calificado de “crisis” del modelo conservativo en la disciplina concursal general, en parte por la ineficacia del convenio para sanear la empresa objetivamente inviable, en parte por la insuficiencia de las medidas de reestructuración adoptadas, y en parte por los excesos cometidos en pro de la conservación vid. MENENDEZ MENENDEZ, A, ibidem, pg. 373. Para un análisis de los déficits del sistema concursal alemán recientemente derogado, vid. SCHMIDT, K.: “Fundamentos del nuevo Derecho concursal alemán, en Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001, Madrid, 2002, pg. 23.

⁹²¹ Para una síntesis de la evolución de los procedimientos concursales en el ordenamiento español, vid. MENENDEZ MENENDEZ, A.: “Hacia un nuevo Derecho concursal: su necesaria unidad, en Estudios sobre la Ley Concursal, Libro homenaje a Manuel Olivencia, cit. Tomo I, pg. 372.

setenta y muy próxima al enfoque del esquema del modelo eficiente del método gubernativo⁹²².

Tras este estudio crítico de la lógica inmanente al Derecho concursal, corresponde ahora atender a la racionalidad jurídica que impregna el ordenamiento laboral. El actual Derecho flexible del Trabajo postindustrial se basa, en general y particularmente en lo que respecta a la reglamentación de la crisis de empresa, en la primacía del principio axial de eficiencia económica o de rendimiento que supedita la protección de los derechos de los trabajadores, fundamentalmente el derecho al empleo, y la solución conservativa a las exigencias de productividad y competitividad de las organizaciones productivas⁹²³. En este orden de ideas, se aprecia una perfecta concordancia entre el Derecho Concursal y el Derecho del Trabajo de las empresas en dificultad puesto que en ambos casos las opciones de política del Derecho son perfectamente coincidentes en el sentido expuesto, lo que permite dudar, en lo que al Derecho Laboral se refiere, acerca de su recto acomodo al modelo democrático-social flexible, integrador de los principios subyacentes de eficiencia económica y social, por el que apuesta nuestra Constitución de 1978.

II. DIMISIÓN PROVOCADA EX ART. 50.1.b) LET Y REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL EN LOS SUBSISTEMAS NORMATIVOS ESTATUTARIO Y CONCURSAL

El bloque normativo que la legislación laboral instituye para la regulación de las técnicas de reestructuración empresarial vinculadas a las situaciones de crisis extraconcursal de la empresa está integrado por los artículos 40, 41, 44, 47.1, 51 y 52.c) ET. Se trata de preceptos que albergan instituciones con la funcionalidad dual inherente a la del contrato de trabajo enmarcado “en” o “dentro” de la empresa: por un lado, la composición del conflicto subyacente al

⁹²² Vid. a este respecto, MONEREO PEREZ, J.L.: Las reconversiones industriales en el Derecho del Trabajo, Granada, 1988.

⁹²³ Vid., a este respecto, las reflexiones jurídico críticas sobre la “constitución flexible del trabajo” de MONEREO PEREZ, J.L.: “Las nuevas tendencias del Derecho del Trabajo postconstitucional: El modelo de constitución flexible del trabajo”, en AA.VV.: El modelo social en la Constitución Española de 1978 (coord. Sempere Navarro, A.), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.

supuesto de hecho contemplado y, por otro, una función organizativa del sistema de trabajo en la empresa⁹²⁴.

Sin dejar de reconocer que dentro del bloque normativo que el ET dedica a la regulación de las situaciones de crisis de la empresa y la reorganización de su aparato productivo carece de centralidad el instituto de la resolución contractual a instancia del trabajador *ex art. 50 ET* o *dimisión provocada*, no es menos cierto que dicha vicisitud extintiva está vinculada, si se quiere, indirectamente a tales supuestos, dado que la causa justa de resolución contemplada en su apartado b) reside en el incumplimiento grave de las obligaciones salariales a cargo del empleador. En efecto, pese a que el impago del salario o los retrasos continuados en su abono -supuestos de hecho integradores de la segunda de las aperturas causales del citado precepto estatutario- no evidencien por si mismos el hecho de que la empresa atravesase por dificultades patrimoniales, con frecuencia dicho incumplimiento empresarial es síntoma de la existencia de una crisis económica más o menos larvada o, incluso, de una situación de insolvencia técnica, como lo prueba el hecho de que la LC (art. 2.4.4^o) lo contemple como uno de los presupuestos de solicitud de concurso por parte de los acreedores del empresario-deudor.

Evidenciada la conexión de *dimisión provocada* y crisis empresarial y, con ello, su pertenencia al grupo normativo regulador de las crisis y reestructuraciones de la empresa, procede ahora analizar el diverso régimen jurídico de esta vicisitud extintiva del contrato de trabajo según opere en supuestos de crisis ordinaria o extraconcursal o en supuestos de crisis concursal.: el estatutario *ex art. 50 ET* y concordantes de la LPL y el concursal *ex art. 64.10 LC*, respectivamente.

1. La acción resolutoria *ex art. 50.1.b) ET* y su dinámica en la crisis extraconcursal de empresa. El régimen jurídico estatutario y la vigente jurisprudencia interpretativa

⁹²⁴ MONERERO PEREZ, J.L./FERNANDEZ AVILES, J.A.: “Caracterización técnico-jurídica del fenómeno extintivo producido por causas de funcionamiento de la empresa: artículos 51 y 52.c) LET, REDT, n^o 85, 1997, pg. 697; RIVERO LAMAS, J.: La novación del contrato de trabajo, Barcelona, 1963, pg. 127 y “Comentario al art. 20 LET”, en VV.AA., Comentario al Estatuto de los Trabajadores, Comares, Granada, 1998, pg. 306.

Como se recordará, la segunda de las aperturas causales del art. 50.1 ET se refiere al impago del salario pactado o los retrasos continuados en su abono por parte del empresario, configurándose como justa causa de resolución contractual por voluntad del trabajador con indemnización de cuantía igual a la del despido improcedente (art. 50.2 ET). Repasemos sucintamente el régimen jurídico estatutario de esta vicisitud extintiva a la luz de su jurisprudencia interpretativa.

1.1 Objeto y requisitos del incumplimiento resolutorio ex art. 50.1.b) ET

El incumplimiento que en este caso justifica que el trabajador ejercite la facultad de resolver el contrato de trabajo se refiere a la obligación salarial lo que nos remite a la noción jurídico laboral de salario acuñada en el art. 26.1 ET que opta por una fórmula globalizadora y heterogénea que implica, por un lado, la inclusión de toda contraprestación directa por el trabajo prestado así como, salvo exclusión legal constitutiva, de cualquier retribución que de modo directo o indirecto tenga su causa en la prestación de servicios⁹²⁵ y por otro lado, la presunción *iuris tantum* de *salariedad* de las percepciones económicas del trabajador de calificación dudosa. El art. 50.1.b) se presenta, pues, como norma implícitamente excluyente de las percepciones extrasalariales en cuanto que objeto del incumplimiento tipificado⁹²⁶, de modo que el impago o los retrasos de retribuciones de esta naturaleza pueden constituir incumplimientos resolutorios que, en este caso, deben reconducirse a la letra c) del precepto. La doctrina mayoritaria así como la jurisprudencia unificada del Tribunal Supremo interpreta además que el listado de retribuciones extrasalariales del art. 26.2 ET es un *numerus clausus*, criterio conforme al cual se reputan salariales conceptos de calificación dudosa⁹²⁷.

Por otra parte, el art. 50.1.b) anuda el incumplimiento a irregularidades en el pago del salario “pactado”, expresión que doctrina y jurisprudencia pacífica conectan con el determinado en cualquiera de las fuentes de la

⁹²⁵ MONEREO PEREZ, J.L.: El salario y su estructura después de la reforma laboral de 1997, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1.998, pg. 13.

⁹²⁶ Vid. Entre otras, SSTs 4-2-1991 (RJ 796); 11-6-1990 (RJ 5055); STSud 2-11-1996 (RJ 8287).

⁹²⁷ SSTSud 26-6-1995 (RJ 5277); 1-4-1996 (RJ 2969); 3-5-1996 (RJ 4372); 24-10-2001, RL, nº 1, 2002 (R 488)

relación laboral (art. 3.1 ET), esto es, la ley, las disposiciones reglamentarias, convenios colectivos *erga omnes* y de eficacia limitada y el propio contrato de trabajo⁹²⁸. Finalmente se advierte que el precepto diversifica dos tipos de incumplimiento: la falta de pago y los retrasos continuados en el abono del salario.

En cuanto a la falta de pago, de conformidad con los principios de integridad e identidad que rigen el cumplimiento de las obligaciones sinalagmáticas (arts. 1157 y 1166 CC), el incumplimiento se producirá cuando no exista satisfacción íntegra de la deuda salarial y en consecuencia tanto en los supuestos de impago total cuanto parcial de la deuda. La expresión legal apunta, por otro lado, a un impago persistente o duradero en el tiempo que al trabajador se le presente como definitivo, de modo que para la doctrina y jurisprudencia mayoritarias la continuidad es requisito inherente al impago al igual que a los retrasos en donde la Ley lo establece expresamente⁹²⁹.

En lo que concierne a los retrasos en el abono del salario, incumplimiento que alternativa o acumulativamente al anterior hace operativa la facultad resolutoria del trabajador, señalar que en este caso aun produciéndose el pago y por tanto la liberación de la deuda el empleador contraviene las reglas de ordenación del tiempo del pago ex art. 29.1 ET y con ello vulnera el derecho básico del trabajador a la percepción puntual del salario devengado (art. 4.2.f) ET). Doctrina y jurisprudencia coinciden en la exigencia de que los retrasos revistan un cierta cualificación y pese a la impronta casuística de la materia se utilizan a tal efecto como criterios de valoración conjunta: la cuantía del salario, el distanciamiento temporal entre la fecha de pago y la del vencimiento de la deuda y la reiteración abarcando tanto los retrasos consecutivos como los intermitentes⁹³⁰ quedando extramuros del precepto la *mora solvendi* esporádica u ocasional del empresario⁹³¹.

Los incumplimientos tipificados en el art. 50.1.b) deben cumplir, además, determinados requisitos, alguno de los cuales viene exigido expresamente por

⁹²⁸ VIQUIERA PÉREZ, C.: La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador por incumplimiento del empresario, Civitas, Madrid, 1994, pg. 45; NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: "Extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador (En torno al art. 50), El Estatuto de los Trabajadores veinte años después, REDT, n^o 100, 2000, pg. 1074.

⁹²⁹ SSTSud 25-9-1995 (RJ 6892); 13-7-1998 (RJ 5711).

⁹³⁰ SSTSud 25-9-1995 (RJ 6892); 28-9-1998 (RJ 8533); 25-1-1999 (RJ 898).

⁹³¹ STSJ Castilla-León 11-10-1.993 (AS 4489); STS 28-9-1998 (RJ 8553).

el precepto en tanto que otros son fruto de la labor interpretativa de doctrina y jurisprudencia. El primero de los requisitos esenciales es la *exigibilidad de la deuda salarial* ya que de no ser así no podría hablarse de incumplimiento. La deuda será exigible cuando esté vencida, su cuantía determinada o determinable y sea incontrovertida⁹³². El segundo requisito del incumplimiento resolutorio es la *gravedad*. Pese a que un sector de la doctrina sostiene que los incumplimientos en materia salarial están revestidos de una gravedad intrínseca -por afectar a una obligación principal en el marco contractual y en base a la función alimenticia propia del salario- que harían innecesario un plus de gravedad⁹³³, la posición acogida mayoritariamente por doctrina y jurisprudencia es la exigencia de gravedad también en los incumplimientos referidos al salario con fundamento en un interpretación sistemática del art. 50.1 y en la necesidad de impedir un abuso de derecho en el ejercicio de acciones resolutorias que llevan anudadas la máxima indemnización legal a cargo del empleador⁹³⁴. En este sentido y a efectos de apreciar la concurrencia de la nota de gravedad la doctrina legal se vale de un triple criterio de ponderación: objetivo (irrelevancia de la existencia o no de culpabilidad), temporal (periodos de vencimiento de la deuda) y cuantitativo (monto total de lo adeudado)⁹³⁵.

1.2 La cuestión de la culpabilidad del incumplimiento resolutorio ex art. 50.1.b) LET. Especial referencia a los supuestos de crisis y reestructuración empresarial en la doctrina unificada

Ya se ha indicado *supra* que el problema acerca de la exigencia o no de culpabilidad de los incumplimientos de la obligación salarial en orden a su eficacia resolutoria del contrato de trabajo a instancia del trabajador ex art.

⁹³²Vid., entre otras, SSTS 14-10-1986 (RJ 5468); 6-5-87 (RJ 3252); 6-5-1991 (RJ 4169); STSJ C.Valenciana 4-2-1999 (AS 550); STSJ Canarias 25-2-1999 (AS 722).

⁹³³ Por todos, vid. VIQUEIRA PÉREZ, C., op. cit., pp. 39 y ss.

⁹³⁴ Vid. entre otras, SSTS 25 de septiembre de 1995 [RJ 1995, 6892], 28 de septiembre de 1998 [RJ 1998, 8553], 25 de enero de 1999 [RJ 1999, 898]; SSTSJ Andalucía 8-10-2002 (AS 2003,881) y 20-2-2003 (AS 1149); STSJ Madrid 26-11-2002 (AS 2003, 1213).

⁹³⁵ SSTS 25 de septiembre de 1995 [RJ 1995, 6892], 28 de septiembre de 1998 [RJ 1998, 8553], 25 de enero de 1999 [RJ 1999, 898]; SSTSJ Andalucía 8-10-2002 (AS 2003,881) y 20-2-2003 (AS 1149); STSJ Madrid 26-11-2002 (AS 2003, 1213).

50.1.b) ET no sólo tiene un alcance dogmático, sino también importantes repercusiones prácticas que adquieren especial relevancia en los supuestos en que la acción resolutoria del trabajador se ejerce en el marco de una crisis económica de la empresa en donde se inserta su relación laboral. En este contexto, conforme a la tesis subjetivista anteriormente expuesta, el impago de salarios o los retrasos en su abono constituirían un incumplimiento involuntario y no culpable justificado por la crisis y por tanto no podría hablarse técnicamente de incumplimiento resolutorio, lo que llevaría a la desestimación de la pretensión extintiva del trabajador postulante de la misma. Por el contrario y con argumentos más atendibles, para la postura que reivindica la interpretación en clave objetiva del art. 50 ET la inexistencia de culpabilidad en el incumplimiento a resultas de una crisis empresarial no desvirtuaría la eficacia resolutoria del incumplimiento de la obligación salarial quedando indemne la facultad de resolver el contrato que al trabajador le confiere el citado precepto estatutario.

La fundamentación jurídica dada por la doctrina a esta última interpretación radica en que el art. 1124 CC, cuya proyección en el ámbito laboral es el art. 50 ET, admite como causa de resolución de las relaciones obligatorias bilaterales además del incumplimiento culpable de una de las partes, la imposibilidad sobrevenida del cumplimiento de la prestación a cargo del deudor⁹³⁶, así como la excesiva onerosidad sobrevenida que frustre el programa de prestaciones recíprocas o haga desaparecer la base del negocio⁹³⁷. De este modo, no parece que pueda esgrimirse argumento técnico-jurídico alguno, ni siquiera desde la perspectiva iuscivilista, que impida que la falta de pago total o parcial del salario o los retrasos reiterados en su abono en un escenario de crisis económica de la empresa puedan considerarse incumplimientos empresariales con virtualidad para que el trabajador ejercite la acción de resolución contractual indemnizada al amparo del apartado b) del art. 50.1 ET.

⁹³⁶ En este sentido, vid. Diez-Picazo, L.: Fundamentos..., cit., pp. 719-720; PUIG BRUTAU, J.: Fundamentos de Derecho Civil, t.I, vol. 2^o, 4^a edic., Barcelona, 1988, pg. 124.

⁹³⁷ Diez-Picazo, L.: Fundamentos..., cit., pg. 899. Para este autor, en caso de excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación la regla general debe ser la resolución, aunque da cuenta de que la jurisprudencia se muestra más favorable al efecto meramente revisorio.

Este último es el criterio seguido por la jurisprudencia unificada del Tribunal Supremo⁹³⁸ que de forma contundente ha dejado sentado la doctrina de que “ es indiferente, dentro del artículo 50 ET, que el impago o el retraso continuado del salario vengán determinados por la mala situación económica empresarial”, amén de aclarar que la pasividad de otros trabajadores también afectados por el incumplimiento empresarial no determina, por sí misma, abuso del derecho a la resolución por parte del trabajador que la inste individualmente⁹³⁹.

La doctrina legal, en efecto, ha dejado zanjada la incertidumbre acerca de la incidencia de la alteración sobrevenida de las circunstancias y en concreto de la crisis empresarial en el ámbito de la dimisión provocada casualizada en incumplimientos salariales en términos palmariamente tuitivos del interés individual del trabajador afectado al que legítimamente, según el TS, no puede imponérsele la carga de soportar incumplimientos que el empresario pretende justificar en una situación económica adversa. La fundamentación jurídica de esta doctrina es además irreprochable al aportar, más allá de los criterios interpretativos del art. 1124 CC extrapolados al art. 50 ET ya expuestos, el argumento de que “cuando exista una situación de impago de salarios como comportamiento empresarial continuado y persistente concurre el requisito de la gravedad de la conducta empresarial que justifica la extinción contractual a instancia del trabajador «ex» art. 50.1 b) ET, con independencia a estos fines de que tal retraso no esporádico sea debido al arbitrio injustificado del empresario o derive de una imposibilidad total o parcial debida a circunstancias económicas imputables o no a aquél. En efecto, pues, si tal situación de crisis económica concurre impidiéndole al empleador cumplir con su obligación de pago puntual de salarios la norma estatutaria le posibilita el acudir a las técnicas de modificación de las condiciones de trabajo, suspensión o extinción «ex» arts. 41, 47, 51 ó 52 c) ET, pero en ningún caso puede obtener por su propia autoridad y contra la voluntad de los trabajadores afectados una quita o aplazamiento en el pago de sus obligaciones salariales, por lo que de no acudir a tales figuras y persistir en su continuado incumplimiento existe justa causa para la extinción contractual «ex» art. 50.1 b) ET a instancia de los

⁹³⁸ SSTsud 24-3-1992 (RJ 1870); 29-12-1994 (RJ 10522); 28-9-1998 (RJ 8533); 25-1-1999 (RJ 898).

⁹³⁹ STSud 29-12-1994 (RJ 10522).

trabajadores afectados. En suma, concluye el TS que una situación económica adversa, ponderable a efectos de posibilitar la modificación, suspensión o extinción de los contratos de trabajo, no es aducible, sin embargo, para excluir la aplicación de la causa resolutoria «ex» art. 50.1 b) ET, ya que dicha situación no afecta al esencial deber de abonar puntualmente los salarios⁹⁴⁰.

Como puede advertirse, la doctrina legal unificada no se ha limitado a rechazar que en un contexto de crisis empresarial quede excluida la dimisión provocada en la que el trabajador invoque incumplimientos del empresario atinentes a sus derechos salariales, sino que, contrariamente, ese escenario puede contribuir a agravar el incumplimiento resolutorio e, incluso, a incorporarle el ingrediente de la culpabilidad, que si bien, no se precisa para que quede integrada la justa causa de resolución contractual, aquí vendría dado como argumento de refuerzo, por la negligencia en la que el empresario incurre al no valerse de los medios lícitos que le ofrece específicamente el ordenamiento laboral para enfrentarse a este tipo de situaciones económicas adversas: las técnicas de flexibilidad interna -modificación sustancial de condiciones de trabajo y/o suspensión por causas económicas ex arts 41 y 47 ET, respectivamente-, o la técnicas de flexibilidad externa: -despido colectivo (art. 51 ET) y/o despido objetivo económico (art. 52.c) ET-, a las que, incluso, pueden sumarse otras, tales como un pacto colectivo de “descuelgue salarial” (art. 82.3.3^o ET). En un contexto de estas características, parece que la única circunstancia que enervaría la acción resolutoria del trabajador sería la existencia de un previo pacto individual con el empresario o un previo también Acuerdo de Empresa de aplazamiento de los pagos salariales, ya que este tipo de pactos, individual o colectivo, impondrían el principio de solidaridad entre toda la plantilla que debe prevalecer sobre el interés particular del trabajador postulante de la resolución indemnizada⁹⁴¹.

⁹⁴⁰ Vid. STSud 25-1-1999 (RJ 898), F.j. 2^o y 4^o. En el mismo sentido, reiterando la doctrina sentada en la sentencia anterior, vid. SSTud 21-11-2000 (RJ 1033) F.j. 3^o; 22-11-2000 (RJ 10423) F.j. 3^o. En la doctrina de duplicación, vid. STSJ País Vasco 23-5-2000 (AS 3294); STSJ Castilla-La Mancha 11-10-2001 (AS 2106); STSJ Navarra 19-11-2002 (AS 4175); STSJ Asturias 1-5-2002 (AS 926); STSJ Castilla y León 18-2-2003 (AS 1242); STSJ Andalucía 20-2-2003 (AS 1149); STSJ Andalucía 8-10-2003 (AS 881); STSJ Madrid 20-12-2002 (AS 2003, 1568); STSJ Andalucía 20-2-2003 (AS 1110). Aplicando esta misma doctrina para un supuesto de suspensión de pagos, vid. STSJ Madrid 17-10-2000 (AS 4679) y para un supuesto de solicitud de quiebra de la empresa, STSJ Cataluña 2-10-2001 (AS 4656).

⁹⁴¹ En este sentido, vid. STSJ Madrid 20-12-2002 (AS 2003, 1568); STSJ Andalucía 8-10-2003 (AS 881).

Cuestión distinta puesta de relieve por la doctrina⁹⁴², se produce en los supuestos en que uno o varios trabajadores con información privilegiada acerca de la situación de la empresa y de la probabilidad de que ésta recurra a medidas de reestructuración laboral con las que hacer frente a necesidades sobrevenidas de funcionamiento, puedan hacer un “uso estratégico” de la facultad resolutoria ejercitándola previamente al inicio del procedimiento de regulación de empleo (art. 51 ET) o al despido objetivo por causa económica (art. 52.c) ET), con el propósito de soslayar una extinción contractual por voluntad del empleador que, de afectarles, en ambos casos lleva anudado un quantum indemnizatorio inferior al de la dimisión provocada, equivalente a 20 días de salario por año de servicio, con un máximo de 12 mensualidades⁹⁴³. Para estos supuestos, nada infrecuentes en la práctica, la jurisprudencia del Tribunal Supremo estuvo marcada inicialmente por una línea de tendencia interpretativa que excluía la acción resolutoria instada por el trabajador tras la iniciación del expediente de regulación de empleo (ERE)⁹⁴⁴, mientras que cuando era ejercitada previamente a su inicio se admitía la viabilidad de la acción resolutoria, salvo cuando resulte acreditado abuso del derecho por parte del trabajador cuya prueba corresponde al empresario⁹⁴⁵.

Sin embargo posteriormente el propio Tribunal Supremo (TS), ahora ya en unificación de doctrina y con sólidos argumentos rectifica su anterior postura y desautorizando pronunciamientos de suplicación al respecto de corte restrictivo⁹⁴⁶, ha negado que el inicio por la empresa de un Expediente de Regulación de Empleo (ERE), en búsqueda de una reestructuración laboral vehiculizada a través de una suspensión contractual ex art. 47 ET o de un despido colectivo del art. 51 ET, tenga efectos impeditivos de la dimisión provocada. En este sentido, el TS argumenta que “ningún precepto legal establece expresamente ni permite inferir por vía interpretativa, que el inicio por

⁹⁴² Vid. al respecto, NOGUEIRA GUASTAVINO, M., op.cit., pg. 1081

⁹⁴³ Sobre las cuestiones de coordinación de las acciones individuales de resolución del contrato ex art. 50 ET y la tramitación del ERE, vid. DE MIGUEL LORENZO, A., op. cit., pp. 97-99; PENDÁS DIAZ, B., op. cit., pp. 36-37.

⁹⁴⁴ Vid. SSTS 12-5-1988 (RJ 4234); 22-12-1988 (RJ 9899).

⁹⁴⁵ STSud 29-12-1994 (RJ 10522)

⁹⁴⁶ Vid. por ejemplo, STSJ Castilla y León 3-4-2000 (AS 2146) en la que se rechaza la viabilidad de la acción resolutoria al estar pendiente de resolución el ERE, entendiéndose que la dimisión provocada del trabajador, en ese escenario, puede constituir una estrategia para obtener una indemnización mayor a la establecida en el art. 51 ET en contra del principio de solidaridad que debe primar frente al interés particular del trabajador.

la empresa y la subsiguiente tramitación del ERE sean circunstancias que enerven el ejercicio de la acción resolutoria por el trabajador ante incumplimientos tipificados en el art. 50 ET”, rechazando así la existencia de una suerte de “litispendencia” en el juicio que sustancie para resolver acerca de la solicitud de resolución contractual del trabajador por la latencia de un ERE pendiente de resolución ⁹⁴⁷.

En cambio, tal y como argumenta el TS, en pro de la tesis contraria existen preceptos legales expresos, tales como el propio art. 50 ET, que confiere al trabajador, sin ninguna limitación, la acción resolutoria contractual, cuyo ejercicio -así como el de cualquier otra acción individual derivada del contrato- constituye un derecho laboral básico a tenor del art. 4.2 g) del mismo texto estatutario, precepto este último que supone el reflejo en un aspecto particular y concreto del derecho fundamental al libre acceso a los Tribunales y a la tutela judicial efectiva que consagra de manera general el art. 24.1 CE ⁹⁴⁸. De este modo, la jurisprudencia otorga carta de naturaleza al criterio de la absoluta autonomía de ambas vicisitudes extintivas en las crisis extraconcursoales de la empresa: la institución resolutoria ex art. 50 ET y el despido colectivo ex art. 51 ET e, indirectamente, al criterio de prevalencia del interés individual del trabajador sobre el principio de solidaridad de la plantilla de la empresa en reestructuración.

A la luz de esta doctrina legal, se impone y se generaliza en la doctrina judicial de suplicación la conclusión de que en tanto el contrato de trabajo esté vigente,

⁹⁴⁷Vid. STSud 5-4-2001 (RJ 4885) para la que “ningún precepto legal en nuestro Ordenamiento jurídico se pronuncia de manera expresa en el sentido en el que se orienta la Sentencia recurrida, esto es, en el de prohibir el ejercicio de la acción que a los trabajadores confiere el art. 50 del ET encaminada a obtener la resolución del contrato, con base en los incumplimientos graves por parte del empresario que en dicho precepto se contemplan, por el hecho de que, previamente a la interposición de la demanda, haya solicitado el patrono, a través del correspondiente ERE, la extinción de los contratos al amparo de lo previsto en el art. 51 del propio Estatuto. Dicho en otras palabras: el ejercicio por parte del empresario ante la Administración de la facultad que le confiere el art. 51 del ET, mientras el expediente se encuentre pendiente de decisión, no constituye, conforme a ningún precepto legal que así lo disponga de manera expresa, ningún óbice para el ejercicio por parte de uno o varios trabajadores del derecho que a éstos les otorga el art. 50, ni siquiera cuando la causa de pedir por parte de empleador y empleados fuere idéntica (como en el presente caso, en que la empresa se apoyaba en una crisis económica que decía impedirle satisfacer los salarios, y los trabajadores aducían precisamente este impago salarial como apoyo de su pretensión), de tal suerte que, en principio, no puede aducirse una especie de «excepción de litispendencia» en el proceso judicial instado por los trabajadores, por el hecho de la latencia del expediente administrativo incoado a solicitud del empresario”.

⁹⁴⁸ En este sentido, vid. STSud 5-4-2001 citada en nota anterior.

al no estar aún resuelto en sentido autorizante el ERE iniciado antes o tras la presentación de la demanda de resolución, no hay obstáculo legal alguno ni para la interposición de dicha demanda extintiva, ni para que el juzgador dicte sentencia resolviendo el fondo de la pretensión en sentido estimatorio o desestimatorio a la vista de las alegaciones y pruebas de ambas partes, en tanto en cuanto es preciso distinguir, tal y como afirma el TS, entre el derecho de acceso al proceso, que debe reconocérsele al trabajador, y la acomodación o no a Derecho de sus pretensiones⁹⁴⁹.

De conformidad, pues, con esta jurisprudencia debe rechazarse cualquier solución que pase por excluir del ámbito aplicativo del art. 50.1.b) ET el incumplimiento empresarial de sus obligaciones salariales presunta o efectivamente derivado de una crisis de la empresa, de modo que el trabajador afectado podrá optar por la exigencia del cumplimiento o por la dimisión provocada y esto último tanto cuando el empresario, en conducta negligente, no haga uso de los instrumentos legales o convencionales arbitrados para viabilizar reestructuraciones laborales de la organización productiva, como, incluso, en los supuestos en que, habiendo acudido a ellos, el procedimiento esté pendiente de resolución, sin que en tal caso además la conducta del trabajador deba ser considerada transgresora de la buena fe contractual o constitutiva de abuso de derecho o fraude de ley⁹⁵⁰.

Otra cosa es que una vez interpuesta por el trabajador la demanda de resolución fundada en la falta de pago de salario y/o reiterados retrasos en su abono y admitida a trámite por el juzgador *a quo*, el ERE en el que aquél estaba comprendido se resuelva en sentido autorizante del despido colectivo solicitado por la empresa antes de que se celebre el juicio para entrar en el fondo de la pretensión extintiva del trabajador, en cuyo caso, dado el carácter constitutivo de la sentencia que declare la extinción contractual, la relación laboral del demandante al tiempo de enjuiciar si procede o no la dimisión

72 Acogiendo esta doctrina unificadora, vid. STSJ Castilla y León 17-12-2001 (AS 226); STSJ Comunidad Valenciana 26-6-2002 (AS 466); STSJ Madrid 18-12-2002 (AS 658); STSJ Madrid 26-11-2002 (AS 2003,1213). En contra, rechazando la resolución por estar pendiente el ERE, STSJ Asturias 1-5-2002 (AS 926).

⁹⁵⁰ Vid., en este sentido, STSJ Castilla y León 17-12-2001 (AS 2002, 226) F.j. 7º, en la que se sostiene que “reconocido el derecho de acceso al proceso por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la posibilidad de extinguir las relaciones laborales aun pendiente un expediente de extinción de contratos de trabajo, lo que ha de analizarse es si los trabajadores incurrir en abuso de derecho, ejercicio antisocial o fraude de ley. Desde luego entiende esta Sala que los trabajadores no incurrir en ningún abuso de derecho, sino que actúan la única posibilidad que tienen”.

provocada, ya no estaría vigente. En tal caso, al no cumplirse el requisito general impuesto por la jurisprudencia de que el contrato continúe vivo para que pueda operar la dimisión provocada, la pretensión resolutoria basada en el art. 50. b) tendría que desestimarse⁹⁵¹.

En contraste con la línea argumental hasta ahora sostenida en este estudio con refrendo de la doctrina legal, una interesante aportación doctrinal introduce un diverso enfoque del problema de la incidencia de la crisis de la empresa en la dimisión provocada casualizada en incumplimientos de la obligación salarial. Esta doctrina postula abordar la cuestión de la culpabilidad en un contexto de crisis empresarial desde la doble perspectiva: por un lado, la del incumplimiento de la prestación debida por el empresario - la salarial en este caso- y, por otro, desde la vertiente de la resolución indemnizada del vínculo contractual⁹⁵².

Para esta doctrina, desde la perspectiva del incumplimiento de la prestación salarial considerado aisladamente, esto es al margen de su eventual eficacia resolutoria, la respuesta jurídica ha de ser la de garantía de la exigencia del cumplimiento flexibilizando la exigencia de culpa del empresario-deudor mediante la presunción *iuris tantum* de su existencia (art. 1183 CC); argumento que aplicado a los supuestos de crisis económica de la empresa implicaría que tal circunstancia no sería exonerante de la obligación de pago puntual del salario, puesto que las meras dificultades económicas o, incluso, la insolvencia empresarial, no eximen de la responsabilidad por el incumplimiento.

Sin embargo, desde la perspectiva de la virtualidad de dicho incumplimiento a efectos de la resolución contractual ex art. 50.1.b) ET, la crisis económica sí debería ser ponderada en el plano indemnizatorio, en simetría con lo que legalmente se establece en supuestos similares como el despido objetivo económico y el derecho de rescisión indemnizada que legalmente se le confiere al trabajador en supuestos de traslado (art. 40.1 ET) y en determinados supuestos de modificaciones sustanciales de condiciones de

⁹⁵¹ De este modo se infiere *sensu contrario* de la sentencia TSud 5-4-2001, cit. En este sentido, desestimando la resolución solicitada por el trabajador por razón de que su relación laboral con la empresa ya estaba extinguida de antemano por estar comprendido en el ERE resuelto con anterioridad, vid. STSJ Comunidad Valenciana 26-6-2002 (AS 466); STSJ Madrid 10-1-2003 (AS 1460).

⁹⁵² Vid. Desdentado Bonete, A.; “La resolución del contrato de trabajo por incumplimiento del empresario en la unificación de doctrina. Un apunte crítico”, Justicia Laboral, n^o 8, noviembre 2001, pp. 17-19.

trabajo (art. 41.3 ET)⁹⁵³. En definitiva, esta doctrina aboga no tanto por excluir la resolución indemnizada cuanto por reducir la cuantía de la indemnización tasada del art. 50.2 ET hasta la inferior establecida legalmente para los despidos colectivo y objetivo económico y las rescisiones por traslado y modificaciones sustanciales, para lo que toma en consideración la concurrencia de circunstancias objetivas -la crisis empresarial- que proporciona una justificación relativa al incumplimiento empresarial que, aunque no sea eximente de responsabilidad, sí debiera moderar su alcance.

En realidad la solución que postula esta doctrina no es del todo novedosa, puesto que durante la vigencia de la antiguas Ley de Contrato de Trabajo de 1945 (LCT) y Ley de Relaciones Laborales de 1976 (LRL) existió una corriente jurisprudencial del extinto TCT que vino a establecer un régimen indemnizatorio diverso según la resolución instada por el trabajador respondiese a un incumplimiento voluntario o culpable del empresario (en la que se aplicaba la indemnización igual a la del despido improcedente), o a un incumplimiento grave pero involuntario o no culpable (aplicando entonces la indemnización menor correspondiente a las extinciones por fuerza mayor, crisis económica o tecnológica de la empresa)⁹⁵⁴. Pues bien, ahora, a la luz de la reformulación de la figura resolutoria operada por el art. 64.10 LC, se trata de una interpretación que cobra especial significado.

Pero con todo, de conformidad con el sistema normativo estatutario vigente y el régimen aplicable a la institución en contexto extraconcursal, esta tesis no puede compartirse dado que, como ha puesto de relieve el TS, el ordenamiento laboral pone a disposición del empresario con dificultades económicas mecanismos *ad hoc* suficientes para salvarlas o mitigarlas; mecanismos cuya conceptualización causal reside, entre otras, en circunstancias inherentes a la situación económica de la empresa. Se trata, como ya se ha apuntado, bien de las técnicas de suspensión contractual -que a la sazón no llevan anudada carga indemnizatoria alguna- (arts. 45.1.j) y 47.1 ET), o bien de técnicas expulsivas de los excedentes de personal con indemnizaciones menores (arts. 51 y 52.c) ET) respecto a las cuales opera,

⁹⁵³ Cfr. arts. 52, 40.1 y 41.3 ET, respectivamente.

⁹⁵⁴ SSTCT 11-7-1977 (RJ 4138); 23-2-1978 (RJ 1176); 12-2-1979 (RJ 904); 27-3-1979 (RJ 1936); 14-3-1980 (1601); 9-6-1981 (RJ 3929).

además, la responsabilidad subsidiaria o incluso solidaria -caso de las pymes- del FOGASA ⁹⁵⁵. Todo ello sin perjuicio del posible recurso a un pacto colectivo de aplazamiento y/o condicionamiento del pago de los salarios viabilizado a través de un acuerdo de empresa de descuelgue salarial (art. 82.3.3^o ET) que, como se sabe, cabe sustentar en circunstancias económicas adversas afectantes a la viabilidad de la empresa.

Dicho en otras palabras, la crisis económica de la empresa puede justificar, entre otras, medidas empresariales suspensivas y/o extintivas con nulo o bajo coste indemnizatorio para el empleador pero nunca, ni siquiera en los términos relativos en que se manifiesta la doctrina mencionada *supra*, incumplimientos de sus obligaciones contractuales y, señaladamente, la salarial por su carácter principal en el programa de prestaciones recíprocas del contrato de trabajo. Por lo demás, no resulta argumento acogible en orden fundamentar la ponderación de la responsabilidad empresarial que se postula para este supuesto, el paralelismo con los incumplimientos del trabajador, necesariamente culpables, para justificar su despido, si se tiene en cuenta que dicha medida empresarial sigue produciendo efectos extintivos en fase de calificación, aunque no responda a incumplimientos graves ni culpables del trabajador e, incluso, no obedeciendo a incumplimiento alguno⁹⁵⁶. A mayor abundamiento, debe recordarse que el coste indemnizatorio que comporta a la empresa la dimisión provocada ex art. 50.2 ET goza, así mismo, de la cobertura del FOGASA en determinados supuestos de crisis o dificultades económicas del empresario, como la insolvencia, la suspensión de pagos, la quiebra o el concurso de acreedores (art. 33.2 ET) ⁹⁵⁷.

En conclusión de todo lo expuesto, conforme al régimen jurídico estatutario y su jurisprudencia interpretativa, la dimisión provocada casualizada en incumplimiento empresarial de la obligación salarial (art. 50.1.b) LET) resulta indemne ante la concurrencia de una crisis extraconcursal de la empresa y ajena a cualquier tipo de interacción con un eventual procedimiento de

⁹⁵⁵ Art. 33. 2 y 33.8 ET, respectivamente.

⁹⁵⁶ Repárese en que estos son algunos de los motivos legales de improcedencia del despido, calificación judicial que permite al empresario sustituir la readmisión del trabajador por una indemnización resarcitoria.

⁹⁵⁷ En efecto, el FOGASA abonará las indemnizaciones reconocidas a los trabajadores por sentencia a causa de la extinción de los contratos de trabajo conforme al art. 50 ET, en supuestos de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores (art. 33.2 ET).

regulación de empleo instado por el empleador por dicha causa; esto es, la institución resolutoria no se ve condicionada ni sufre modalización alguna ni en el plano sustantivo ni procesal. La grave conducta incumplidora del empresario y la voluntad extintiva del trabajador constituyen los presupuestos de la facultad resolutoria, cuyo incontrovertido carácter judicial determina que haya de vehiculizarse mediante la interposición de una acción judicial individual encauzada por el proceso ordinario laboral cuyo conocimiento corresponde a la competencia de los jueces del orden jurisdiccional social. La acción resolutoria conferida a cada trabajador afectado por el incumplimiento en materia salarial no precluye por la concurrencia de la crisis de la empresa ni por la posible solicitud o tramitación de un procedimiento de regulación de empleo a ella vinculado; circunstancias que tampoco son óbice para la eventual estimación de su pretensión extintiva y del reconocimiento de la indemnización legal correspondiente prevista en el art. 50.2 ET.

1.3 Procedimiento y efectos de la resolución contractual ex art. 50 ET. El carácter judicial de la figura resolutoria

Es unánime convención doctrinal y jurisprudencial que la facultad resolutoria reconocida al trabajador en el art. 50 ET tiene un carácter netamente judicial y que el cauce procesal por el que se vehiculiza la acción que ejerce el trabajador postulante de la extinción es el procedimiento ordinario ex arts. 76 y ss. LPL⁹⁵⁸. La doctrina legal interpretativa del art. 50, tiene sentado, así mismo, que la sentencia que resuelve el proceso tiene carácter constitutivo, de modo que el vínculo contractual no se extingue sino desde la fecha de la sentencia firme que así lo establezca; de ahí la regla general de que el trabajador debe mantener la prestación regular de servicios, ya que de lo contrario el cese prematuro en el desempeño de la actividad laboral se consideraría abandono, dimisión o, incluso, faltas injustificadas de asistencia merecedoras de despido disciplinario, todas ellas causas extintivas que harían inviable la resolución de un contrato ya previamente extinto⁹⁵⁹. Por lo demás, la

⁹⁵⁸ Vid., entre otras, la reciente STSJ Galicia 26-1-2000 (AS 107).

⁹⁵⁹ Vid., entre otras, SSTs 22-10-1986 (RJ 5878); 12-7-1989 (RJ 5461); 18-09-1989 (RJ 6455); STSud 23-4-1996 (RJ 3043); Auto TS 11-03-1998 (ud) Ar. 2561; STS 22-5-2000 (RJ 4623).

estimación de la pretensión del trabajador determinará la extinción del contrato de trabajo que irá acompañada por una indemnización igual a la del despido improcedente (art. 50.2 ET).

2. La acción resolutoria ex art. 50.1.b) y su dinámica en el marco de crisis de empresa formalizada en concurso. El nuevo régimen jurídico concursal de la Ley 22/2003, Concursal

Ya se ha señalado que la entrada en vigor de la LC implica la diversificación de regímenes legales para el tratamiento de las relaciones de trabajo en las situaciones empresariales críticas: el régimen estatutario aplicable para la gestión laboral de las crisis extraconcursales y el régimen jurídico establecido por la LC (arts. 8.2 y 64) para los supuestos en que las dificultades de la empresa aboquen a la insolvencia técnica formalizada en concurso voluntario o necesario del empresario.

La existencia ahora de esta doble vía –extraconcursal y concursal- para el tratamiento jurídico de los contratos de trabajo insertos en una empresa en crisis ha llevado al legislador concursal a optar por recurrir a las instituciones laborales de modificación, suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo arbitradas por el ET, aunque en lugar de limitarse a un mero reenvío a su régimen estatutario las ha modalizado con el objeto de adecuarlas “a la naturaleza y exigencias peculiares de la propia institución concursal”⁹⁶⁰. Sin embargo, en lo que respecta a la institución resolutoria ex art. 50.1.b) ET, la LC (art. 64.10) ha ido más allá de una mera adaptación del modelo para llevar a cabo una desvirtualización de la figura extintiva exponencial de la “perturbación” que el Derecho Concursal produce en el Derecho del Trabajo por la imbricación de las instituciones laborales en la disciplina del concurso⁹⁶¹.

De este modo, si originalmente se trata de una acción individual, en el marco del concurso se colectiviza alterándose su régimen jurídico en

⁹⁶⁰ MONTOYA MELGAR, A.: “Crisis de empresa y contrato de trabajo”, cit., pg. 212.

⁹⁶¹ Vid. en este sentido, MONEREO PEREZ, J.L.: “Transmisión de empresa en crisis y Derecho Concursal”, cit., pg. 4.

profundidad, tanto en el plano procesal como sustantivo. El nuevo marco legal plantea múltiples problemas interpretativos y aplicativos, abordándose a continuación lo más significativos.

El art. 64.10 LC determina que las acciones individuales ejercitadas por los trabajadores al amparo del art. 50.1.b) ET, siempre que se superen los umbrales cuantitativos precisados en la norma, se considerarán extinciones de carácter colectivo a los efectos de la competencia del juez (mercantil) del concurso y de su tramitación por el procedimiento establecido en aquél precepto para la adopción de medidas de modificación sustancial, suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo en los que el empresario concursado ostente la condición de empleador.

Con ello la LC despliega una pluralidad de efectos. El primero, según alguna doctrina, de carácter sustantivo, consistente en la incorporación *ex lege* de una nueva categoría de extinción colectiva del contrato de trabajo o, si se quiere, un nuevo supuesto de despido colectivo económico⁹⁶² a través de la transformación de la original resolución contractual individual estatutaria ex art. 50 LET. El segundo, de orden adjetivo, reside en el cambio de jurisdicción competente para el enjuiciamiento de estas resoluciones, que deja de serlo la social en beneficio de los nuevos jueces de lo mercantil a los que se les atribuye una competencia “exclusiva y excluyente” en la materia (art.64.10 en relación con el art. 8.2º LC)⁹⁶³. Y por último, una conversión procedimental, puesto que a partir del momento en que asume la competencia el juez del

⁹⁶² Vid., en este sentido, MOLINA NAVARRETE, C.: “Un nuevo desafío para los derechos de los trabajadores: principales puntos críticos de la Reforma Concursal”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF-Recursos Humanos)*, nº 248, 2003, pg.122; MATORRAS DIAZ-CANEJA, A.: “La incidencia de la reforma concursal en el ámbito laboral”, en VV.AA.: *La Reforma de la Legislación concursal. Estudio sistemático de las Leyes 22/2003 y 8/2003, de 9 de julio*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2004, pg. 396. CRUZ VILLALÓN, J.: “Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales”, *RL*, T. II, 2003, pp. 523-524. RIOS SALMERON, B. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “El expediente judicial de regulación de empleo: art. 64 de la Ley Concursal”, en VV.AA. (Borrajo Dacruz, dir.): *Nueva sociedad y Derecho del Trabajo, La Ley*, Madrid, 2004, pg.82. En contra FERNANDEZ LÓPEZ, M.F.: “Delimitación de competencias entre el juez de lo mercantil y el juez laboral en el seno de los procedimientos concursales: los problemas sumergidos de la Ley 22/2003, Concursal”, *Revista de Derecho Social*, nº 26, 2004, pg. 38, para la que el precepto de la LC sólo implica un cambio de competencia jurisdiccional y procedimental dejando indemne el régimen jurídico de la figura extintiva del art. 50 ET. En la misma línea, vid. MOLERO MARAÑÓN, M.L.: “El régimen jurídico de la indemnización frente a la extinción colectiva en la Ley Concursal”, *RL*, nº 15-16, agosto 2005. Para esta autora el concepto legal de extinción colectiva en la LC es dual al comprender dos figuras jurídicas diversas: el despido colectivo y la acuñada por el art. 64.10, si bien ésta última no es equiparable a todos los efectos al despido colectivo sino tan sólo en los planos causal y procedimental.

⁹⁶³ Esta alteración competencial viene refrendada por el art. 86 ter LOPJ en la redacción dada por la LO 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal en términos que reproduce exactamente el art. 8.2º LC.

concurso las resoluciones contractuales a instancia de los trabajadores abandonan el cauce procesal laboral ordinario (art. 80 y ss. LPL) y, devenidas extinciones colectivas, se reconducen al procedimiento de regulación de empleo concursal previsto en la LC (art. 64) para el resto de las medidas colectivas de reestructuración que se hayan solicitado con el objetivo de conservación de la empresa o, en su caso, de su liquidación.

2.1 Presupuestos de las resoluciones colectivizadas ex art. 64.10 LC

Dos son los presupuestos legales de la nueva figura extintiva colectiva. Uno de orden objetivo, viene dado por el ejercicio de acciones resolutorias individuales por parte de trabajadores al amparo del art. 50.1.b) ET y otro de orden cuantitativo-numérico que reside en que las extinciones solicitadas individualmente superen los umbrales determinados en el art. 64.10 LC. Con ello afloran los siguientes puntos críticos.

2.1.1 Las resoluciones individuales objeto de la colectivización concursal

En lo concerniente al primer presupuesto, se hace precisa la determinación de qué acciones resolutorias deberán tomarse en consideración al efecto de la colectivización, en función de la causa legal que fundamente la pretensión extintiva del trabajador. En este sentido en la doctrina es unánime la tesis de que las resoluciones que han de ser tenidas en cuenta a tal efecto son exclusivamente las fundadas en incumplimientos empresariales de la obligación salarial de la letra b) del art. 50.1 LET, quedando fuera de los límites del art. 64.10 LC las acciones resolutorias sustentadas en cualquiera de las dos restantes aperturas causales del art. 50.1 ET -letras a) y/o c)-.

Por tanto, dejando sentado que las resoluciones amparadas en los incumplimientos tipificados en los apartados a) y c) del art. 50 ET no están en el art. 64.10 LC y, en consecuencia son ajenas al régimen de colectivización impuesto por el precepto, alguna doctrina ha matizado con argumentos atendibles que, no obstante, deben ser incluidas también al efecto de integrar el presupuesto fáctico del art. 64.10 LC las demandas de resolución en las que, además del tipificado en la letra b) del art. 50 ET, se invoquen otros

incumplimientos resolutorios previstos en el precepto, si bien en el caso de que el juez del concurso denegase la extinción por entender que no existe o no resulta acreditado el incumplimiento salarial, la competencia para resolver acerca de las restantes causas de resolución invocadas en la demanda debería volver a la jurisdicción social⁹⁶⁴.

Sin embargo, la doctrina judicial no parece acoger esta tesis por el momento, pues pese a considerar a efectos de cumplimiento del umbral legal las demandas de resolución ex art. 50 ET instadas con fundamento múltiple, esto es, al amparo de varias aperturas causales del precepto estatutario aparte de la establecida en la letra b), rechaza que el juez de lo social pueda, una vez integrado el supuesto de hecho del art. 64.10 LC, abstenerse de conocer de éstas últimas aunque se acumulen en la misma demanda a las resoluciones del art. 50.1.b) ET. Es decir, para esta doctrina de suplicación, habría que efectuar una suerte de disociación de las acciones acumuladas (ex art. 27 LPL) en una misma demanda de resolución contractual pluricausal formulada al amparo del art. 50 LET, de modo que las únicas de las que deberá abstenerse de conocer el orden social será de las acciones fundadas en la letra b) del precepto estatutario al verificarse respecto a ellas la competencia del juez mercantil por su conversión en extinciones colectivas, en tanto que las acciones acumuladas a las anteriores fundadas en incumplimientos empresariales diversos del art. 50 ET, al quedar al margen de la colectivización del art. 64.10 LC, mantendrían su carácter de resoluciones individuales y, en consecuencia, seguirán siendo competencia del orden social que deberá resolverlas conforme al art. 50 ET y su jurisprudencia interpretativa⁹⁶⁵.

No cabe dudar de la lógica de la argumentación que sustenta el criterio judicial, pero tampoco puede obviarse que éste resulta, por un lado, algo forzado en lo relativo a la disociación de acciones extintivas comprendidas en una misma demanda resolutoria y a la concurrencia competencial de dos

⁹⁶⁴ LOUSADA AROCHENA, J.F., “Algunas anotaciones...”, cit., pg. 67.

⁹⁶⁵ Vid., en este sentido, STSJ Castilla-La Mancha 16-06-2005 (JUR 181015), F.j. 2º. La sentencia resuelve el recurso de suplicación planteado contra el auto del juez de lo social en el que se declaraba incompetente para conocer de las demandas resolutorias formuladas por los trabajadores de la empresa concursada con amparo en las letras b) y c) del art. 50 ET absteniéndose a favor del juez mercantil. La Sala de lo Social estima parcialmente el recurso pronunciándose a favor de la incompetencia del juez social sobre las acciones de resolución interpuestas al amparo del art. 50.1.b) ET, pero declarando su competencia respecto de las acciones fundadas en la letra c) del mismo precepto (falta de ocupación efectiva) acumuladas a las anteriores en la demanda extintiva.

jurisdicciones diversas respecto de lo que, al fin y al cabo, no deja de ser una única pretensión y, por otro lado, parece contraponerse a la finalidad perseguida por el legislador con el art. 64.10 LC de proporcionar un tratamiento unitario a las extinciones contractuales, cualquiera que sea el sujeto solicitante, fundadas en causas conectadas con la situación de insolvencia que determina la apertura del concurso. Por esta razón, sobre la base de la prevalencia de una interpretación teleológica del art. 64.10 LC, resulta más convincente la tesis defendida por la doctrina científica ya señalada de que las acciones resolutorias pluricausales, una vez integrado el supuesto de hecho normativo del precitado precepto concursal, serán, en principio, de competencia del juez del concurso y sólo en el supuesto en que fuesen desestimadas por no apreciarse el incumplimiento salarial alegado o considerarse éste justificado, volverían a la competencia del orden social al que le corresponderá enjuiciar los restantes incumplimientos empresariales diversos al salarial invocados en la demanda del trabajador postulante de la resolución.

Por otra parte, parece también acertada la interpretación de que las demandas de resolución en las que junto a la alegación del incumplimiento salarial se invoque una vulneración de derechos fundamentales, deberían mantenerse dentro de la competencia del orden jurisdiccional social hasta la resolución preferente del alegato constitucional viabilizado a través del proceso especial de amparo ordinario, trasladándose después al juez del concurso si entran en su radio de acción competencial conforme al art. 8.2 en relación con el art. 64.10 LC. Y ello, al entender que estos preceptos no pueden implicar una merma en la protección jurisdiccional privilegiada de los derechos fundamentales invocados⁹⁶⁶.

Por lo demás, ya se ha dicho que las acciones de resolución contractual fundadas en cualquiera de los restantes incumplimientos tipificados en el art. 50.1 LET quedan fuera de las prescripciones del art. 64.10 y, en consecuencia, se someterán en principio al régimen jurídico estatutario y quedarán incluidas en el ámbito competencial del orden jurisdiccional social. Ahora bien, su exclusión del ámbito de aquél precepto no supone, necesariamente, que resulten totalmente indemnes a la *vis atractiva* del concurso, por lo que afirmaciones apresuradas y rigoristas en orden a la competencia al respecto de

⁹⁶⁶ LOUSADA AROCHENA, J.F., op. Cit., pg. 67.

los jueces del orden social y a la aplicación estricta del régimen jurídico estatutario del art. 50 ET⁹⁶⁷ pueden tornarse parcialmente erráticas conforme a los argumentos que más adelante se aportarán.

En este sentido, conviene ya adelantar la particularidad que podría afectar a las acciones individuales de resolución ex art. 50.1.a) ET que se interpongan frente a modificaciones sustanciales colectivas cualificadamente lesivas -esto es, las que impliquen un menoscabo de la dignidad o la formación profesional del trabajador afectado- adoptadas conforme al procedimiento de regulación de empleo concursal, respecto de las cuales podría resultar aplicable la limitación prevista en el art. 64.9, prf.3º LC. Este precepto, como se recordará, impone una restricción al ejercicio de “acciones rescisorias” individuales de los trabajadores frente a modificaciones sustanciales colectivas aplicadas en contexto concursal, consistente en la suspensión de dicha facultad durante la tramitación del concurso, si bien con el plazo máximo de un año contado desde la fecha del auto judicial que autorice la medida modificativa. Baste por el momento este apunte preliminar, ya que el tratamiento de esta particularidad, junto a otras de orden procesal potencialmente atinentes a la dimisión provocada fundada en modificaciones sustanciales cualificadamente lesivas implementadas en contexto concursal, será abordado con mayor detalle en el último epígrafe de este capítulo.

Por último, añadir que dado que el presupuesto de la extinción colectiva del art. 64.10 LC se integra por el ejercicio de acciones resolutorias obedientes al art. 50.1.b) ET, no podrán tomarse en consideración las demandas de resolución casualizadas en incumplimientos salariales formuladas por altos cargos, ya que aunque el ordenamiento les legitima para ello al igual que al trabajador “común”, en su caso el precepto invocado no será el art. 50 ET sino el art. 10.3.b) RD 1382/85, regulador de la relación laboral especial del personal de alta dirección⁹⁶⁸.

⁹⁶⁷ FERNANDEZ LOPEZ, M.F., op. cit. pg. 40; LOUSADA AROCHENA, J.F.: “Algunas anotaciones al artículo 64.10 de la Ley 22/2002, de 9 de julio, Concursal”, Revista de Derecho Social, nº 27, 2004, pg. 67.

⁹⁶⁸ Coinciden en este punto LOUSADA AROCHENA, J.F., op. cit., pg. 67 y BARRIO CALLE, M.A.: “La Ley Concursal y el art. 50.1 del ET: “La conversión de demandas individuales de rescisión de contrato seguidas en el Juzgado de lo Social en expediente de regulación de empleo seguido ante el Juzgado Mercantil”, AS, nº 17, febrero 2005,

2.1.2 El umbral cuantitativo-numérico. Puntos críticos

El segundo de los elementos configuradores de la extinción colectiva ex art. 64.10 LC es de orden cuantitativo numérico: los trabajadores demandantes de resolución han de sobrepasar, a partir de la declaración del concurso, los umbrales numéricos establecidos en el precepto. Este requisito suscita mayores problemas interpretativos en lo concerniente a dos aspectos, respecto de los cuales la doctrina científica se encuentra dividida: uno, la determinación de qué resoluciones individuales serán las computables a efectos del cumplimiento del umbral numérico determinante de su colectivización; y dos, la extensión de la competencia del juez de lo mercantil, esto es, cuáles son las pretensiones de resolución que resultan atraídas al ámbito competencial de este último.

2.1.2.1 Resoluciones individuales computables a efectos de la colectivización

El problema del cómputo de los “trabajadores afectados” por la extinción en orden a la superación de los umbrales se torna particularmente complejo dado que la imposibilidad legal de una acción resolutoria colectiva (ex art. 27 LPL) determina que lo usual sea la formulación sucesiva de demandas individuales de resolución contractual ante el mismo o, incluso, ante distintos juzgados de lo social. De todos modos ningún impedimento existe para la interposición de una demanda plural de resolución⁹⁶⁹ tal y como revela la casuística judicial más reciente de los juzgados de lo social vinculada a supuestos concursales.

Respecto a esta cuestión, la doctrina científica se encuentra dividida en torno a dos posturas diversas: algunos autores sostienen que se debe incluir en el cómputo únicamente a los trabajadores que interpongan la demanda de resolución contractual tras la declaración del concurso, quedando excluidas por tanto las demandas interpuestas ante los Juzgados de lo Social con anterioridad a esa fecha, mientras que para otros, una vez declarado el

⁹⁶⁹ Como las de que traen causa las STSJ Galicia 15 de julio de 2005 (AS 2700) y STSJ Castilla-La Mancha 16 de junio de 2005 (JUR 2005/181015).

concurso, deben computarse también estas últimas, siempre que no haya recaído sentencia firme estimatoria de la pretensión resolutoria⁹⁷⁰.

Aunque ambas posturas se sustentan en argumentos atendibles, parece que la segunda es la que mejor responde a una interpretación literal y también finalista de la norma y la que, por lo demás, ha tenido refrendo en la incipiente doctrina judicial sobre la materia. Literalmente, el art. 64.10 LC se refiere al número de “trabajadores afectados” por la extinción, siendo la fecha de referencia para efectuar el cómputo de los mismos la del concurso; dicho en otras palabras, la operatividad del precepto se produce cuando, declarado del concurso, el número de trabajadores que hayan solicitado la extinción supere el umbral legal, sin distinguir a tal efecto si la acción resolutoria individual se ha ejercitado antes o después de esa fecha.

Por otra parte, desde una perspectiva finalista, resulta evidente que el propósito del legislador al colectivizar estas resoluciones es dispensarles un tratamiento unitario y homogéneo bajo el principio rector del sistema normativo concursal de protección de los intereses de los acreedores –laborales o no- del empresario deudor. Si esto es así, habrán de tenerse en cuenta o computadas también a efecto de la operatividad del art. 64.10 LC las acciones resolutorias ejercitadas previamente al concurso pero no resueltas a la fecha de la declaración de éste, sobre todo si se tiene en cuenta que la praxis de las empresas en crisis evidencia que son precisamente las fechas próximas al concurso en las que se produce un ejercicio masivo de este tipo de acciones, cuyas repercusiones en el patrimonio del empresario deudor y en la atención de los intereses de los acreedores aconseja que sean atendidas en el interior del concurso. Este es, por su parte, el criterio acogido hasta ahora por parte de la doctrina de suplicación⁹⁷¹, aunque parece ser rechazado *obiter dicta* por la Sala de Conflictos del TS en su reciente Auto 18/2008 de 21 de junio⁹⁷².

⁹⁷⁰ Para la primera tesis vid. CRUZ VILLALON, J., op. cit., pg. 116 y FERNANDEZ LOPEZ, MF., op. cit., pg. 40; DE LA PUEBLA PINILLA, A., op. cit. pg. 758. Postulando la segunda, ALBIOL MONTESINOS, I, op. cit., pp. 82-84; MATORRAS DIAZ-CANEJA, A., op. cit., pp. 397-398; LOUSADA AROCHENA, J.F., op. cit.,pg. 69. Este autor subraya el dato de que en el cómputo deben incluirse las pretensiones resolutorias que, aunque resueltas en instancia, se encuentren pendientes de sentencia firme dado el carácter constitutivo de las sentencias recaídas en los juicios seguidos por solicitudes de extinción amparadas en el art. 50 ET, de modo que hasta la firmeza de la sentencia la relación laboral se mantiene plenamente vigente.

⁹⁷¹ En la doctrina judicial, sostiene esta tesis la STSJ Galicia 15 de julio de 2005 (AS 2700) para la que la interpretación que debe prevalecer del art. 64.10 LC en orden al cumplimiento de los umbrales numéricos, es la de atender al número de extinciones o trabajadores afectados a partir de la declaración

2.1.2.2 El problema de la extensión competencial del juez del concurso

El segundo problema aplicativo derivado del requisito cuantitativo, reside en la delimitación de la competencia entre los órdenes social y civil de la jurisdicción en lo atinente a las extinciones colectivas impropias del art. 64.10 LC. Conforme a una interpretación integradora y sistemática de este precepto y el art. 8.2^o LC es incontestable *sensu contrario* que la competencia del orden jurisdiccional social se mantiene hasta que no se sobrepasen los umbrales numéricos, de modo que hasta ese momento todas las demandas individuales de resolución ex art. 50.1.b) ET interpuestas por los trabajadores de la empresa concursada, antes o después de la fecha de declaración del concurso, tendrán que ser admitidas a trámite por el juez de lo social y resueltas conforme al régimen estatutario del art. 50 ET⁹⁷³. Ahora bien, si, como también se ha visto, la competencia del juez del concurso se verifica cuando, declarado el concurso, se superan los umbrales numéricos (ex art. 64.10 LC) de trabajadores solicitantes de la extinción de sus contratos –previa o posteriormente a la fecha del concurso–, el problema práctico que se plantea ahora es diverso: determinar cuál será el destino, a partir del momento de cumplimiento del requisito cuantitativo numérico, de las acciones resolutorias ejercitadas ante los juzgados de lo social con posterioridad a la declaración de concurso, así como

del concurso, en lugar de a las acciones ejercitadas o demandas interpuestas a partir de esa fecha, lo que implica considerar todas las acciones resolutorias, incluidas las anteriores a la declaración del concurso (Fj. 5^o).

⁹⁷² Auto TS 18/2008 de 21 de junio de 2007, para el que para el cumplimiento del presupuesto cuantitativo previsto en el art. 64.10 LC vinculado a la fecha de declaración del concurso, conecta con las acciones individuales ejercitadas a partir de esa fecha y no a las anteriores: “ en consecuencia, las acciones de extinción que se hayan planteado antes del concurso no pueden computarse a los efectos de superación de los citados umbrales, y si todas las que se hayan ejercitado después de la declaración del concurso”.

⁹⁷³ Así lo confirma la STSJ Galicia 28-03-2008 (JUR 162988), respecto a una pretensión resolutoria individual ex art. 50.1.b) ET formulada después de la declaración de concurso pero previamente a la solicitud de extinción colectiva y sin cumplimiento de los umbrales legales de resoluciones individuales, en la que tras negar que la que la genérica declaración de concurso ni la solicitud de extinción colectiva de contratos de trabajo por la administración concursal al amparo del art. 64.10 puedan justificar el cumplimiento de las obligaciones salariales en tanto no se autorice judicialmente la extinción colectiva, ni tampoco cercenar la acción resolutoria del trabajador afectado, se rechaza igualmente la competencia del juez mercantil: “Tampoco se altera esa conclusión por la circunstancia de que, a consecuencia de la solicitud de extinción colectiva de los contratos de trabajo ante el Juzgado de lo Mercantil, éste la autorice, porque el Juzgado de lo Mercantil no tiene competencia para resolver las acciones aquí ejercitadas ante el Juzgado de lo Social”.

el de las entabladas con anterioridad al concurso pero aún no resueltas mediante sentencia firme, o, dicho en otras palabras, determinar cuál será el orden jurisdiccional competente para su conocimiento: el social ante el que se formularon las demandas o el mercantil del concurso.

En lo concerniente a la primera hipótesis, esto es, en lo que se refiere a las demandas de resolución contractual que se interpongan ante la jurisdicción social, cumplido el umbral, tras la fecha de declaración del concurso, la solución interpretativa parece que no puede ser otra que el rechazo a la admisión de las mismas, en los términos del art. 50.1 LC, al apreciar el juez de lo social, de oficio o a instancia de parte, su falta de competencia por haberse verificado ya la competencia del juez mercantil en los términos del art. 64.10 LC⁹⁷⁴.

Sin embargo la solución es más compleja respecto a la segunda hipótesis, esto es, respecto de las demandas individuales de resolución interpuestas previamente al concurso aunque pendientes de resolución judicial en el momento de declaración del mismo y de superación del umbral, doble factor determinante de su conversión en extinciones colectivas. Dos soluciones cabría inferir por vía interpretativa de las prescripciones de la LC.

Un sector doctrinal las considera de competencia de la jurisdicción social, dado que la colectivización y la alteración competencial a favor del juez mercantil que lleva anudada, sólo afectaría a las resoluciones que se instasen con posterioridad al concurso y una vez superado el umbral cuantitativo⁹⁷⁵, en tanto que por el contrario otro sector, con argumentos que desde aquí se comparten, sostiene que dichas acciones, estando en trámite procesal y aún no resueltas mediante sentencia firme entrarían en el ámbito competencial del juez de lo mercantil declarado el concurso y verificado el requisito cuantitativo, toda vez que cumplidos los presupuestos del art. 64.10 LC se produce *ope legis* la alteración competencial a favor del juez de lo mercantil, a tenor de lo dispuesto

⁹⁷⁴ El art 50.1 LC es contundente a este respecto al disponer que “los jueces....del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta Ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho frente al juez del concurso.

⁹⁷⁵ Vid. en este sentido, CRUZ VILLALÓN, J.: “Despidos y suspensiones..”, cit., pg. 526; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: “Delimitación de competencias...”, cit., pg. 40; DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Comentario al art. 64...”, cit., pg. 758; DESDENTADO BONETE, A. y ORELLANA CANO, N.: Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboristas, Bomarzo, 2007, pg. 169. RIOS SALMERÓN, B. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “El expediente judicial de regulación de empleo”, en AA.VV.(Borrajo Dacruz, dir.), Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo, MTAS/La Ley, 2004.

en dicho precepto en concordancia con el art. 8.2 LC, y, en consecuencia, la incompetencia sobrevenida del órgano jurisdiccional social⁹⁷⁶.

Llegados a esta última convención, se abren dos cauces diversos para la reconducción de dichas acciones individuales al procedimiento concursal y al correspondiente conocimiento de juez de lo mercantil competente. El primero, sería la acumulación de autos prevista en el segundo inciso del art. 51.1 LC, en virtud del cual el juez mercantil, de oficio o a instancia de parte (la administración concursal, el deudor o los propios trabajadores postulantes de la resolución), puede apreciar su propia competencia y acordar la acumulación al procedimiento concursal de las resoluciones que estuviesen en tramitación en el orden social⁹⁷⁷.

A este respecto, conviene advertir que la acumulación de autos ex art. 51.1 LC referida a pretensiones individuales y plurales de resolución contractual al amparo del art. 50 ET, supone dejar sin efecto, en contexto concursal, la prescripción del art. 27.2 LPL que, como se sabe, prohíbe la acumulación de acciones extintivas al amparo de dicho precepto estatutario. Esta neutralización de la norma procesal laboral, al igual que la propia técnica de colectivización de estas particulares extinciones (art. 64.10 LC), responden al propósito del legislador concursal de someterlas a un tratamiento unitario, homogéneo y conjunto, es decir, de que sean valoradas en su dimensión colectiva de acuerdo con los mismos parámetros aplicables a las restantes medidas laborales vinculadas a los requerimientos del concurso⁹⁷⁸.

⁹⁷⁶ Vid. en este sentido ALBIOL MONTESINOS, I.: “Aspectos laborales de la Ley Concursal, cit, pg. 84; MATORRAS DIAZ-CANEJA, A: “La incidencia de la reforma concursal...”, cit., pg. 398; RIOS SALMERÓN, B. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “El expediente judicial de regulación de empleo”, en AA.VV.(Borrajo Dacruz, dir.), Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo, MTAS/La Ley, 2004. Esta es la solución por la que abogan, bien es cierto que respecto de las acciones individuales ejercitadas ante los juzgados de lo social tras la declaración del concurso y pendientes de sentencia en el momento del cumplimiento de los umbrales, CRUZ VILLALON, J.: “Despidos y suspensiones...”, cit., pg. 526; FERNANDEZ LÓPEZ, M.F.: “Delimitación de competencias entre el juez de lo mercantil y el juez laboral...”, cit., pg. 42. Ambos autores entienden que se produciría una “incompetencia jurisdiccional sobrevenida”.

⁹⁷⁷ Esta es la interpretación del art. 51 LC sostenida por DESDENTADO BONETE, A.: “La reforma concursal y el proceso social. Una primera aproximación”, RL, pg. 449, para el que el precepto implica que los juicios declarativos que ya estén en tramitación al declararse el concurso que no estén incluidos en la competencia del juez mercantil, continuarán bajo la competencia del juez social hasta la firmeza de la sentencia. Por el contrario, cuando se trate de acciones de las que deba conocer el juez mercantil –entre las que incluye a las de resolución contractual “colectivas”-, el precepto prescribe su acumulación al concurso.

⁹⁷⁸ En este sentido, vid. FERNANDEZ LOPEZ, M.F., op. Cit. Pg. 42.

El segundo cauce para reconducir las acciones individuales de resolución al juez mercantil vendría dado por la apreciación por parte del órgano jurisdiccional social, de oficio o a instancia de parte, de su falta de competencia, ya sea al amparo de la norma especial establecida en el art. 50.1 LC –que, bajo mi punto de vista, resulta también aplicable a las acciones instadas ante el juzgado de lo social con anterioridad a la fecha del concurso y no sólo a las posteriores- o, en otro caso, al amparo de la norma general ex art. 48 LEC o ex art. 52 LOPJ (si las resoluciones estuviesen en trámite de recurso), aplicables aquí con carácter supletorio⁹⁷⁹. En efecto, dado que la incompetencia de jurisdicción es una cuestión afectante al orden público procesal, el juez social puede apreciarla de oficio en cualquier momento del procedimiento, bien mediante auto (ex art. 5 LPL) o bien mediante una sentencia meramente procesal en la que, constatando su incompetencia, no resuelva el fondo del asunto (en términos paralelos a lo previsto en el art. 14.1.a) LPL), previniendo en todo caso a los trabajadores postulantes de la resolución de la posibilidad de ejercer su derecho ante el juez mercantil competente en el concurso.

No obstante, alguna doctrina ha puesto de relieve a este respecto que en los casos en los que, aún verificada la competencia del juez del concurso a costa de la jurisdicción social, el órgano judicial social que estuviese conociendo la pretensión extintiva no debería finalizar el proceso anticipadamente al apreciar su incompetencia, sino que sería más adecuado la segunda opción expuesta anteriormente: emisión de sentencia procesal sin entrar en el fondo⁹⁸⁰. Sin embargo esta última solución es discutible por cuanto se enfrenta a los principios de economía y celeridad procesales de reforzada incidencia en los supuestos de concurso en los que de la dinámica del juicio universal, al que se reconducen estas extinciones colectivas, va a depender no sólo la satisfacción de los acreedores sino, en su caso, la posibilidad de continuidad del proyecto empresarial si resultara viable.

⁹⁷⁹ Vid. LOUSADA AROCHENA, J.F.: “Algunas anotaciones...”, cit. Pg.71, sostiene que al amparo de estos preceptos generales y especial, cualquier órgano judicial social puede apreciar, en contexto concursal, su falta de competencia tan pronto como la advierta, al tratarse de una competencia objetiva. En contra, VIQUEIRA PEREZ, C.: La resolución colectiva del contrato de trabajo por irregularidades en el abono del salario en la Ley Concursal, Thomson-Civitas, 2007, pg. 73.

⁹⁸⁰ FERNANDEZ LÓPEZ, M.F.: “Delimitación de competencias entre el juez de lo mercantil y el juez laboral...”, cit., pg. 42

Llegadas al juez de lo mercantil las pretensiones resolutorias vía abstención del juzgado de lo social que aprecie su incompetencia, o vía acumulación producida en lo términos anteriormente expuestos, estas acciones determinarían, por sí mismas, el inicio del procedimiento de regulación de empleo concursal ex art.64 LC por decisión del juez del concurso⁹⁸¹, o bien se sumarían al que ya pudiese estar en marcha en virtud de la solicitud, por cualquiera de los sujetos directamente legitimados (art. 64.2 LC), de medidas colectivas de modificación, suspensión o de extinción, tratándose entonces como extinciones colectivas junto a las restantes medidas objeto del procedimiento⁹⁸².

Expuestas ya las posiciones de la doctrina científica respecto al dilema acerca de la competencia jurisdiccional sobre las resoluciones individuales instadas con carácter previo a la declaración del concurso y nuestra opción al respecto, resta la labor de dar cuenta del posicionamiento jurisprudencial sobre esta nada pacífica cuestión. Pues bien, ausentes aún pronunciamientos de unificación de doctrina del TS, en la todavía escasa doctrina judicial de suplicación existente sobre esta concreta institución extintiva y su especial dinámica en el marco concursal, se reproduce la división de la doctrina científica en el sentido y mencionado.

Así, en contraposición a la solución hermenéutica que en este trabajo se postula sobre la base de la argumentación desarrollada con anterioridad, se ha propuesto en la doctrina de suplicación una solución diversa que niega que la declaración del concurso y el cumplimiento de los umbrales numéricos del art. 64.10 sean factores que impliquen la pérdida de competencia de la jurisdicción social respecto de las resoluciones contractuales en curso en el proceso social. En apoyo de esta tesis se esgrimen varios argumentos: por un lado, se parte de una interpretación literal de los arts. 8.2 y 64.1 LC que se refieren, respectivamente, a “acciones sociales” y “extinciones colectivas” en orden a delimitar la extensión de la competencia exclusiva y excluyente del juez de lo

⁹⁸¹ De ahí la acertada afirmación de que el art. 64.10 LC implica la ampliación indirecta de la lista de sujetos legitimados para la incoación del procedimiento de regulación de empleo, incluyendo a los trabajadores postulantes de la resolución. Vid. en este sentido, CRUZ VILLALON, J., “Despidos...”, cit., pg. 532.

⁹⁸² Hay que entender que esta es la interpretación más razonable en la lógica solutoria del concurso, ya que dada la trascendencia que las indemnizaciones económicas resultantes de las acciones resolutorias tendrán en el patrimonio del empresario concursado, éstas deben “constar y tratarse en el interior del juicio universal”. Vid. RIOS SALMERON, B., op. cit., pg. 145.

mercantil, expresiones en las que, para esta doctrina judicial, no están comprendidas las acciones individuales de resolución ejercitadas antes del concurso pero pendientes de resolución una vez declarado éste y cumplido el requisito cuantitativo; por otro lado, se alega la previsión del primer inciso del art. 51.1 LC que establece la regla general de que “los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración del concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia”. Además y como argumento de refuerzo, se recurre a las reglas generales de la legislación procesal y en particular a la llamada *perpetuado iurisdictionis* en virtud de la cual para determinación de la competencia jurisdiccional debe atenderse “al momento inicial de la litispendencia, es decir, al momento de interposición de la demanda, si es admitida (arts. 410 y 411 LEC)”, sin que quepa inferir de la LC ninguna excepción a esta regla que fundamente para estos casos “una suerte de incompetencia judicial sobrevenida”. Desde esta perspectiva, se considera que el carácter de orden público de la competencia jurisdiccional es incompatible con pérdidas y recuperaciones de competencia, de modo que sin perjuicio de que los órganos jurisdiccionales puedan examinar de oficio su propia competencia ex art. 48 LEC, lo deberán hacer “considerando las circunstancias fácticas existentes en el momento de interposición de la demanda y no (...) las posteriores que pueden cambiar” una o varias veces ⁹⁸³. Se trata de un criterio hermeneútico que ha sido finalmente confirmado, con los mismos argumentos esgrimidos en suplicación, por la Sala de Conflictos del TS en su reciente Auto 18/2008 de 21 de junio de 2007 ⁹⁸⁴.

Sin embargo, la argumentación que sustenta la fundamentación jurídica de la solución aportada es discutible. En primer lugar, resulta contradictorio apostar primero, conforme a una interpretación contextual y sistemática de los arts. 64.10, 64.1 y 8.2 LC (como hace la sentencia de suplicación de referencia), por la solución favorable al cómputo de las acciones individuales anteriores al concurso a efectos del cumplimiento de los umbrales numéricos determinantes de su conversión en extinciones colectivas y valerse

⁹⁸³ Vid. STSJ Galicia 15-07-2005, cit., (Fj. 5º).

⁹⁸⁴ Auto N.º: 18/2008. Ponente Excmo. Sr. D Jordi Agustí Juliá

seguidamente del mismo criterio interpretativo para excluirlas del procedimiento especial de regulación de empleo del concurso y, en consecuencia, del ámbito competencial del juez concursal.

En segundo lugar, y sobre la base de ese mismo criterio hermenéutico, ha de entenderse que, declarado el concurso y alcanzado el umbral numérico, las acciones individuales de resolución planteadas con anterioridad contra el empresario-deudor que estén pendientes de resolución en instancia o sin resolución firme, devendrían *ope legis* (art. 64.10 LC) en extinciones colectivas, noción ésta identificable, en contra de lo sostenido por el juzgador de suplicación, con las “acciones sociales” y “expedientes de extinción colectiva” que, respectivamente, los arts.8.2 y 64.1 LC atribuyen a la competencia del juez de lo mercantil. En ese escenario y conforme al marco legal referenciado, se produciría, en mi opinión, una incompetencia sobrevenida del orden jurisdiccional social ante la que se abren las dos posibilidades mencionadas con anterioridad para la reconducción de dichas pretensiones al juez concursal: una, consistente en la apreciación de su incompetencia por parte del juzgado de lo social ante el que se hubiese instado la resolución/es al amparo del art. 50.1 LC; o dos, la operatividad de la acumulación prevista en el segundo inciso del art. 51.1 LC, producida por acuerdo del juez mercantil, no sólo a instancia de parte, sino de oficio, dados los términos imperativos del dicho precepto.

En fundamento de la primera hipótesis –abstención del juez social por apreciar su incompetencia sobrevenida-, ha de invocarse el segundo inciso del art. 50.1 LC al que (en interpretación conjunta con los arts. 8.2, 64.1 y 64.10 LC) ha de atribuírsele el valor de norma especial y por tanto prevalente en contexto concursal, sobre la norma general procesal de la *perpetuado iurisdictionis* a la que apela el juzgador⁹⁸⁵. En efecto, aquél precepto conmina expresamente a los jueces de lo social a abstenerse de conocer de las acciones que sean competencia del juez del concurso de conformidad con lo previsto en la LC, por lo que, indirectamente, les habilita para declarar su incompetencia en cualquier momento del procedimiento social, una vez que se verifique la competencia del juez del concurso sobre la materia sometida al

⁹⁸⁵ No puede compartirse el argumento esgrimido por la STSJ Galicia 15-07-2005 (Fj. 5^o), cit., de que la regla general procesal de la “perpetuado iurisdictionis” prevalece, en contexto concursal, sobre la norma contenida en el art. 50.1LC.

proceso social; declaración que, por lo demás, podrá efectuarse bien mediante auto ex art. 5.1 LPL, o bien mediante sentencia procesal que no entre en el fondo del asunto en los términos del art. 14.1.a) LPL⁹⁸⁶.

Por lo que respecta a la segunda hipótesis –acumulación de autos por acuerdo del juez del concurso-, debe entenderse, contrariamente a la tesis mantenida por la doctrina judicial aludida, que sin perjuicio de la regla general contenida en el primer inciso del art. 51.1 LC, la norma aplicable a este supuesto ha de ser la excepcional del segundo inciso del mismo precepto⁹⁸⁷, que aquí, a mi juicio, operaría como norma especial que desplaza a la general del citado primer inciso, una vez verificada la conversión competencial a favor del juez del concurso⁹⁸⁸.

A mayor abundamiento y como argumento de cierre debe apelarse, de nuevo, a una interpretación teleológica del precitado art. 64.10 LC, en virtud de la cual la conversión legal de las resoluciones individuales en extinciones colectivas se inscribe en la lógica preeminentemente solutoria del concurso de modo tal que, dada la trascendencia que las indemnizaciones económicas resultantes de las acciones resolutorias tendrán en el patrimonio del empresario concursado, éstas deben “constar y tratarse en el interior del juicio universal”⁹⁸⁹. Este criterio contribuye a refrendar la tesis de la inclusión en el procedimiento de regulación de empleo de las resoluciones instadas con anterioridad al concurso y pendientes de resolución firme en el proceso social, teniendo en cuenta su incidencia en la formación del inventario, en lista de acreedores y, en general, en la viabilidad futura de la empresa cara a su eventual conservación que, aun tratándose de una finalidad secundaria y

⁹⁸⁶ Vid. en este sentido, STSJ Castilla-La Mancha 16-6-2005 (JUR 2005/181015), (Fj. 1º) que en clara contraposición al criterio mantenido por la STSJ Galicia 17-7-2005 cit., desestima el recurso formulado contra el auto del juzgado de lo social por el que se declaraba incompetente para conocer de las demandas de resolución contractual interpuestas con anterioridad al concurso pero aún en trámite procesal, al verificarse la competencia del juez de lo mercantil. Por otra parte, el primer pronunciamiento apela, en fundamentación del fallo a una diversa regla general procesal de “improrrogabilidad de la jurisdicción” (art. 9.6 LOPJ) que impide que dos jurisdicciones diferentes sean competentes en régimen de subsidiariedad sobre una misma acción, tal y como se derivaría de incorrecta interpretación conjunta de los dos incisos del art. 51.1 LC en clave de mantenimiento de la competencia del orden social mientras que el juez mercantil no acuerde la acumulación de la misma al concurso (Fj.1º).

⁹⁸⁷ El segundo inciso del art. 51.1 LC establece, respecto a los juicios declarativos en que el deudor sea parte y se encuentren en tramitación en otro orden jurisdiccional al momento de declaración del concurso, que “se acumularán aquéllos que, siendo competencia del juez del concurso según lo previsto en el artículo 8, ...el juez del concurso estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores”.

⁹⁸⁸ También en este sentido, vid. STSJ Castilla-La Mancha 16-06-2005, cit.

⁹⁸⁹ Vid. RIOS SALMERON, B., op. cit., pg. 145.

subordinada a la solutoria, no es ajena al nuevo sistema normativo concursal⁹⁹⁰.

Por último, queda pendiente la cuestión, también vinculada a la extensión de la competencia del juez del concurso, atinente a si ésta alcanza una vez declarado el concurso sólo a las demandas de resolución que sobrepasen los umbrales del art. 64.10 LC, o si, por el contrario, se extiende también a las formuladas por debajo de los citados umbrales, siempre que no hayan sido resueltas mediante sentencia en el orden social. El tenor de la LC no es explícito a este respecto, pero la segunda solución es la más adecuada no sólo de conformidad con la argumentación desarrollada con anterioridad respecto a la resoluciones instadas previamente al concurso, sino también en base a otro argumento de apoyo: la analogía del supuesto con el despido colectivo de régimen estatutario ex art. 51 LET, en el que integrado el supuesto de hecho extintivo por el cumplimiento de los requisitos causal y cuantitativo, todas las extinciones proyectadas (y no sólo las que sobrepasen el umbral) se someten al procedimiento de despido colectivo extraconcursal⁹⁹¹.

2.2. El procedimiento de las resoluciones colectivizadas del art. 64.10 LC

Cumplidos los presupuestos objetivos anteriormente señalados, las acciones resolutorias individuales se transforman en extinciones colectivas y esta calificación comporta, como se ha dicho, el cambio de competencia jurisdiccional y, como también expresamente prevé el precepto, una conversión procedimental: es decir las acciones resolutorias, ya extinciones colectivas, se encauzarán por el que puede denominarse *procedimiento de regulación de empleo concursal* (art. 64. 1-8 LC)⁹⁹² que la Ley configura como un proceso

⁹⁹⁰ La doctrina autorizada califica al nuevo modelo normativo concursal como “moderadamente orientado a la conservación de las empresas viables”, sin perjuicio de que su rasgo determinante sea la subordinación de la doble continuidad de la empresa y del empleo a la satisfacción de los créditos de los acreedores indiferenciados del empresario concursado. Vid. entre otros, MONEREO PEREZ, J.L.: *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral*, Granada, Comares, 2006, pg. 125; ALBIOL MONTESINOS, I.: “Aspectos laborales...”, cit., pg.46.

⁹⁹¹ Vid. DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Comentario al art. 64 LC...”, cit. Pp. 759-760.

⁹⁹² En contra de esta tesis, vid. FERNANDEZ LOPEZ, M.F., op. cit. pg. 42, que postula su tratamiento a través del incidente concursal general (arts. 192 y ss. LC). Este precepto, en efecto, establece que “se tramitarán por este cauce las acciones que deban ser tramitadas por el juez del concurso conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 50 (LC)” que, a su vez, impone que los jueces del orden social deberán abstenerse de conocer de las demandas que se formulen ante ellos que correspondan a la competencia del juez mercantil, por imperativo de la LC. La autora, sobre la base del primer precepto y

judicial bajo el control del juez del concurso, pero con una acusada impronta administrativa importada del ERE regulado en el art. 51 ET ⁹⁹³. Con esta conversión procedimental, la LC consagra una interacción de la institución resolutoria del art. 50 ET y el “ERE concursal” que la doctrina legal unificada interpretativa del precepto estatutario más reciente se ha encargado de neutralizar en el ámbito extraconcursal⁹⁹⁴, por lo que está por ver si a partir de ahora dicha jurisprudencia será replanteada bajo el influjo del modelo normativo concursal.

En cualquier caso las acusadas connotaciones administrativas del procedimiento al que se reconducen las resoluciones suscitan no pocos problemas aplicativos, particularmente en lo que respecta a las extinciones colectivas objeto de análisis.

2.2.1 La ampliación indirecta de los sujetos legitimados para la iniciación del procedimiento

El primero de los puntos críticos a tratar se refiere a la legitimación legal para la incoación del procedimiento, ya que si a tenor del art. 64.2 LC lo serían tan sólo la administración concursal, el empresario deudor o los representantes de los trabajadores, la propia LC amplía indirectamente el listado de sujetos legitimados mediante la incorporación implícita de los individuales trabajadores de la empresa postulantes de la resolución de sus contratos en los términos previstos por el art. 64.10. En efecto, como ya se dijo, la interposición conjunta o sucesiva por todos los trabajadores de la plantilla o por parte de ellos (en este último caso en un número superior a los umbrales cuantitativos señalados) de

entendiendo que la dinámica de este particular tipo de extinción colectiva sigue siendo la propia de una resolución judicial, la considera ajena al procedimiento regulado en el art. 64 LC. Sin embargo, esta interpretación resulta forzada y contraria a una interpretación literal del art. 64.10 LC, el cual, tras determinar los presupuestos de la conversión de las resoluciones individuales en extinciones colectivas, las atribuye a la competencia del juez del concurso que seguirá “el procedimiento previsto en el presente artículo”, (es decir, el procedimiento de regulación de empleo especial del concurso).

⁹⁹³ No en vano se ha calificado como “reproducción en vía judicial del expediente administrativo previsto en el art. 51 ET. Vid., DIAZ DE RABAGO VILLAR, M.: “El recurso de suplicación previsto en la Ley Concursal”, AS, nº 17, 2003, pg. 75.

⁹⁹⁴ Recuérdese que con la STSud 5-4-2001, cit., toma carta la naturaleza la doctrina de que las acciones resolutorias ejercitadas por los trabajadores al amparo del art. 50 ET operan con absoluta independencia del ERE que se inicie o se esté tramitando en la empresa sin que éste produzca un efecto preclusivo de aquéllas acciones que mantendrán su propia dinámica en sede jurisdiccional, por lo que el juez de lo social tendrá que admitir a trámite las demandas y resolverlas estimando o no la pretensión conforme al régimen de aquel precepto.

demandas de resolución contractual amparadas en el art. 50.1.b) ET y su remisión al juez del concurso – bien por la vía de la abstención del juez social devenido incompetente ex art 50.1 LC o, alternativamente, por la vía de la acumulación acordada por el juez mercantil ex art. 51.1.2^o inciso LC- , determinará por sí misma la iniciación del procedimiento al margen o sin necesidad de cualquier iniciativa de los sujetos expresamente legitimados ex lege para la solicitud de las medidas laborales colectivas⁹⁹⁵.

Por cierto, que el reconocimiento implícito de esta legitimación puede tener repercusiones de calado en lo referente al carácter de la resolución judicial que resuelva el procedimiento ex art. 64.7 LC. En efecto, aunque la problemática acerca de la naturaleza jurídica del auto resolutorio de lo que podría denominarse ERE concursal se abordará con posterioridad, procede ya poner de relieve que si la postura doctrinal mayoritaria es reconocer a dicho pronunciamiento un valor meramente autorizante de las medidas (por lo que ahora interesa) extintivas solicitadas, en el caso de que sean los trabajadores los que, con fundamento en el art. 64.10 LC, incoen indirectamente el procedimiento especial de regulación de empleo, el auto podría tener un valor decisorio y no meramente autorizante respecto de las extinciones postuladas por los trabajadores; dicho de otro modo, los efectos extintivos de los contratos afectados por el incumplimiento empresarial los produciría directamente la propia resolución judicial sin necesidad de un acto posterior del empresario o de la administración concursal⁹⁹⁶.

2.2.2 El criterio de tratamiento (apreciación) judicial de las resoluciones colectivizadas en el marco del procedimiento concursal

En lo demás, el tratamiento de estas extinciones colectivas instadas por los trabajadores en el seno del procedimiento de regulación de empleo concursal seguirá todos los trámites legales del mismo y, por tanto, se someterán a la fase de consultas-negociación entre la administración concursal y los representantes de los trabajadores y al eventual acuerdo que entre éstos pueda alcanzarse (art. 64.5-6 LC). Esta circunstancia induce a pensar que,

⁹⁹⁵ CRUZ VILLALÓN, J.: “Despidos y suspensiones...”, cit., pg. 532.

⁹⁹⁶ Vid. CRUZ VILLALON, J., op. cit., pg. 550.

tanto en esta hipótesis como en la de que sea el juez del concurso el que deba decidir por no haberse logrado el acuerdo o estar éste viciado (art. 64.7 LC), habrá de procederse a un análisis conjunto de las demandas de resolución y valorar, en su dimensión colectiva (que es precisamente la que le atribuye la LC), su repercusión en la situación económica de la empresa y respecto de su viabilidad futura y del empleo, al ser precisamente éstos los parámetros que habrán de ser tenidos en cuenta por el solicitante para justificar las restantes medidas colectivas propuestas (art. 64.4 LC), los informantes del Plan Social ex art. 64.5 LC y, en fin, los que deberá ponderar el juez mercantil al resolver el expediente.

Probablemente ello suponga que la consideración de las extinciones colectivas en orden a la decisión de si deben estimarse o no haya de discurrir conforme a una dinámica distinta a la de la resolución del art. 50 ET; es decir, que la negociación acerca de las mismas en el periodo de consultas o, en defecto de acuerdo, su consideración por parte del juez del concurso deberán desplazarse desde la lógica del incumplimiento contractual (propia del régimen estatutario) hacia la lógica de la “colectivización” operada en términos, primero, de tutela de los intereses de los acreedores y, secundariamente, en clave de garantía de la viabilidad futura de la empresa, principios jurídico-políticos, ambos, de relevancia asimétrica en el modelo normativo concursal

Desde esta perspectiva, en el marco concursal -en contraste con la ya comentada jurisprudencia interpretativa del art. 50.1.b) ET en su dinámica extraconcursal que se atiene a criterios exclusivamente objetivos de constatación del incumplimiento salarial⁹⁹⁷-, la incidencia de crisis de la empresa asumiría el protagonismo como criterio de ponderación del incumplimiento empresarial alegado, pudiendo servir de fundamento para justificarlo y desestimar las extinciones colectivas o, cuando menos, para atenuar la responsabilidad indemnizatoria del empleador que se equipararía a la del despido colectivo.

La precedente argumentación sirve para fundamentar la tesis de que la figura extintiva del art. 64.10 LC implica no sólo una transformación de orden adjetivo de la institución resolutoria regulada en el art. 50 ET, sino también

⁹⁹⁷ SSTsud 24-3-1992 (RJ 1870); 29-12-1994 (RJ 10522); 28-9-1998 (RJ 855); 25-1-1999 (RJ 898); 21-11-2000 (RJ 1033); 22-11-2000 (RJ 10423), cit.

cambios de orden sustantivo de su régimen jurídico: el relativo a la integración del incumplimiento resolutorio tipificado en el su apartado b) en los términos recién señalados, y el atinente al plano indemnizatorio, tal y como se argumenta a continuación.

2.3 Implicaciones sustantivas. Los problemas del régimen indemnizatorio de las resoluciones colectivizadas

2.3.1 El *quantum* indemnizatorio: la indemnización mayor del art. 50.2 ET vs indemnización menor del art. 51.8 ET

El silencio del art. 64.10 LC acerca de la cuantía de la indemnización a la que tendrían derecho los trabajadores solicitantes de la resolución contractual colectivizada, caso de ser aceptada su solicitud, implica una laguna legal que obliga a su integración por vía interpretativa sobre la base del juego bidireccional existente entre la legislación laboral concursal y la legislación laboral ordinaria⁹⁹⁸. El problema de la determinación de la cuantía indemnizatoria vinculada a las extinciones colectivas impropias del art. 64.10 LC carece de una solución pacífica en la doctrina científica. Así, un sector doctrinal teniendo en cuenta que el art. 64.10 de la LC únicamente se refiere de forma expresa a un conversión competencial y procesal, así como atendiendo al reenvío a la legislación laboral como derecho supletorio en lo no previsto en la normativa laboral especial del concurso del art. 64.11 LC, sostiene la teoría de que la indemnización correspondiente a las resoluciones colectivas debe ser la establecida en el art. 50.2 ET⁹⁹⁹. Otra doctrina igualmente autorizada aboga por la tesis contraria de anularles la indemnización propia del despido colectivo ex art. 51.8 ET¹⁰⁰⁰. Terciando en el debate, en mi opinión existen sólidos argumentos que aportan mayor fundamento a esta última tesis.

⁹⁹⁸ Acertada expresión de MERCADER UGUINA/ALAMEDA CASTILLO, op. cit., pg. 1204 y GARCIA-PERROTE, I.: “Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos”, AL n^o 10, mayo 2004, pg.

⁹⁹⁹ ALBIOL MONTESINOS, I.: Aspectos laborales de la Ley concursal, cit., pg. 85; FERNANDEZ LOPEZ, MF., op. cit., pg. 43; LOUSADA AROCHENA, J.F., op. cit., pp. 73-74.

¹⁰⁰⁰ CRUZ VILLALON, J., op. cit., pg. 117; DE LA PUEBLA PINILLA, A., op. cit., pg. 761; MATORRAS DIAZ-CANEJA, A., op. cit., pg. 397.

El primero reside en el principio de unidad, legal y judicial, del concurso que, según la E.M de la LC preside la reforma concursal y su corolario consistente en el carácter unitario del procedimiento del art. 64 LC de lo que se infiere la exigencia de un tratamiento homogéneo de las medidas extintivas que se aborden, incluida la vertiente indemnizatoria. El segundo, conecta con el recurso del legislador a la técnica de colectivización en la disciplina jurídica de estas resoluciones que abunda en su propósito de que sigan el devenir del resto de las medidas extintivas que junto a ellas se acuerden en el seno del juicio universal a propuesta del deudor, la administración concursal o los representantes de los trabajadores. Y por último, el sometimiento de las resoluciones colectivizadas a la racionalidad jurídica del nuevo modelo normativo concursal y sus principios subyacentes: el principio solutorio (satisfacción de los acreedores indiferenciados) y, supeditado al mismo, la continuidad de la actividad de la empresa en la medida necesaria para la efectividad del principio conservativo o, en su caso del liquidatorio, según cuál sea la solución más conveniente para la protección de los intereses de los acreedores. Se trata, en efecto, de los principios a cuya efectividad están funcionalizadas *ex lege* todas las medidas laborales colectivas que se adopten en el procedimiento de regulación de empleo del art. 64 LC lo que determina, por lo que ahora interesa y tratándose de medidas extintivas, que éstas no agraven desproporcionadamente la situación patrimonial del deudor-empresario con indemnizaciones de la mayor cuantía prevista en la legislación laboral, máxime cuando éstas devendrán créditos contra la masa (art. 84.2.5º LC).

Esta argumentación conduce a la conclusión de que integrado el supuesto de hecho extintivo ex art. 64.10 LC y verificada la conversión competencial y procedimental, las resoluciones colectivizadas se someterán al conjunto de las reglas propias del despido colectivo en el seno del procedimiento de regulación de empleo concursal y, en consecuencia, de ser aceptadas en el acuerdo alcanzado en el periodo de consultas o, en su defecto por el juez del concurso, el reenvío a la legislación laboral no supondrá la

aplicación de la indemnización tasada del art. 50.2 ET, sino la también tasada prevista para los despidos económicos en el art. 51.8 ET¹⁰⁰¹.

Se trata, por lo demás, de una solución interpretativa en línea con el apuntado juego bidireccional de interactuación del Derecho del Trabajo y el Derecho Concursal en la gestión laboral de la crisis de la empresa insolvente. Y es que si bien es cierto que el juez del concurso en el ejercicio de su competencia exclusiva y excluyente sobre las extinciones colectivas, habrá de aplicar las normas laborales especiales concursales “teniendo en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria” (art. 8.2^o LC), no es menos cierto que cuando deba aplicar sobre la misma materia la legislación laboral general (estatutaria), en virtud de las remisiones expresas efectuadas a la misma por la LC (art. 64.7 y 11 LC), habrá de hacerlo bajo el influjo de la *vis atractiva* del concurso y, en consecuencia, a la luz de los principios inspiradores del sistema normativo concursal¹⁰⁰².

2.3.2 La viabilidad de pacto colectivo de mejora de la indemnización legal tasada

Cuestión distinta, es la referente a posibilidad de que la indemnización tasada del art. 51.8 LET, que es la que, de conformidad con la argumentación anterior, se considera aplicable a las resoluciones colectivizadas ex art. 64.10 - al igual que a las restantes extinciones colectivas que se acuerden en el procedimiento concursal-, pueda incrementarse a consecuencia de un acuerdo en este sentido entre la administración concursal y los representantes de los trabajadores en la fase de consultas prevista en el art. 64. 5-6 LC.

Ha de repararse, en este sentido, en que la indemnización legal del despido colectivo actúa en el régimen estatutario con carácter de mínimo, admitiéndose expresamente el incremento de su cuantía mediante pacto colectivo entre el empleador y los representantes de los trabajadores e, incluso,

¹⁰⁰¹ En el mismo sentido, aunque indirectamente, DESDENTADO/ORELLANA, op. cit., pg. 172.

¹⁰⁰² Vid, en general, sobre esta interrelación entre la normativa concursal y la laboral, MONEREO PEREZ, J.L.: Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral, cit. pp. 128-129; GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I.: “Los efectos...”, cit.

mediante pacto individual¹⁰⁰³, por lo que la cuestión a plantearse ahora es si esta hipótesis tiene también cabida en contexto concursal, de conformidad con el régimen jurídico-laboral especial aplicable. La doctrina de nuevo aquí se divide en torno a dos posturas: la que apuesta por una respuesta afirmativa¹⁰⁰⁴, frente a la que niega esta posibilidad, sobre la base de dudas acerca de que la administración concursal cuente, *ex lege*, con poderes de disposición suficientes para adoptar un compromiso económico superior al impuesto legalmente a cargo del patrimonio del empresario-deudor, en una situación económica grave como la que constituye el presupuesto objetivo de apertura del concurso¹⁰⁰⁵.

La búsqueda de la solución a este dilema interpretativo exige, a mi juicio, un preliminar análisis de la caracterización jurídica de la fase de consulta-negociación integrante del procedimiento de regulación de empleo específico del concurso y de la posición jurídica atribuida legalmente a la administración concursal en ese estadio, esto es la determinación de la extensión de su legitimación negocial.

La consulta-negociación entre la administración concursal y los representantes de los trabajadores (art. 64. 5-6 LC) supone la extensión desde el modelo normativo estatutario de reestructuración al modelo normativo laboral especial de la LC de las técnicas propias de la racionalidad jurídica *reflexiva*, en virtud de la cual el Derecho legal se dispositiviza abriendo espacios y fomentando la autorregulación colectiva con el doble objeto de adaptar determinadas materias a los requerimientos específicos del mercado y de cada

¹⁰⁰³ Vid. art. 14.1 RD 43/1996, de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo (RPRE). Las doctrinas constitucional y legal admiten las mejoras indemnizatorias pactadas en el periodo de consultas del ERE estatutario; vid., entre otras, SSTC 100/2001 de 23-04; 137/2001 de 18-06 y SSTSud 20-03-1996 (RJ 2303); 28-01-1997 (RJ 907).

¹⁰⁰⁴ En este sentido, DE LA PUEBLA PINILLA, A., op. cit., pg. 749; MERCADER UGUINA/ALAMEDA CASTILLO, op. cit., pg. 1222; GARCIA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Los efectos..”, cit., pg. 237; DURAN LOPEZ, F.: “Los efectos del concurso en las relaciones laborales”, RL, nº8, 2005, pg. 26; MOLERO MARAÑÓN, M.L.: “El régimen jurídico de la indemnización frente a la extinción colectiva en la Ley Concursal”, RL, nº 15-16, pg. 96.

¹⁰⁰⁵ En esta línea, RIOS SALMERON/DE LA PUEBLA PINILLA: “El expediente judicial de regulación de empleo: art. 64 de la Ley Concursal, en VV.AA. (dir. Borrajo Dacruz, E.): Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo, La Ley, Madrid, 2004, pg. 82; CRUZ VILLALÓN, J.: “Despidos y suspensiones...”, cit. pg. 540; LANDA ZAPIRAIN, J.P., “Consideraciones...”, cit., pg. 49.

empresa y atribuirle la función de gestión y control colectivos de su aplicación¹⁰⁰⁶.

Las formas de “Derecho reflexivo legal”, resultan, pues, particularmente idóneas en la disciplina jurídica de las crisis de empresa y se inscriben, además, en el novedoso enfoque de política de Derecho que en materia de reestructuración están impulsando las instituciones comunitarias sobre la base de los conceptos de “responsabilidad social de la empresa” (RSE) y su corolario de “reestructuración empresarial socialmente inteligente”, según el cual las medidas reorganizativas que hayan de adoptarse deberán de atender y procurar un equilibrio de los intereses implicados en el cambio mediante un sistema que, en particular, garantice “ la participación y la implicación de todos los afectados mediante una información y consulta abiertas...identificando los riesgos, calculando los costes directos e indirectos de las estrategias y medidas alternativas y evaluando todas las opciones que permitieran reducir los despidos necesarios...”¹⁰⁰⁷. En ese orden de ideas, resulta de todo punto conveniente promover la negociación colectiva y la adopción de acuerdos colectivos de reestructuración en el marco de los procesos de reorganización del aparato productivo¹⁰⁰⁸ que, así, incardinada en la racionalidad jurídica “reflexiva” favorecedora de la “aceptabilidad social” de las soluciones que se adopten, se erige en principio regulativo en la gestión del cambio y del conflicto jurídico-económico subyacente a la crisis de la empresa¹⁰⁰⁹.

Desde esta perspectiva, pues, las formas de Derecho reflexivo se muestran particularmente adecuadas en las crisis concursales en las que una negociación colectiva “gestional o participativa” de las medidas de

¹⁰⁰⁶ Sobre la racionalidad reflexiva del Derecho, vid., en general, TEUBNER, G.: *Le droit, un système autopoïétique*, París, Puf, 1993. Desde esta construcción basada en la teoría de HABERMAS de la acción comunicativa de los sujetos implicados en el conflicto, el Derecho reflexivo implica un desplazamiento desde las formas de Derecho vertical imperativo, hacia formas de Derecho horizontal reflexivo que delimitan y promueven la actividad de autorregulación de los grupos sociales entre sí y entre éstos y el poder público.

¹⁰⁰⁷ Vid. Libro Verde de la Comisión Europea “Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas”, COM (2001) 366 Final, Ap. 36-38.

¹⁰⁰⁸ Vid. a este respecto *in extenso*, MONEREO PEREZ, J.L./MORENO VIDA, M.N.: “La negociación colectiva empresarial ante las exigencias de adaptabilidad y reorganización de los sistemas productivos”, cit., pp. 257-261; LANDA ZAPIRAIN, J.P.: “Consideraciones en torno al nuevo enfoque europeo...”, cit., pp. 25 y 34, que subraya el valor del diálogo social y la negociación de acuerdos en el tratamiento preventivo y curativo de las crisis de empresa en el marco de la noción de “reestructuración empresarial socialmente responsable”.

¹⁰⁰⁹ MONEREO PEREZ, J.L.: *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral*, cit., pp. 187 y ss., en especial pp. 222-223.

reestructuración laboral de la empresa concursada tiene una importancia decisiva en la consecución de soluciones flexibles o adecuadas a la situación específica de la empresa y razonablemente equilibradas en función de la pluralidad y diversidad de intereses concurrentes en el concurso: del empresario, acreedores indiferenciados en la satisfacción de sus créditos y de los trabajadores en defensa del empleo¹⁰¹⁰.

En efecto, la “negociación colectiva participativa” en el marco del procedimiento concursal representada, aquí, por la fase de consultas-negociación entre los administradores judiciales y los representantes de los trabajadores y el eventual acuerdo en ella logrado¹⁰¹¹, refuerza la posibilidad de que el conflicto de intereses subyacente al concurso se resuelva, desde la perspectiva laboral, mediante una fórmula aceptablemente equilibrada entre la razón económica (principio de eficiencia) y la razón social (principio de protección), o, en otras palabras, a través de una solución “socialmente aceptable”.

Acogiendo esta *ratio* político-jurídica, la LC promueve la negociación de las medidas laborales colectivas de ajuste extraordinario –ya sean modificativas, suspensivas o extintivas de los contratos de trabajo- y atribuye la legitimación negocial, a tal efecto, a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores. La administración concursal, por tanto, sustituye *ex lege* al empleador en esta fase procedimental independientemente de que se trate de concurso voluntario o necesario, lo que revela que la voluntad del legislador ha sido relevar en todo caso al empresario concursado de la responsabilidad de adopción de decisiones atinentes al empleo y las condiciones de trabajo de la plantilla, si bien, como acertadamente aclara la doctrina, no lo hace en representación del exclusivo interés patrimonial del

¹⁰¹⁰ Vid. ampliamente sobre el tema en el marco específico de los procedimientos concursales, MONEREO PEREZ, J.L.: “Concurso y relaciones laborales...”, cit., pp. 21-26; *ibidem*, Empresa en reestructuración...cit., pp. 171-194 y 220-223

¹⁰¹¹ En orden a la caracterización jurídica de esta fase de consultas, vid. MONEREO PEREZ, J.L.: “Concurso...”, cit. pg. 25 que la define como “un tipo normativo cualificado de negociación colectiva gestional”, expresión de la *ratio* político-jurídica de favorecer una gestión negociada de las consecuencias socio laborales de la reestructuración que también preside la legislación estatutaria y el Directiva comunitaria en materia de reestructuración. Sin embargo, no es identificable con la técnica de codecisión negocial, que en sentido técnico (fuerte) implica un derecho de veto de los representantes de los trabajadores, circunstancia que aquí no se produce ya que la norma no exige el acuerdo. La consulta-negociación en esta fase del concurso se concibe como una obligación de medios y no de resultado, al igual que en la legislación laboral extraconcursal interna y comunitaria, *idem*, pg. 21.

titular de la empresa, sino como valedora del interés del concurso¹⁰¹². Siendo esto así, cabe cuestionarse, primero, si la administración concursal se encuentra revestida de legitimación legal de alcance suficiente para adoptar, en el marco de la negociación, un acuerdo de incremento de la cuantía de la indemnización legal anudadas a las extinciones colectivas propuestas; y segundo, en qué medida la situación económica en la que se encuentra el empresario-deudor, motivadora de la declaración del concurso, incide en la legalidad de un posible pacto con ese objeto.

En lo que respecta al alcance de la posición jurídica de la administración concursal en la fase de consultas-negociación, existe convención doctrinal acerca de que la LC le ha otorgado amplios poderes negociadores y decisorios en materia laboral en el procedimiento de regulación de empleo del concurso¹⁰¹³. Buena prueba de que ello es así, es la regla general establecida por la LC de que en caso de acuerdo, el juez mercantil se limitará a aceptarlo u homologarlo mediante auto que tendrá aquí, por tanto, el valor de un acto legalmente reglado en virtud de la vinculabilidad de la autoridad judicial respecto del acuerdo colectivo de reorganización alcanzado por las partes en todos sus términos¹⁰¹⁴, salvo, y esta es la excepción a la regla general anterior, que apreciase fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión en cuyo caso le compete declarar su nulidad y resolver acerca de las medidas propuestas “conforme a la legislación laboral”(art. 64.7 LC),.

La tesis del carácter reglado del auto del juez del concurso respecto del acuerdo negocial alcanzado -sin perjuicio de que opere como condición de validez de éste último-, se ve reforzada, en lo que se refiere en particular a los pactos indemnizatorios que ahora interesan, por las modificaciones introducidas en el *iter* parlamentario del precepto. En efecto, el art. 63.3 PLC de 2002 (precedente del actual art. 64.7 LC) otorgaba al juez plenas facultades de resolución, pudiendo resolver acerca de las medidas laborales colectivas al margen o, incluso, en contraposición de lo acordado entre administración concursal y representantes de los trabajadores ; y en lo atinente en particular a

¹⁰¹² En este sentido, CRUZ VILLALÓN, J.: “Despidos y suspensiones...”, cit., pg. 538.

¹⁰¹³ Vid., por todos, MONEREO PÉREZ, J.L.: “Concurso y relaciones laborales...”, cit., pg.24.

¹⁰¹⁴ Vid. en este sentido, CRUZ VILLALÓN, J.: “Despidos y suspensiones...” cit., pg. 543; MONEREO PÉREZ, J.L.: “Concurso y relaciones laborales...”, pg. 28 y del mismo autor Empresa en reestructuración, cit., pg. 224.

extinciones contractuales, se le imponía, caso de asumir la decisión al respecto desvinculándose del eventual acuerdo, la obligación de “fijar(á) la indemnización que corresponda a cada uno de los trabajadores afectados de conformidad con lo establecido por la legislación laboral para el despido colectivo”. El cambio operado y el actual tenor literal de la norma son, sin duda, reveladores de la voluntad de legislador de que el juez del concurso carezca de prerrogativa alguna para rechazar en todo o en parte las estipulaciones del acuerdo y, en particular, las atinentes a la cuantía indemnizatoria anudada a las extinciones contractuales integrantes del pacto global alcanzado aunque ésta sea superior a la legal del art. 51.8 ET

Sin embargo, y sin perjuicio de que la administración concursal “sustituya”, por así decirlo, al empleador en las facultades negociadoras y decisorias en la fase de consultas-negociación, conviene no perder de vista que en caso de concurso voluntario el empresario mantiene intactos sus poderes de disposición y administración patrimonial (art. 44.1 LC)¹⁰¹⁵, por lo que en este contexto resulta razonable preguntarse acerca de si los administradores judiciales pueden acordar, sin conocimiento ni consentimiento empresarial, una carga indemnizatoria más severa que la que legalmente deriva de las extinciones contractuales. Pues bien, la argumentación anterior aboca a una respuesta afirmativa desde la perspectiva de la extensión de las facultades decisorias de los administradores judiciales en el ámbito de la regulación de la plantilla; es decir, sustentan la tesis de que en todo caso, incluso en la hipótesis de concurso voluntario, la legitimación legal de la administración concursal tiene alcance suficiente para adoptar un acuerdo sobre medidas laborales colectivas que incluya una estipulación de incremento del *quantum* indemnizatorio correspondiente a los trabajadores afectados por el despido colectivo¹⁰¹⁶.

Si desde la perspectiva de la extensión legal de la legitimación negocial de la administración concursal, la solución es clara, queda aún un dato más a ponderar en orden a determinar la viabilidad del acuerdo de incremento del *quantum* indemnizatorio. Se trata, en definitiva, de valorar la operatividad de la

¹⁰¹⁵ No ocurre así en el concurso necesario, en el que se suspenden estas facultades de disposición del deudor, asumiéndolos por sustitución los administradores judiciales (art. 44.2 LC)

¹⁰¹⁶ Vid. en este mismo sentido, MOLERO MARAÑÓN, M.L.: “El régimen jurídico de la indemnización...”, pp. 92-93.

situación crítica de la empresa –la insolvencia de su titular- como límite de las potestades negociadoras y eventualmente decisorias de la administración concursal y, en consecuencia, su incidencia en la legalidad de un eventual pacto indemnizatorio de estas características.

En efecto, el presupuesto objetivo al que legalmente se vincula la apertura del concurso es la insolvencia del deudor (que aquí ostenta la condición de empresario) y aunque la doctrina ha subrayado la opción del legislador por una noción flexible de insolvencia, en el doble sentido de valerse por un lado, de una formulación general –imposibilidad de cumplimiento regular de sus obligaciones (económicas) exigibles (art. 2.2 LC) con independencia de las causas a las que responda dicha imposibilidad- y, por otro lado, de incluir, a estos efectos, la insolvencia inminente (art. 2.3 LC)¹⁰¹⁷, lo cierto es que conceptualmente la insolvencia técnica legal no parece conectarse a meras dificultades financieras o a al riesgo de crisis de la empresa¹⁰¹⁸, determinando,

¹⁰¹⁷ Vid. RODRIGUEZ-PIÑERO, M.: “La Ley Concursal y el contrato de trabajo...”, RL, t.II, 2003, pp 423-425; MONEREO PEREZ, J.L.: “Concurso y relaciones laborales..”, cit., pg. 6. A pesar de ello, ambos autores denuncian el déficit preventivo del nuevo sistema jurídico concursal, con un marco insuficiente para adelantarse a las situaciones críticas de la empresa. En contraposición, otras experiencias del Derecho concursal comparado procuran un tratamiento preventivo eficaz de la crisis. Es el caso del Derecho francés en el que sin perjuicio de ser la insolvencia, entendida como cesación de pagos fruto de un déficit patrimonial del deudor, el presupuesto objetivo del concurso, la mera “dificultad jurídica, económica o financiera” permite así mismo la aplicación de los procedimientos concursales. El denominado “Derecho de las empresas en dificultad” se caracteriza por una racionalidad jurídico-política que pivota sobre los principios preventivo de la crisis y conservativo de la empresa. Vid. a este respecto, en la doctrina gala, CHAMPAUD, C.: “La situation des entreprises en difficulté: problème de Droit économique perturbant el Droit privé”, Rev. franç. Comp., n° 64, 1976; PAILLUSSEAU: “Qu’est-ce qu’une entreprise en difficulté?”, Rev. franc. Compt., n° 64, 1976; SAINT-ALARY-HOUIN: Droit de entreprises en difficulté, París, 1996. En el Derecho concursal italiano, el principio conservativo como opción de política del Derecho se ha limitado a la gran empresa en crisis, si bien las últimas reformas legislativas prescinden de las ayudas estatales a tal efecto, con el objeto de adecuarse a las directrices comunitarias sobre libre competencia. Vid. CANDELARIO MACIAS, M.I.: “El nuevo régimen italiano sobre Administración Extraordinaria de la Gran Empresa en situación de insolvencia –nuevo régimen italiano, viejo régimen español –”, Rev. Derecho de los Negocios, n° 117, junio 2000.

¹⁰¹⁸ En este sentido, RODRIGUEZ PIÑERO, M., id, op. cit., pg. 425. En el Derecho comparado es también la insolvencia el presupuesto objetivo de apertura del concurso, si bien se adopta un concepto más o menos flexible según los casos. Así en la línea flexibilizadora del nuevo Derecho concursal español, esta el modelo italiano (art. 5 Legge Fallimentare de 1942) para el que “el estado de insolvencia se manifiesta con el incumplimiento e otros actos externos que demuestran que el deudor no puede satisfacer regularmente sus obligaciones contraídas”, si bien se plantean dificultades interpretativas para la diferenciación entre insolvencia y “dificultad temporal” en virtud del art. 187 de la Ley de Quiebras. También el Derecho alemán, en el que tras la reforma del Derecho concursal por la Ley 5 de octubre de 1994 (Insolvenzordnung) el presupuesto del concurso es la insolvencia identificada con la incapacidad de pago, entendida como la situación en la que el deudor no está en condiciones de cumplir con las deudas vencidas (art. 17.1º y 2º); se admite así mismo como presupuesto de inicio del procedimiento “la dificultad temporal de pago” (art. 18) que, en simetría con la insolvencia inminente del modelo español, se define como la situación en la que es “presumible que el deudor no esté en condiciones de pagar en el momento del vencimiento”. En lo que atañe al Derecho portugués, el D.Ley 1993, sobre procesos de recuperación de empresas y quiebras, la situación de insolvencia de la empresa, igualmente presupuesto

en consecuencia, un escenario en principio incompatible con un pacto indemnizatorio económicamente más gravoso que la carga derivada del mínimo tasado legalmente.

Sin embargo, no puede desdeñarse el hecho de que, como también ha apuntado la doctrina, el cumplimiento de la cláusula general definitoria de la insolvencia técnica abarcaría un amplio abanico de posibilidades que van desde situaciones de despatrimonialización del deudor (activo inferior al pasivo), hasta situaciones de mera iliquidez (pero con activo superior al pasivo), lo cual impide que el presupuesto de apertura del concurso haya de conectarse inexorablemente con una situación de crisis terminal o irreversible de la organización productiva¹⁰¹⁹. Bajo esa premisa relativamente “desdramatizada” de la crisis empresarial subyacente, a la administración concursal le corresponde negociar un acuerdo de reorganización productiva cuyo contenido, a falta de una mención expresa del texto legal concursal, deberá versar “sobre las causas motivadoras del expediente (de regulación de empleo), la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las *medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados*” (art. 51.4 ET, de aplicación supletoria en virtud del art. 64.11 LC), todo ello conforme a una preferencia finalista, ésta sí establecida expresamente por el legislador concursal: la viabilidad futura de la empresa y del empleo (art. 64.4 LC)¹⁰²⁰.

Visto así, se trata de un escenario negocial no sólo no incompatible, sino más bien especialmente propicio para la transacción acerca de una mejora de la cuantía de las indemnizaciones¹⁰²¹, ya que además de su virtualidad como medida paliativa de los efectos del despido para los trabajadores afectados (en línea de lo previsto en el art. 51.4 ET), puede operar también como medida al

del concurso, se identifica con la “imposibilidad de cumplimiento puntual de sus obligaciones” a causa de “carencia de medios propios y por falta de crédito”; pero la reciente reforma introducida por el D-Ley 315/98 introduce un nuevo presupuesto objetivo: la “situación económica difícil evidenciada por ponderadas dificultades económicas o financieras que impiden el normal funcionamiento de la empresa o la continuación de su objeto social”, con el propósito, al parecer, de mejorar las posibilidades preventivas del modelo normativo. Para un extenso y pormenorizado análisis del Derecho concursal comparado, vid. CANDELARIO MACIAS, M.I.: El convenio de continuación como medio de protección del crédito en los procedimientos concursales, Comares, Granada, 1999, pp.10 y ss.

¹⁰¹⁹ Vid. MOLERO MARAÑÓN, M.L., op. cit., pg. 90, con cita de PULGAR EZQUERRA, J.: “Los presupuestos de la declaración del concurso de acreedores”, en VV.AA. (Mairata Laviña, coord.): Aspectos jurídicos del nuevo concurso de acreedores, ICAM, Madrid, 2004, pp. 87 yss.

¹⁰²⁰ En este sentido, MONEREO PEREZ, J.L.: “Concurso...”, cit., pg. 16.

¹⁰²¹ Vid. RODRIGUEZ-PIÑERO, M.: “La Ley Concursal...”, cit., pg. 425.

servicio del interés del concurso en cuanto que facilita una salida rápida y consensuada de los excedentes de plantilla con el doble efecto de acomodarla a la capacidad productiva real de la empresa y reducir costes sociales de producción (salariales y de cotización) vinculados a la continuidad de la actividad productiva requerida, que engrosarían el montante crediticio contra la masa¹⁰²². Se trataría, por tanto, de una decisión de la administración concursal adoptada conforme al “criterio de oportunidad” en la línea de asegurar la continuación de la actividad empresarial necesaria con vistas, bien a la obtención de un convenio conservativo, o bien a una liquidación, que contaría además con la garantía del FOGASA (art. 33.2 ET).

Pero, en todo caso, el ejercicio de la facultad negocial atribuida a la administración concursal en la regulación de empleo exigida por el concurso deberá conjugarse y, en consecuencia, quedar mediatizada por los requerimientos derivados de su también función legal de administrar la masa activa procurando su conservación y defensa en garantía del interés del concurso (arts. 43.1 LC) que, pese a su carácter complejo y pluralista (intereses del empresario-deudor, acreedores y trabajadores en defensa de su empleo), la LC identifica primordialmente con el interés de los acreedores indiferenciados a la satisfacción de sus créditos (E.M. Ley 22/2003); función esta, por cierto, cuya efectividad viene garantizada mediante un específico régimen de responsabilidad de los administradores judiciales por los daños y perjuicios causados a la masa por su actuación ilícita o negligente (art. 36.1 LC).

Bajo este diverso punto de vista, un compromiso de indemnizaciones superiores a las legales del despido colectivo que repercutiera negativamente ahondando en el desequilibrio patrimonial (actual o inminente) del deudor en grave menoscabo de la viabilidad de la empresa y del interés de los acreedores a la satisfacción de sus créditos –principios axiales en nuestro sistema normativo concursal-, además de poder tacharse de acto lesivo contra la masa a efectos de la responsabilidad antes mencionada ex art. 36 LC , podría apreciarse, por lo que ahora interesa, como acuerdo jurídicamente patológico

¹⁰²² Vid. *in extenso*, en este sentido, RODRIGUEZ ACHÚTEGUI, E.: “Sobre el peculiar régimen indemnizatorio en los expedientes del art. 64 de la Ley Concursal”, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, n^o 10, 2005.

por fraude de ley o abuso de derecho a efectos de que el juez mercantil lo rechace y declare su nulidad ex art. 64.7 LC ¹⁰²³.

Sintetizando y a modo de corolario, resulta fundamentado concluir que la adopción de un acuerdo colectivo de indemnizaciones extintivas superiores a las legalmente tasadas ex art. 51.8 ET es en principio jurídicamente viable en el marco del procedimiento de regulación de empleo concursal, tal y como están reconociendo los jueces mercantiles en recientes autos de ratificación de pactos de reestructuración de esta naturaleza¹⁰²⁴. En efecto, el análisis del alcance o extensión legal de las potestades negociadoras conferidas a la administración concursal, del condicionante representado por la insolvencia empresarial actuante como presupuesto objetivo del concurso y, en fin, la supletoriedad de la legislación laboral común, son argumentos que avalan esta solución como regla general que, no obstante, tendría la excepción dada por la circunstancia anómala de que dicho acuerdo supusiera una carga económica excesiva y desproporcionada que agravara la situación patrimonial del empresario¹⁰²⁵, hasta el extremo de poner en peligro los objetivos de aseguramiento de la viabilidad de la empresa y de satisfacción de los acreedores indiferenciados, ambos inherentes al concurso.

En tal caso, podría tacharse de acuerdo viciado por fraude de ley o abuso de derecho y justificaría el ejercicio de las facultades excepcionales

¹⁰²³ Vid. en este último sentido, LANDA ZAPIRAIN, J.P.: “Consideraciones en torno al nuevo enfoque...”, cit., pg. 49; MOLERO MARAÑÓN, M.L., op. cit., pg. 91.

¹⁰²⁴ Admitiendo la viabilidad del pacto colectivo de incremento de la indemnización legalmente tasada para el despido colectivo en concurso, vid. el interesante Auto JUMER Alava, Vitoria-Gasteiz nº1 de 19-12-2005 (AC 2006\302). La fundamentación jurídica de la resolución del juez mercantil que homologa el acuerdo de la administración concursal con los representantes de los trabajadores (F.j. 3º), subraya que “no se percibe ningún obstáculo técnico para pactar un crédito superior al legal”, incluso cuando, como en el caso de autos, no hay liquidez para afrontar el pago de las indemnizaciones, ya que “reconocer una indemnización por despido colectivo no puede someterse a que exista potencialidad de pago, en tanto que no es asegurable, y en tanto que puede diferirse su pago sin arriesgar agresiones a los bienes y derechos de la empresa en concurso”, dado que el pago de los créditos contra la masa sólo habrá de efectuarse a través de una ejecución contra bienes de la masa activa que queda en suspenso hasta la aprobación de convenio, la apertura de la liquidación y, en su defecto, una vez transcurrido un año desde la declaración del concurso, ex art. 154.2 LC. No obstante, sorprende la advertencia final del pronunciamiento (F.j. 3º *in fine*) acerca de una eventual exigencia de responsabilidad a los administradores que otros casos podría darse por el tenor de esta suerte de acuerdos o de la impugnación de las cuentas sobre pagos de créditos contra la masa derivados de los mismo mismo, reveladora, a mi entender, de los riesgos que en todo caso engendran compromisos económicos de este tipo en contexto concursal

¹⁰²⁵ Hablar aquí de anomalía cobra todo su sentido si se tiene en cuenta que previamente a la solicitud de las medidas de reorganización laboral y al inicio de la fase de consulta-negociación, la administración concursal ya tiene un conocimiento preciso de la situación patrimonial del deudor de la que se habrá dado cuenta en el informe preceptivo a presentar previamente al inicio del procedimiento de reestructuración (art. 64.3 en relación con el art. 75.3, ambos de la LC).

conferidas legalmente al juez de lo mercantil de declarar mediante auto su nulidad y decidir discrecionalmente acerca de las extinciones (y las restantes medidas colectivas) solicitadas, resolviendo lo que proceda “conforme a la legislación laboral” general, lo que conllevará respecto a las indemnizaciones anudadas a las extinciones que se acepten la determinación, ahora sí, de la cuantía legal ex art. 51.8 LET¹⁰²⁶.

En caso contrario, esto es, en el de plena conformidad a Derecho del pacto con indemnizaciones superiores para los trabajadores afectados por el despido colectivo en contexto concursal, es obligado plantearse la cuestión de su repercusión en las extinciones contractuales postuladas individualmente por los propios trabajadores con fundamento en el art. 50.1.b) ET, que por imperativo del art. 64.10 LC se reconducen al procedimiento en virtud de la *vis atractiva* ejercida por el concurso. La respuesta a la duda interpretativa no admite matices en el sentido de que el pacto de mejora deberá comprender a todas las extinciones que se acuerden, incluidas las instadas al amparo de aquél precepto estatutario y ello en base a varios órdenes de razones.

En efecto, en el escenario descrito, aparte de las exigencias de tratamiento homogéneo de las medidas laborales aceptadas derivadas del principio de unidad procedimental impuesta por la LC, resulta también aquí insoslayable la efectividad del principio de igualdad de los trabajadores afectados por todas las medidas extintivas adoptadas – es decir, de los afectados por extinciones solicitadas por el empresario o la administración concursal (constitutivas de despido colectivo concursal) y de los postulantes de las extinciones colectivas impropias del art. 64.10 LC - : unidad de procedimiento, homogeneidad de tratamiento de las medidas extintivas y, sobre todo, aplicación del derecho fundamental de igualdad ex art. 14 CE, obligarían a la extensión de la mejora indemnizatoria pactada para el despido colectivo a estas últimas extinciones colectivas impropias a instancia de los trabajadores individuales por incumplimiento del empresario concursado¹⁰²⁷.

¹⁰²⁶ Esta es la solución que se infiere de los términos imperativos del art. 64.7 LC: “el Juez determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral”, para el supuesto en que deba resolver acerca de las medidas en ausencia de acuerdo colectivo previo entre la administración y los representantes de los trabajadores.

¹⁰²⁷ Para la tesis de extensión en el ERE estatutario de la mejora indemnizatoria a todos los trabajadores afectados por la extinción en la jurisprudencia, vid. SSTS 21-01-88 (RJ 31); 12-09-1989 (RJ 6436); STSud 31-10-2001 (RJ 9913).

2.3.3 Tiempo y título jurídico de las indemnizaciones vinculadas a las resoluciones contractuales “impropias”. Problemas aplicativos

Las indemnizaciones que correspondan a los trabajadores afectados por las extinciones que se acuerden en el marco del procedimiento -ya sean las integrantes del despido colectivo o las instadas individualmente por los trabajadores entroncadas en el art. 64.10 LC y tanto se trate de las indemnizaciones tasadas, cuanto de las mejoradas por vía de acuerdo colectivo entre la administración concursal y los representantes de los trabajadores, en los términos comentados con anterioridad-, se configuran legalmente como “créditos contra la masa” (art. 84.2.5º LC). Ello reporta a los trabajadores afectados por las extinciones colectivas –en su doble versión concursal: despido colectivo y resoluciones ex art. 64.10 LC- la indudable ventaja de que sus créditos se satisfarán a la fecha del vencimiento de la deuda cualquiera que sea la fase del concurso y con preferencia a los créditos concursales – esto es, los restantes créditos contra el deudor integrantes de la masa pasiva ex art. 84.1 LC- , si bien no podrán iniciarse ejecuciones para hacerlos efectivos hasta tanto no se apruebe el convenio o se abra la alternativa liquidación o, en su defecto, una vez transcurrido un año desde la declaración del concurso (art. 154.1-2 LC).

Sin embargo, frente a la claridad y rotundidad de la LC en lo atinente al carácter de estos créditos indemnizatorios y a su régimen de pago, adolece de ambigüedad respecto a cuál sea el título jurídico de reconocimiento a cada trabajador individual de la indemnización correspondiente y de concreción de su importe. En este sentido, el debate se centra en torno a si el instrumento de determinación individualizada de la indemnización debe serlo el auto del juez del concurso que resuelve el procedimiento de regulación de empleo (ex art. 64.7 LC), o bien si lo será un acto posterior del empresario-deudor o de la administración concursal (uno u otro sujeto, en función del tipo de concurso: voluntario o necesario) que sería preciso para la concreción individual y eficacia de las medidas colectivas incluidas en el auto judicial.

La cuestión interpretativa es de gran calado dogmático, ya que trasciende del concreto tema del régimen indemnizatorio que ahora nos ocupa

y conecta con el más general de la naturaleza jurídica de la resolución del juez mercantil que pone fin al procedimiento, por lo que resulta ineludible un pronunciamiento, siquiera preliminar, acerca de esta cuestión que condicionará la solución relativa al instrumento jurídico de reconocimiento y determinación de las indemnizaciones. Lo que ha de precisarse, pues, es si el auto judicial se concibe como un “acuerdo” con valor decisorio o naturaleza constitutiva y, en consecuencia, productor *per se* del efecto extintivo de los contratos de trabajo singulares y el colateral de reconocimiento del derecho a la indemnización correspondiente, o si, por el contrario, tiene el carácter de una mera “autorización” –análogo al de la resolución administrativa del modelo estatutario de regulación de empleo-, en cuyo caso sería precisa una actuación posterior, en los términos anteriormente mencionados, que sería la que produjese los efectos extintivos contractuales y la determinante del nacimiento del derecho a la indemnización de los trabajadores afectados.

Aunque será en el siguiente epígrafe donde se abordará un análisis en profundidad de este problema central en el debate en torno al ERE concursal, baste decir por el momento que la doctrina científica se divide al respecto en torno a dos soluciones diversas y contrapuestas y una tercera de carácter ecléctico. La primera reside en reconocer al auto un valor de “acuerdo decisorio”, es decir, efectos jurídicos directos e inmediatos en los contratos de trabajo sin precisar de un acto ulterior del empresario o de la administración judicial que sería el que desplegaría los efectos extintivos (modificativos o suspensivos, según sea el tipo de medidas acordadas)¹⁰²⁸. De este modo y por lo que ahora interesa, el auto constituiría el título jurídico de reconocimiento y pago de la indemnización.

La segunda, por el contrario, supone la atribución de un valor meramente “autorizante” de las medidas laborales colectivas, en simetría con la

¹⁰²⁸ En esta línea, vid. RIOS SALMERON, B.: “La LC y el procedimiento laboral”, en VV.AA.: Problemas críticos del proceso laboral”, Estudios de Derecho judicial, n^o 63, 2004, pg. 537; RIOS SALMERON/DE LA PUEBLA PINILLA: “El expediente judicial de regulación de empleo: art. 64 de la Ley Concursal”, en VV.AA.: Nueva sociedad u Derecho del Trabajo (Borrajo Dacruz, dir.), La Ley, Madrid, 2004, pp. 85-86; DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Comentario al artículo 64”, cit., pg. 747; MOLERO MARAÑÓN, M.L., op. cit., pg. 109. Aunque todavía es pronto para que exista una línea de tendencia en la doctrina judicial de suplicación, ya existe un pronunciamiento que se decanta por esta interpretación con una fundamentación jurídica, a mi juicio, discutible, ya que apela al término “acuerda” que, en referencia a las medidas solicitadas, utilizan los arts. 44.4 y 64.7 LC y a la supletoriedad de la legislación laboral estatutaria restringida a lo no previsto en la especial concursal ex art. 64.11 LC. Vid. STSJ Cataluña 27-09-2005 (AS 2699), Fj. 4^o y 5^o.

resolución administrativa que resuelve el expediente de regulación de empleo estatutario (art. 51. 5-6 ET), siendo preciso una actuación posterior del empleador o de la administración concursal, en el sentido ya mencionado¹⁰²⁹, que sería aquí el título jurídico determinante del vencimiento de la deuda y el que legitima para instar el pago indemnizatorio. Por último, una muy autorizada doctrina plantea una tercera solución interpretativa en clave de opción para el juez del concurso que podría decantarse, potestativamente, bien por una resolución decisoria, o bien por una resolución autorizante y dentro de esta última hipótesis, entre un pronunciamiento abstracto sobre las medidas laborales solicitadas o concreto con individualización de los trabajadores afectados y las indemnizaciones inherentes a los mismos, en caso de extinción contractual¹⁰³⁰.

Ante esta disyuntiva -y sin perjuicio de un mayor desarrollo posterior-, los argumentos más convincentes son, a mi juicio, los que sustentan la tesis de que la idea fuerza que impregna la LC, en el ámbito de las medidas laborales colectivas que hayan de adoptarse para la reestructuración de plantilla requerida en interés del concurso, es la traslación al juez mercantil de la posición jurídica de la Administración Laboral en el ERE estatutario, lo que implica asimilar la naturaleza de sus respectivas intervenciones en la resolución del procedimiento de regulación de empleo concursal y extraconcursal. Desde esta perspectiva, el auto resolutorio del procedimiento tendrá el carácter de “autorización pública judicial”¹⁰³¹ carente de eficacia jurídica directa para producir la extinción de los contratos de trabajo, siendo preciso un acto posterior por parte del empresario-deudor o de la administración concursal (en caso de sustitución en concurso necesario ex arts. 40.2 y 44.3 LC) para notificar individualmente la medida a cada trabajador y fijar la fecha de sus efectos extintivos e indemnizatorios.

¹⁰²⁹ En este sentido, MONEREO PEREZ, J.L.: “Concurso y relaciones laborales..”, pp. 28-29; ALBIOL MONTESINOS, I.: “Aspectos laborales...”, cit., pg. 80; CRUZ VILLALON, J.: “Despidos y suspensiones...”, cit., pg. 550, si bien este autor estima que la potestad de materialización de la medida y sus efectos corresponderá a la administración concursal y en ningún caso al empresario que, a su juicio, queda desplazado legalmente en favor de los administradores en lo concerniente a los poderes de disposición y en particular en los referidos al empleo; RODRIGUEZ-PIÑERO, M.: “La Ley concursal y el contrato.” pg. 430;; MERCADER UGUINA/ALAMEDA CASTILLO: “Comentario al artículo 64, cit. pg. 1218; FERNANDEZ LÓPEZ, M.F.: “Delimitación de competencias...”, cit., pg. 33.

¹⁰³⁰ Vid. RIOS SALMERON, B.: “La nueva Ley Concursal y los trabajadores”, cit., pg.

¹⁰³¹ Parafreando a MONEREO PEREZ, J.L.: “Concurso y relaciones laborales..”, cit., pg. 29.

Es decir, la intervención judicial en el ERE concursal, de forma análoga a la administrativa en el ERE estatutario – salvo en lo relativo a las extinciones colectivas impropias del art. 64.10 LC, respecto de las que, a mi entender y como después se razonará, el pronunciamiento judicial podría tener eficacia directa-, no sustrae al empresario el poder extintivo del vínculo que sólo él detenta, de modo que la intervención pública autorizante se limita a facultarle para que la ejerza, siendo éste (o, en su caso, la administración concursal por sustitución) el que material, efectiva y voluntariamente extingue los contratos de trabajo¹⁰³².

Ahora bien, dentro de este esquema conceptual, cabrían aún dos posibilidades: la primera, *la formulación abstracta* de la parte dispositiva del auto, con indicación de las medidas que se aceptan, mención de número y categoría de los trabajadores afectados, de los criterios de ponderación para su selección y plazo de ejercicio de la autorización, en línea de lo que sucede normalmente en la actualidad con la resolución administrativa del ERE estatutario,¹⁰³³; y una segunda, consistente en una *formulación concreta* con indicación nominativa de los trabajadores afectados, clasificación profesional y determinación de la indemnización correspondiente a cada uno de ellos, en caso de medidas extintivas, lo que condicionaría, por supuesto, el contenido de la solicitud de las mismas iniciadora del procedimiento en el sentido de que en ella habrían de concretarse las indemnizaciones y los trabajadores cuyos contratos se extinguen.

Este punto también es objeto de controversia doctrinal, existiendo dos posiciones contrapuestas al respecto. Un sector, aún reconociendo la

¹⁰³² Vid, en este sentido, respecto del ERE estatutario, MONEREO PEREZ/FERNANDEZ AVILES: El despido colectivo en el Derecho español. Estudio de su régimen jurídico, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 182 y 224 e, indirectamente para el ERE concursal, id. “Concurso y relaciones laborales...”, pp. 28-29. Para los autores “la autoridad laboral actuante no despidе ni impone su realización, sino que faculta para hacerlo al empresario que es quien únicamente detenta ese poder resolutorio como manifestación del principio constitucional de libre empresa”. Mantiene también esta tesis en relación a ambos modelos: estatutario y concursal, ALBIOL MONTESINOS, I.: “Aspectos laborales..”, cit., pg. 73; CRUZ VILLALON, J., op. cit., pp. 549-550. En el mismo sentido se decanta la jurisprudencia al aplicar el modelo normativo extraconcursal, tanto a efectos privados [vid., entre otras, SSTS 22-02-91 (RJ 864), 8-03-99 (RJ 2126); STS (CA) 22-09-99 (RJ 7940)], como a efectos públicos de acceso a las prestaciones por desempleo de los trabajadores afectados [STSud 4-11-99 (RJ 9109); STS (CA) 12-02.2003 (Rec. 9510/97)].

¹⁰³³ A la luz del actual Reglamento de procedimientos de regulación de empleo: art. 6.1.b) RD 43/96 de 19 de enero que aprueba el vigente Reglamento de los Procedimientos de regulación de empleo (RPRE), a diferencia del art. 15 del antiguo RPRE (RD 696/80, de 14 de abril) que exigía la relación de todos los trabajadores afectados con nombres, apellidos, fecha y lugar de nacimiento, especialidad y grupo profesional...., es decir una concreción individualizada de todos los afectados por las extinciones.

existencia de ambos tipos de formulación en las resoluciones administrativas del ERE estatutario – lo que técnicamente abriría ambas posibilidades al auto del juez mercantil en el concurso¹⁰³⁴ -, aboga por un pronunciamiento abstracto de auto judicial resolutorio del ERE concursal al entender que lo contrario desnaturalizaría su estricta conexión legal con la vertiente colectiva de la reestructuración laboral y, sobre todo, porque no extendería la competencia del juez mercantil más allá de lo que el legislador establece ex arts. 8.2º y 64 LC y 86 *ter* 2 LOPJ, en detrimento del orden social de la jurisdicción que, desde este punto de vista, le correspondería el conocimiento de las impugnaciones formuladas por los trabajadores contra las decisiones ulteriores del empresario o la administración concursal respecto de cada uno de ellos en lo concerniente, entre otros aspectos, a su discrepancia sobre las indemnizaciones reconocidas¹⁰³⁵. Otro sector, partiendo de la premisa de la necesidad de concreción del *petitum* en la solicitud en sentido incluyente de la relación nominativa de los trabajadores que vayan a quedar afectados por las medidas con el objeto de evitar su indefensión, interpreta que el auto debe contener esa misma concreción en cumplimiento de la regla procesal de congruencia¹⁰³⁶.

En principio, la primera solución hermenéutica resulta más convincente ya que se inscribe en la tesis, ya defendida, del paralelismo que la LC ha querido establecer entre las respectivas intervenciones judicial y administrativa en los ERE concursales y ordinarios, pero, además, porque el argumento que se esgrime como presupuesto de la segunda solución doctrinal expuesta – necesidad de individualización de las medidas en aras de garantizar el derecho de defensa de los afectados- es discutible dada la posibilidad de recurso ulterior de los interesados, vía incidente laboral, contra las medidas adoptadas en lo concerniente a sus efectos sobre su específica relación laboral que, en todo caso, evitaría la indefensión.

No obstante la preferencia teórica y general por la primera opción, ésta debe reconsiderarse en lo que concierne, al menos, a medidas extintivas a la

¹⁰³⁴ En el sentido de esta doble posibilidad opcional para el juez del concurso, vid. RIOS SALMERON, B.: “La nueva Ley Concursal...”, cit. pg. 144.

¹⁰³⁵ En esta línea, FERNANDEZ LOPEZ, M.F.: “Delimitación de competencias ...”, cit. pp. 29-31. Vid. STS 19-07-1999 (RJ 5278) para esta construcción acerca de la competencia de la jurisdicción social en detrimento de la contencioso-administrativa en el ERE estatutario.

¹⁰³⁶ En este sentido, CRUZ VILLALON, J., op. cit., pg. 536 y 550; ALBIOL MONTESINOS, I., Aspectos..., pg. 65; DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Comentario...”, cit., pp. 736 y 746.

luz de lo dispuesto en dos preceptos de la LC –arts. 64.8 *in fine* y 84.2.5^o LC, ambos con evidentes repercusiones en el problema que nos ocupa. En efecto, por un lado, el art. 64.8 LC reconduce al incidente laboral (ex art. 195 LC) -cuya resolución se atribuye a la competencia del propio juez concursal- las impugnaciones contra el auto resolutorio del ERE que formulen los trabajadores sobre “cuestiones que se refieran estrictamente a su relación jurídica individual”, de lo que cabe inferir que el legislador parte del presupuesto de la existencia en el auto de pronunciamientos afectantes en sentido extintivo contractual (y, en su caso, suspensivo o modificativo) directa e individualmente a los trabajadores recurrentes, es decir, presupone una concreción individualizada y de efectos directos de las medidas (extintivas en este caso) adoptadas. Por su parte, el art. 84.2.5^o *in fine* LC, tras reconocer a las indemnizaciones vinculadas a extinciones de contratos de trabajo en contexto concursal el carácter de “créditos contra la masa”, precisa que de tratarse de extinciones colectivas los créditos indemnizatorios “se entenderán reconocidos por la propia resolución (judicial) que los apruebe”, es decir, por el auto resolutorio del juez del concurso.

Una interpretación conjunta y sistemática de los preceptos aludidos conduce a una triple conclusión, al menos cuando se trate de medidas extintivas: primera, que la parte dispositiva del auto que resuelva acerca de las extinciones deberá precisar los concretos trabajadores afectados por la extinción contractual y las indemnizaciones correspondientes; segunda, consecuencia de la anterior, que la solicitud iniciadora del procedimiento debe incluir la relación nominativa de los trabajadores afectados y la determinación del *quantum* indemnizatorio anudado a cada extinción, ya que sólo así la resolución podría contener pronunciamientos individualizadores de las extinciones acordadas; y tercera, que las discrepancias de los empleados acerca -entre otras cuestiones de índole individual- de la cuantía indemnizatoria reconocida o de las eventuales mejoras acordadas a ese respecto en periodo de consultas, tendrán que ventilarse ante el propio juez del concurso a través del incidente concursal laboral¹⁰³⁷, quedando así desplazada la competencia

¹⁰³⁷ Vid. en este sentido, ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pp. 65 y 95; FERNANDEZ LOPEZ, M.F., op. cit., pg. 33.

del orden social que podría haber operado en los supuestos de formulación abstracta del auto.

Pero, con todo, hay que admitir que se trata de un resultado no exento de aporías al construirse sobre la base de lo que parece ser una antinomia jurídica entre mandatos de la propia LC: en efecto, en tanto el art. 64 en sus apartados 7 y 11 LC -a través de sus reenvíos a la legislación laboral ordinaria como Derecho supletorio- viene a asimilar, por vía interpretativa, el auto judicial y la resolución administrativa en punto a su naturaleza meramente autorizante de las medidas colectivas, lo que conlleva que los efectos extintivos y colaterales indemnizatorios dependerán de una decisión posterior del empresario o la administración concursal, los ya citados arts. 84.2.5º y 64.8 LC parecen contradecir esta proposición legal con disposiciones que aparentemente atribuyen eficacia directa a la resolución del juez mercantil.

En efecto, el primero de ellos determina la fijación de las indemnizaciones por el auto al que reconoce efectos directos en orden al reconocimiento y pago de las mismas, sin que quepa, entonces, relegar esta virtualidad a un acto empresarial posterior; entre tanto el segundo precepto, en correspondencia con lo anterior, orienta imperativamente contra el auto las acciones impugnatorias individuales ejercitadas por los trabajadores disconformes con la indemnización (y en general con cualquier aspecto relativo a la vertiente singular de la extinción contractual) y las vehiculiza por el incidente concursal, en contraste con lo que sucede en la dinámica estatutaria en la que estas acciones se formulan no contra la resolución administrativa, sino contra la decisión empresarial extintiva posterior a la autorización administrativa, residenciándose ante el orden jurisdiccional social, si bien sólo cuando ésta fuese abstracta¹⁰³⁸. No obstante, la contradicción del art. 64.8.2º LC con la naturaleza autorizante del auto que mayoritariamente le atribuye la doctrina conforme a los mandatos remisivos a la legislación laboral general ex art. 64.7 y 11 LC, podría salvarse si, como sostiene algún autor, aquél se interpreta en clave de mandato legal imperativo en orden, exclusivamente, a la

¹⁰³⁸ En el diseño estatutario y sobre la competencia del orden social, vid. entre otras, SSTS 19-06-1986 (RJ 3683); 19-07-1999 (RJ 5278). No obstante, la LC reconduce estas impugnaciones individuales de los trabajadores en contexto concursal a la jurisdicción social en vía de recurso, ya que el que se interponga contra la sentencia resolutoria del incidente laboral será de suplicación y de competencia del orden social (art. 64.8. 2º LC).

orientación de las reclamaciones individuales hacia el incidente laboral con independencia de que el auto, potestativamente, se haya pronunciado o no sobre los aspectos individuales de las medidas laborales adoptadas¹⁰³⁹.

Sea como fuere, las pretensiones resolutorias instadas al amparo del art. 50.1.b) ET y colectivizadas por imperativo del art. 64.10 LC parece que podrían discurrir conforme a una dinámica distinta en torno a la cuestión indemnizatoria que ahora nos ocupa. En efecto, si como ya se dijo, en este supuesto el auto, haya o no habido pacto colectivo previo, tendría efectos extintivos individualizados y directos en términos análogos a los constitutivos de la sentencia estimatoria de este tipo de pretensiones en el orden social de la jurisdicción¹⁰⁴⁰, las indemnizaciones correspondientes a los trabajadores postulantes de la extinción en contexto concursal serán reconocidas en el propio auto (ex art. 84.2.5^o LC) y las discrepancias en orden a su cuantía y/o el módulo de cálculo de la misma habrán de canalizarse en todo caso por el incidente laboral (ex art. 64.8.2 LC) a través de acciones individuales interpuestas contra el auto que, en lo que respecta a ellas, carecerá de valor autorizante. Y es que este supuesto carecería de sentido que deba ser el empresario (o la administración judicial) el que implemente, obtenida la autorización judicial, la extinción en ejercicio de un poder resolutorio que no es a él a quien aquí corresponde, sino a los trabajadores con fundamento en el incumplimiento empresarial en materia salarial ex art. 50.1.b) ET, aunque su efectividad esté condicionada a la declaración judicial de la extinción contractual.

Ahora bien, cabría, por el contrario, apelar a la *vis atractiva* que el concurso ejerce sobre la institución resolutoria concretada en la técnica de colectivización ex art. 64.10 LC que, como se ha comentado, es la determinante de los cambios sustantivos y procedimentales que en ella se operan, para aducir que su sometimiento a esta lógica colectiva implica su asimilación constitutiva *ex lege*, en todos sus términos, con las restantes extinciones colectivas identificables con la figura del despido colectivo. Esto significaría, por lo que ahora interesa, que pese a que la facultad extintiva de

¹⁰³⁹ Vid. MOLINER TAMBORERO, G.: “Las competencias del Juez Mercantil y del orden social de la jurisdicción tras la reforma concursal”, en VV.AA.: La reforma concursal: Aspectos laborales y de Seguridad Social (García Perrote Escartín, coord.), Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 72-77.

¹⁰⁴⁰ Vid. CRUZ VILLALON, J., op. cit., pg. 550.

los contratos residiera *ad origine* en el trabajador, conforme al diseño del art. 50 ET, el juego de la colectivización la neutralizaría en atención del interés del concurso haciéndola que opere simplemente como título de apertura del procedimiento ex art. 64 LC o de reconducción al mismo de las extinciones instadas por los trabajadores, con el objeto de que, siguiendo el devenir del despido colectivo concursal y sometidas al filtro de la autorización judicial, sean definitivamente implementadas al arbitrio del empresario o la administración concursal. Dicho en otras palabras, conforme a esta interpretación el art. 64.10 LC operaría una traslación del poder resolutorio contractual del trabajador, inicialmente actuante, al poder resolutorio del empleador de forma similar a lo que sucedería, según alguna doctrina, en el supuesto de incoación del ERE estatutario por los representantes de los trabajadores, en el que la iniciativa por parte de éstos sólo es un medio arbitrado por la Ley para facilitar el “cumplimiento del presupuesto legal habilitante para el ejercicio del poder empresarial de despedir”¹⁰⁴¹

2.4 La resolución del juez del concurso: el auto judicial y sus efectos jurídicos. Especial referencia a las resoluciones colectivizadas ex art. 64.10 LC

Culminado el periodo de consultas-negociación entre la administración concursal y los representantes de los trabajadores, el juez mercantil, previa solicitud de informe, preceptivo pero no vinculante, a la Administración Laboral (art. 64.6. prf. 2) tendrá que resolver el procedimiento de regulación de empleo mediante auto en el que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 64.7 LC, de haberse logrado acuerdo colectivo se limitará a ratificar el mismo y aceptar las medidas colectivas en los términos pactados, mientras que en el supuesto de falta de acuerdo o de acuerdo viciado por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho será el juez, previa declaración de nulidad del mismo, al que corresponda resolver discrecionalmente, en sentido estimatorio o desestimatorio, sobre las medidas colectivas propuestas en la solicitud,

¹⁰⁴¹ Vid. MONEREO PEREZ/FERNANDEZ AVILES, op. cit., pg. 224; ALBIOL MONTESINOS, I.: “Regulación de plantillas laborales...”, cit., pg. 124.

además de las resoluciones contractuales colectivizadas formuladas al amparo del art. 50.1.b)¹⁰⁴².

En relación con el auto judicial resolutorio del ERE concursal, una de las cuestiones de mayor trascendencia dentro del subsistema normativo laboral específico aportado por la LC y de máxima controversia en sede doctrinal es el relativo a su naturaleza jurídica, esto es si ha de hablarse de un valor decisorio y directamente vinculante de sus pronunciamientos acerca de las medidas extintivas acordadas, o, contrariamente, si se trata de un carácter meramente autorizante por lo que carecería de efectos extintivos (o suspensivos o modificativos) inmediatos de los contratos de trabajo, efectos que vendrían producidos por un ulterior acto voluntario del empleador o la administración concursal en términos análogos a la virtualidad reconocida a la resolución administrativa del ERE estatutario. Resulta obvio, pues, dar cuenta de la existencia de dos posturas doctrinales contrapuestas acerca de este problema interpretativo: un sector minoritario pero muy autorizado, que aboga por el carácter de “acuerdo decisorio” del auto -que por el momento es la solución acogida por la doctrina judicial en la única sentencia recaída con un pronunciamiento a este respecto-¹⁰⁴³ y otro sector mayoritario y también de máxima autoridad científica, que sostiene su carácter autorizante¹⁰⁴⁴.

Los argumentos que se esgrimen en sustento de la primera postura, esto es, el valor decisorio del auto y su eficacia jurídica directa respecto de las medidas colectivas acordadas, son diversos: primero, se apela al propio tenor

¹⁰⁴² En esta última hipótesis, la decisión judicial se somete al principio de congruencia lo que impide que el juez pueda acordar medidas distintas y alternativas a las extinciones solicitadas.

¹⁰⁴³ En esta línea, vid. RIOS SALMERON, B.: “La LC y el procedimiento laboral”, en VV.AA.: Problemas críticos del proceso laboral”, Estudios de Derecho judicial, n^o 63, 2004, pg. 537; RIOS SALMERON/DE LA PUEBLA PINILLA: “El expediente judicial de regulación de empleo: art. 64 de la Ley Concursal”, en VV.AA.: Nueva sociedad u Derecho del Trabajo (Borrajo Dacruz, dir.), La Ley, Madrid, 2004, pp. 85-86; DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Comentario al artículo 64”, cit., pg. 747; MOLERO MARAÑÓN, M.L., op. cit., pg. 109. En lo que se refiere a la doctrina judicial, aunque todavía es pronto para que exista una línea de tendencia en la doctrina de suplicación, ya existe un pronunciamiento que se decanta por esta interpretación con una fundamentación jurídica, a mi juicio, discutible, ya que apela al término “acuerda” que, en referencia a las medidas solicitadas, utilizan los arts. 44.4 y 64.7 LC y a la supletoriedad de la legislación laboral estatutaria ex art. 64.11 LC que según la sentencia se limita estrictamente a lo no previsto en la especial concursal. Vid. STSJ Cataluña 27-09-2005 (AS 2699), Fj. 4^o y 5^o.

¹⁰⁴⁴ En este sentido, MONEREO PEREZ, J.L.: “Concurso y relaciones laborales..”, pp. 28-29; ALBIOL MONTESINOS, I.: “Aspectos laborales...”, cit., pg. 80; CRUZ VILLALON, J.: “Despidos y suspensiones...”, cit., pg. 550; RODRIGUEZ-PIÑERO, M.: “La Ley concursal y el contrato..” pg. 430; MERCADER UGUINA/ALAMEDA CASTILLO: “Comentario al artículo 64, cit. pg. 1218; FERNANDEZ LÓPEZ, M.F.: “Delimitación de competencias...”, cit., pg. 33.

literal de la LC que, a diferencia del texto estatutario ex art. 51, elude el término “autorización” en relación con la resolución judicial de resolución del procedimiento de regulación de empleo concursal y emplea una terminología - medidas “acordadas” (art.64. 7 LC) u “ordenadas” (art. 84.2.5º LC) por el juez del concurso- que sugiere la eficacia directa de aquélla; segundo, se subraya el carácter no administrativo sino judicial del ERE concursal que lo convierte en un marco muy poco propicio, sino incompatible, para una resolución autorizante por varias razones: por un lado, por dejar un margen de maniobra al empresario (o la administración concursal) en orden a la aplicación o no de las medidas extintivas solicitadas que siendo propio de la resolución administrativa del ERE estatutario¹⁰⁴⁵, resulta impropio de una resolución judicial; y por otro lado, porque provocaría efectos perversos -como la indeterminación de dicha resolución en lo atinente a su objeto y los trabajadores afectados-, que podrían, incluso, ser determinantes de indefensión dado el plazo perentorio de recurso contra el auto, así como efectos contrarios a los principios de economía y celeridad del proceso, expresamente dominantes en el concurso¹⁰⁴⁶; y en fin, se apela a que la eficacia directa no es siempre ajena a la resolución administrativa del ERE estatutario, ya que ésta pierde su naturaleza autorizante y produce efectos extintivos directos en el supuesto en que la incoación del expediente la efectúen los representantes de los trabajadores¹⁰⁴⁷.

Este último argumento, por cierto, sirve de particular fundamento para alguna doctrina de la tesis de la eficacia directa del auto judicial resolutorio del ERE concursal al menos en lo que respecta a los trabajadores postulantes de la resolución contractual colectivizada del art. 64.10, al considerarse que en este caso su aceptación en el pronunciamiento del juez del concurso tendrá la misma eficacia constitutiva que la sentencia que estime la resolución individual

¹⁰⁴⁵ Sobre los efectos de la decisión de la Autoridad Laboral resolutoria del ERE estatutario o extraconcursal, vid. MONEREO PEREZ/FERNANDEZ AVILES: El despido colectivo en el Derecho español. Estudio de su régimen jurídico, Aranzadi, Pamplona, 1997, pg. 224-225.

¹⁰⁴⁶ Se hace referencia aquí a la secuencia que determinaría el valor autorizante: auto y acto posterior de concreción individual de la medida extintiva a cargo del empresario o la administración concursal y el lapso temporal entre ambos.

¹⁰⁴⁷ En este sentido, vid. DE LA PUEBLA PINILLA, A., op. cit., pp. 746-747; MOLERO MARAÑÓN, M.L., op. cit., pp. 109-110. En contra, MONEREO PEREZ/FERNANDEZ AVILES: El despido colectivo..., cit., pg. 224-226

postulada ante la jurisdicción social en contexto extraconcursal.¹⁰⁴⁸ Dicho de otro modo, el auto del juez de lo mercantil estimatorio de las pretensiones extintivas de los trabajadores producirá directamente efectos extintivos individuales respecto de esos contratos, sin que sea preciso un acto posterior del empleador o de la administración concursal para la efectiva extinción contractual y el reconocimiento del derecho a la percepción de las indemnizaciones legalmente anudadas.

Por supuesto que esta solución hermenéutica que apuesta por la naturaleza decisoria y vinculabilidad directa del auto, implica una parte dispositiva del mismo absolutamente concreta que identifique nominativamente a los trabajadores afectados por la extinción contractual y precise el montante indemnizatorio individualizado correspondiente a cada uno de ellos, por lo que parte del presupuesto de que la solicitud de las medidas colectivas (art. 64.4 LC) debe incluir no sólo el número y categorías profesionales de los afectados, sino también la individualización nominativa de éstos, mención ésta no prevista en el art. 6.1.b) RD 43/96 de 19 de enero que aprueba el Reglamento de los Procedimientos de regulación de empleo (RPRE). Esta diferencia en el contenido de la solicitud del ERE concursal y el estatutario residiría, según la doctrina, en que tratándose el primero de un proceso judicial se hace preciso que el *petitum* del solicitante quede suficientemente concretado en orden a la efectividad del principio de congruencia y del derecho de defensa de los trabajadores afectados¹⁰⁴⁹.

Sin embargo existen también múltiples y, a mi juicio, más convincentes argumentos técnico-jurídicos en fundamento de la solución hermenéutica contraria que aboga, como se dijo, por atribuir al auto judicial que resuelve el ERE concursal una naturaleza jurídica estrictamente autorizante, en simetría a la que se le reconoce a la resolución administrativa del ERE estatutario. En este sentido, debe reconocerse que son muchos los indicadores presentes en el art. 64 LC – los terminológicos de art. 64.9 LC que se refiere expresamente a medidas colectivas “autorizadas” y los reenvíos específicos (art. 64. 7 *in fine*)

¹⁰⁴⁸ CRUZ VILLALÓN, J.: “Despidos y suspensiones...”, cit., pg. 550, sin perjuicio de que el autor se decanta expresamente por la naturaleza autorizante de la intervención judicial en los demás casos, con la salvedad de este supuesto y del de incoación del procedimiento por los representantes de los trabajadores.

¹⁰⁴⁹ En este sentido, CRUZ VILLALÓN, J.: “Despidos y suspensiones...”, pg. 536; DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Comentario...”, cit., pg. 736.

y genéricos (art. 64.11) a la legislación laboral ordinaria en calidad de supletoria- que resultan reveladores de que la *voluntas legis* ha sido que el juez mercantil ocupe en contexto concursal la posición jurídica que la Administración laboral tiene atribuida en el modelo de procedimiento extraconcursal de regulación de empleo, sin matiz alguno en lo atinente al carácter de su intervención.

En efecto, ese es el sentido que ha de darse a la específica remisión a la legislación laboral ordinaria respecto al auto judicial resolutorio del procedimiento (que, por cierto, se asimila expresamente a la resolución administrativa del ERE estatutario a efectos de acceso al desempleo, ex art. 67. 1º y 2º prf.LC), así como al reenvío genérico a aquélla para integrar las lagunas del subsistema normativo laboral especial de la LC (art. 64.11). En cumplimiento de ese doble reenvío específico y genérico -en nuestro caso al art. 51 LET y el RPRE-, parece que el auto resolutorio del ERE concursal habría de tener el mismo carácter de autorización que tiene la resolución administrativa del ERE estatutario¹⁰⁵⁰, de lo que derivaría, a su vez, que los efectos extintivos no los produciría un auto carente de eficacia jurídica directa, sino el acto posterior del empresario-deudor o la administración concursal (según se trate de concurso voluntario o necesario) de materialización de las medidas extintivas aceptadas, ya que la intervención judicial aquí (y la administrativa en las reestructuraciones de plantilla extraconcursoales) no anula, ni siquiera desvirtúa, el hecho de que la facultad extintiva de los contratos de trabajo sigue residiendo en el empleador¹⁰⁵¹, aunque en caso de concurso necesario deba ejercitarla, por sustitución, la administración concursal en el marco de las medidas que ésta haya de adoptar para la continuidad de la actividad empresarial del deudor ex art. 44.3 LC. En este sentido, conviene recordar, así mismo, que conforme a la normativa comunitaria relativa a reestructuración empresarial por crisis (Directiva comunitaria sobre despidos colectivos), en tales supuestos el principio de libertad de empresa sigue

¹⁰⁵⁰ MONEREO PEREZ, JL: “Concurso y relaciones laborales...”, cit., pp. 28-29; CRUZ VILLALON, J.: “Despidos y suspensiones...”, pp. 549-550.

¹⁰⁵¹ En lo que atañe al ERE estatutario, vid, en este sentido, MONEREO PEREZ/FERNADEZ AVILES: “El despido colectivo...”, cit. pp. 182 y 224; ALBIOL MONTESINOS, I.: “Aspectos laborales...”, cit., pg. 73. La misma tesis mantiene la jurisprudencia, tanto a efectos privados [vid., entre otras, SSTs 22-02-91 (RJ 864), 8-03-99 (RJ 2126); STS (CA) 22-09-99 (RJ 7940)], como a efectos públicos de acceso a las prestaciones por desempleo [STSud 4-11-99 (RJ 9109); STS (CA) 12-02.2003 (Rec. 9510/97)].

rigiendo, al menos en las crisis extraconcursoales, lo que comporta que el empleador no queda desprovisto de sus poderes directivos. Aunque con todo, no puede soslayarse el dato de que proplamente las cosas puedan discurrir de otro modo en contexto de reestructuración concursal en el que el imperio de la lógica propia del concurso: la tutela de intereses plurales con prevalencia del de los acreedores, comporta una incisiva limitación de la libertad de empresa

Por otra parte, no parece definitivo el argumento de que un auto autorizante, análogo a la resolución administrativa estatutaria, se compadece mal con los principios y reglas propias de un proceso judicial, tanto más cuando se ha sostenido por doctrina de máxima autoridad en materia procesal que el procedimiento del art. 64 LC “no es en realidad un proceso”, sino que en él predomina una orientación administrativa que lo aproxima a las previsiones contenidas en el art. 51 ET y las agregadas reglamentariamente por el RD 43/1996¹⁰⁵².

A los argumentos de fondo expuestos a favor de la solución interpretativa que apuesta por el valor autorizante el auto, se suma un argumento de orden formal que conecta con el tenor literal de la LC que, en contra de lo que se ha dicho por alguna doctrina, no elude el término “autorización”, sino que más bien lo utiliza expresamente en el art. 64.9 LC al referirse a las medidas colectivas aceptadas (“autorizadas”, dice) en el auto del juez mercantil que resuelve el procedimiento. Por lo demás, la tesis del carácter autorizante del auto judicial resolutorio del procedimiento del art. 64 LC podría seguir manteniéndose, incluso – siguiendo el paralelismo con el modelo estatutario de regulación de empleo- cuando el procedimiento sea incoado por los representantes de los trabajadores en virtud de lo previsto en el art. 64.2 LC, puesto que la atribución legal de legitimación para hacerlo respondería a una opción jurídico-política de orden tuitivo y participativo orientada a “facilitar la generación del presupuesto legal habilitante para el ejercicio del poder empresarial de despedir”¹⁰⁵³.

¹⁰⁵² RIOS SALMERON, B.: “La nueva Ley Concursal y los trabajadores”, cit., pg. 145; MOLINER TAMBORERO, G.: “El recurso de suplicación en la Ley Concursal”, en VV.AA. : Resoluciones recurribles en suplicación, Lex Nova, Valladolid, 2005, pg. 206. Este último autor subraya, en este sentido, que el procedimiento, que se califica de “anomalía jurídica” se inicia con solicitud en lugar de con demanda y carece de fase de alegaciones y de periodo de práctica de pruebas.

¹⁰⁵³ Vid. esta postura respecto del modelo estatutario en MONEREO PEREZ/FERNANDEZ AVILES, op. cit., pg. 224; ALBIOL MONTESINOS, I.: “Regulación de plantillas laborales y despidos colectivos:

No puede sin embargo soslayarse la reflexión más arriba esbozada relativa a la vis atractiva de la lógica concursal de tutela de intereses plurales a este respecto. En efecto su incidencia marcadamente restrictiva de la operatividad del principio de libre empresa en el contexto del concurso –a diferencia de la dinámica propia de la crisis extraconcursal– y la consiguiente limitación incisiva de los poderes directivos del empleador puede abocar a que el enfoque deba variar y aceptándose la naturaleza decisoria y eficacia directa del auto judicial resolutorio del ERE concursal.

Por otra parte, hay que aceptar que la tesis del carácter autorizante de dicho auto resulta de más problemática aplicación *mutatis mutandi* a las particulares extinciones colectivas (dimisiones provocadas impropias) ex art. 64.10 LC, objeto central del estudio. En efecto, en este caso, como se dijo, la voluntad extintiva corresponde en todo caso a los trabajadores postulantes de la resolución y este presupuesto no queda desvirtuado por el hecho de que, integrado el supuesto de hecho del citado precepto, las resoluciones instadas por los trabajadores operen por sí mismas la incoación del ERE concursal o deban reconducirse al ya iniciado por cualquiera de los sujetos legitimados directamente para ello ex art. 64.2 LC. Desde este punto de vista, debería primar aquí la dinámica estatutaria marcada por los arts. 49.1. j) y 50 ET que son los preceptos que, al fin y al cabo, fundamentan la iniciativa extintiva de los trabajadores de la empresa concursada; conforme a ellos la facultad resolutoria corresponde a los trabajadores que, no obstante, habrán de hacerla valer solicitando, como en el modelo estatutario, la declaración judicial de la ruptura contractual. Desde esta perspectiva, su traslación, por imperativo de la LC, al procedimiento y competencia judicial concursales no podría conducir –como sucede con las otras extinciones colectivas solicitadas por el deudor-

práctica judicial”, AL, t. I, 1991, pg. 124. No se trata, sin embargo, de una solución doctrinalmente pacífica, vid. en contra, MONTOYA MELGAR, A.: “Aspectos de la Política de Empleo: (La nueva regulación de los “Expedientes de crisis””, CDT, nº 0, 1974, pg. 154, que pone de manifiesto las aporías del modelo en el supuesto de incoación del procedimiento por los trabajadores al subrayar que “si la autorización opera ...una remoción de los límites de ejercicio de un derecho propio del sujeto autorizado, derecho cuyo ejercicio se condiciona al permiso de la autoridad pública..., no se alcanza a comprender cómo puede hablarse de autorización para ejercitar un derecho que no se quiere hacer valer, a no ser que se llegue al absurdo de sostener que cuando los representantes de los trabajadores incoan el expediente de crisis lo que en realidad están haciendo es representar los derechos e intereses del empresario”. En el mismo sentido contrario al carácter autorizante de la resolución –administrativa y judicial, en caso de concurso- en este supuesto, vid. CRUZ VILLALON, J.: “Despidos y suspensiones...”, cit., pg. 550; DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Comentario al artículo 64”, cit., pg. 747.

empresario, la administración concursal o los representantes de los trabajadores- a una eventual “autorización” al empresario para que ejerza un poder resolutorio que en este concreto supuesto no sería el actuante, sino el poder resolutorio contractual atribuido al trabajador ante un incumplimiento empresarial ex art. 50 ET.

Con todo y como ya se adelantó, cabe una argumentación diversa conducente a fundamentar la tesis contraria de que el auto judicial mantendría su carácter y alcance autorizante también en esta hipótesis. Podría, en efecto, apelarse a la *vis atractiva* que el concurso ejerce sobre la institución resolutoria concretada en la técnica de colectivización ex art. 64.10 LC que, como se ha comentado, es la determinante de los cambios sustantivos y procedimentales que en ella se operan, y así aducir que su sometimiento a esta lógica colectiva implica su asimilación constitutiva *ex lege*, en todos sus términos, con las restantes extinciones colectivas identificables con la figura del despido colectivo. Esto implicaría que pese a que la facultad extintiva de los contratos residiera *ad origine* en el trabajador conforme al diseño del art. 50 ET, el juego de la colectivización la neutralizaría en atención del interés del concurso haciendo que opere simplemente como título de apertura del procedimiento ex art. 64 LC o de reconducción de las extinciones instadas por los trabajadores al previamente iniciado, y ello con el objeto de que, siguiendo el devenir del despido colectivo concursal y sometidas al filtro de la autorización judicial, sean definitivamente implementadas al arbitrio del empresario o la administración concursal junto al resto de las extinciones (y demás medidas colectivas acordadas).

En otras palabras, el art. 64.10 LC operaría una mutación del poder resolutorio contractual del trabajador, inicialmente actuante, a favor del poder resolutorio del empleador, de forma similar a lo que sucedería, según alguna doctrina, en el supuesto de incoación del ERE estatutario por los representantes de los trabajadores en el que la iniciativa de éstos sólo es un medio de facilitar el “cumplimiento del presupuesto legal habilitante para el ejercicio del poder empresarial de despedir”¹⁰⁵⁴.

¹⁰⁵⁴ Vid. MONEREO PEREZ/FERNANDEZ AVILES, op. cit., pg. 224; ALBIOL MONTESINOS, I.: “Regulación de plantillas laborales...”, cit., pg. 124.

Puede aducirse, todavía, un argumento más en apoyo de esta solución conectado ahora con una hermenéutica teleológica del art. 64 LC en su conjunto: desde este prisma finalista, el establecimiento por el precepto de un procedimiento único para la instrumentación de la reestructuración laboral de la empresa concursada revela el propósito del legislador de procurar un tratamiento unitario de las medidas laborales que requiera el concurso, lo que comportaría, bajo mi punto de vista, la naturaleza homogénea de la resolución judicial en orden a todas las medidas –sean modificativas, suspensivas y extintivas- que se acuerden, cuanto más respecto de las que sean de la misma tipología legal. En este entendimiento, del auto judicial que pone término al procedimiento no podría predicarse una naturaleza jurídica dual a base de diversificar su parte dispositiva con pronunciamientos meramente autorizantes respecto al despido colectivo (extinciones solicitadas por los sujetos legitimados ex art. 64.2 LC), junto a pronunciamientos “decisorios” de eficacia directa en lo atinente a las resoluciones postuladas por los trabajadores ex art. 64.10 LC.

Sea como fuere, si se prevalece la tesis de la naturaleza autorizante del auto judicial, resulta preciso, no obstante, distinguir entre el supuesto en que ésta recaiga tras un acuerdo colectivo entre la administración concursal y los representantes de los trabajadores, y el supuesto en que la resolución judicial no esté precedida de tal acuerdo a resultas de un fracaso de la negociación preceptiva ex art. 64.6 LC.

En la primera hipótesis, es claro que el acuerdo colectivo opera como condicionante del auto, en el sentido de predeterminar el pronunciamiento judicial que aparece, entonces, como un acto reglado sobre la base de la vinculabilidad del juez mercantil respecto de todos los términos del pacto, al igual de lo que sucede con la resolución administrativa precedida de acuerdo en ERE estatutario¹⁰⁵⁵. Esta es, justamente, la solución legal ex art. 64.7 LC que, en términos imperativos, conmina al juez en este caso a “aceptar” el acuerdo alcanzado limitando su función a un control de legalidad del pacto (comprobatoria de ausencia de vicios de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho) y sustrayéndole cualquier margen de discrecionalidad en orden a la

¹⁰⁵⁵ MONEREO PEREZ, J.L.: “Concurso y relaciones laborales...”, cit., pg.28; CRUZ VILLALON, J.: “Despidos...”, cit., pg. 543.

oportunidad del mismo en términos de respeto del principio constitucional de autonomía colectiva (art. 37.1 CE).

Abundando en esta idea se ha puesto de relieve, con acierto, que del mismo modo en que en el modelo estatutario de regulación de empleo el acto administrativo de ratificación del acuerdo colectivo de empresa logrado en la fase de consultas-negociación se asimila al registro de un convenio colectivo erga omnes, de forma que la eficacia vinculante la tiene dicho acuerdo por sí mismo, en el modelo concursal el auto que ratifique el acuerdo colectivo de reorganización productiva, alcanzado aquí por los administradores judiciales y los representantes de los trabajadores, cumplirá también una función meramente registral que no suplantarán la eficacia jurídica de aquél¹⁰⁵⁶. Pero aun en este caso, el poder de extinguir los contratos en el ERE estatutario corresponde siempre al empresario en virtud del principio constitucional de libre empresa (art. 38 CE)¹⁰⁵⁷, siendo él que pondrá en práctica la medida extintiva a su arbitrio salvo disposición en contra en el acuerdo colectivo alcanzado, por lo que, en paralelo, el auto judicial que “acepte” el acuerdo colectivo alcanzado en la fase de consultas del ERE concursal requerirá una ulterior actuación del empleador o de la administración concursal (por la vía de la sustitución en caso de concurso necesario) que implemente las medidas extintivas acordadas¹⁰⁵⁸.

En la segunda hipótesis –ausencia de pacto colectivo o de patología jurídica del mismo en el sentido del art. 64.7 LC¹⁰⁵⁹- las dudas se disipan en lo que respecta a las consecuencias de la valor autorizante del auto judicial resolutorio del procedimiento: la autoridad judicial deberá efectuar en este caso un juicio de razonabilidad y proporcionalidad de las extinciones propuestas a la vista de las causas alegadas y los objetivos que se persiguen y, sobre esa base, estimarlas o desestimarlas; pero en caso de estimarlas, será preciso un

¹⁰⁵⁶ En este sentido, CRUZ VILLALON, J.: “Despidos...” cit., pp. 543 y 549.

¹⁰⁵⁷ MONEREO PEREZ/FERNANDEZ AVILES: “El despido colectivo...”, cit., pg. 224.

¹⁰⁵⁸ ALBIOL MONESINOS, I.: Aspectos laborales..., cit., pg. 73; CRUZ VILLALON, J., op. cit., pp. 549-550.

¹⁰⁵⁹ En el supuesto de que el juez mercantil aprecie patología jurídica en el acuerdo colectivo, resolverá sobre las medidas objeto del procedimiento, previa declaración de nulidad del pacto. Aquí radica una de las pocas diferencias entre su intervención y la de la Administración en el ERE estatutario: ésta, de apreciar patología jurídica en el acuerdo se limitará a remitirlo al juez de lo social para que se pronuncie acerca de la nulidad devolviendo después el asunto a la Autoridad Laboral para que resuelva acerca de la autorización. Sin embargo, en el concurso el juez de lo mercantil será el que habrá de pronunciarse acerca de la nulidad del pacto y en caso de estimar su existencia el mismo es el competente para resolver acerca de la regulación de empleo. Vid. sobre esta cuestión CRUZ VILLALON, J., op. cit., pg. 543.

acto complementario del empresario o de la administración concursal, en los mismos términos apuntados con anterioridad en caso de acuerdo, para dotarlas de efectividad extintiva individualizada.

Si, en efecto, fuese precisa esta actuación ulterior para la producción de efectos extintivos individualizados de la medida colectiva autorizada por el juez mercantil, conviene precisar cuál sería el sujeto con legitimación al respecto: ¿el empresario-deudor o la administración concursal?

Alguna doctrina se ha pronunciado expresamente sobre esta cuestión en el sentido de atribuir esta facultad exclusivamente a la administración concursal cualquiera que sea el tipo –voluntario o necesario- de concurso declarado, solución que busca fundamento en la relegación absoluta del empresario como interlocutor en la fase de consultas-negociación (art. 64. 5 y 6 LC); una opción que unida al intenso control que, en cualquier caso, están llamados a ejercer los administradores judiciales, incluso sobre los actos de gestión laboral ordinaria, serían datos reveladores, para esta doctrina, del propósito legal de desposeer en general al deudor de los poderes que le son propios en la reestructuración de plantilla extraconcursal¹⁰⁶⁰. Si esta solución resulta de todo punto aplicable al concurso necesario, en lo concerniente al concurso voluntario cabe, sin embargo, sostener una interpretación distinta favorable a la capacidad de decisión del empleador en orden a la materialización individual de las extinciones acordadas¹⁰⁶¹ con la fundamentación jurídica que se expone a continuación.

En efecto, la declaración de concurso comporta un control judicial del empresario-deudor ejercido por la administración concursal sobre los actos propios del giro o tráfico de la actividad empresarial, entre los que se encuentran desde luego los actos de gestión laboral, de conformidad con lo establecido en el art. 44 LC, si bien es cierto que el grado de control es muy distinto según se trate de concurso voluntario o necesario. En el primer caso, el deudor conserva las facultades de disposición sobre su patrimonio, incluida la empresa, quedando sometido a una mera “intervención” en su ejercicio que se concreta en la necesidad de autorización o “conformidad” de la administración

¹⁰⁶⁰ Vid. CRUZ VILLALON, J., op. cit., en especial pp 538 y 550.

¹⁰⁶¹ En esta línea, pero sin desarrollo argumental, vid. RODRIGUEZ-PIÑERO, M.: “La Ley Concursal y el contrato de trabajo...”, cit., pg.430, nota 70.

concurzal que, incluso, puede limitarse a otorgar una autorización genérica a los actos de gestión empresarial (art. 40.1 en relación con el art. 44.2 LC). En caso de concurso necesario, por el contrario, el control es de mayor intensidad, ya que comporta la suspensión de las facultades de gestión del deudor a favor de la administración concursal que aquí *sustituye* al empresario a todos los efectos y, en particular, en el ejercicio de los poderes inherentes a la gestión laboral ordinaria y extraordinaria de la empresa necesarios para asegurar la continuidad de la actividad productiva (arts. 40.2 y 44.3 LC).

Conforme al marco legal descrito, en el supuesto de concurso voluntario la legitimación negocial atribuida legalmente, con carácter exclusivo y excluyente, a la administración concursal en la fase de consulta-negociación, no va más allá de lo que estrictamente representa: la relegación del empleador en materia negocial de medidas laborales colectivas que en este particular ámbito queda sustituido por aquélla, pero no supone la sustracción de sus restantes poderes de gestión de la reestructuración de la plantilla entre los que encajaría, sin mayor problema, el de materialización e individualización de las extinciones que se acuerden por pacto colectivo o, en su defecto, por el juez de lo mercantil. Buena prueba de que ello es así, es el reconocimiento expreso de legitimación legal al empresario para incoar el procedimiento (art. 64.2 LC) mediante la solicitud de las medidas laborales que considere necesarias para la continuación de la actividad empresarial y funcionalmente orientadas a asegurar la viabilidad de la empresa y el empleo, correspondiéndole, así, la determinación de las causas motivadoras y la aportación de una justificación de la relación causa-efecto entre éstas y las medidas y su funcionalidad respecto de los objetivos pretendidos (art. 64.4 LC)¹⁰⁶².

Se trata además de una competencia que no debe ser trivializada atribuyéndole un valor meramente instrumental de puesta en marcha del

¹⁰⁶² Por cierto, que aunque nada especifique el art. 64.2 LC en este sentido, una interpretación conjunta y sistemática de este precepto en relación con el art. 44 LC, conducen al resultado de que la legitimación empresarial para la incoación del procedimiento sólo procederá en contexto de concurso voluntario (previa autorización de la administración concursal) y no en caso de concurso necesario en donde la suspensión de las facultades del deudor y su sustitución por la administración concursal alcanza a todas “las medidas necesarias para la continuación de la actividad empresarial ex art. 44.3 LC. En contra, CRUZ VILLALON, J., op. cit., pg. 531; DE LA PUEBLA PINILLA, A, op. cit., pg. 732, que sostienen que el silencio del primer precepto, permite inferir que la legitimación la ostenta en cualquier tipo de concurso, incluso en el necesario, pese a la suspensión de las facultades de disposición del deudor.

procedimiento¹⁰⁶³, puesto que, bien mirado, el contenido de esa solicitud o *petitum* en orden a las medidas propuestas, causas alegadas y objetivos perseguidos, va a actuar como condicionante, caso de no alcanzarse acuerdo colectivo, del sentido –autorizante o denegatorio- de la resolución del juez del concurso, que en virtud del principio de congruencia deberá pronunciarse exclusivamente sobre las medidas solicitadas autorizándolas o no, total o parcialmente, sin que pueda proponer otras alternativas; pero además, lo que aún es más importante, el pronunciamiento judicial en sentido estimatorio o desestimatorio de la autorización va a depender de la acreditación de la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas y su funcionalidad en orden a los objetivos de continuidad y viabilidad empresarial, circunstancias todas ellas que tratará de justificar el solicitante –en este caso al empresario- no sólo en la propia solicitud, sino en el plan social que imperativamente deberá acompañarla en caso de empresas de más de 50 trabajadores ex art. 64.5.2º LC.

Siguiendo con la tesis del carácter de “autorización pública judicial”¹⁰⁶⁴ del auto resolutorio del ERE concursal, se abre el dilema de si éste podrá tener una formulación abstracta en la línea de la resolución administrativa del expediente extraconcursal¹⁰⁶⁵ o, si por el contrario exige una formulación concreta de su parte dispositiva. El problema interpretativo reside, en otras palabras, en determinar si se requiere que el pronunciamiento judicial incluya una relación nominativa de los trabajadores afectados por la extinción y demás elementos individualizadores de la extinción colectiva acordada.

Esta cuestión ya ha sido abordada extensamente con anterioridad al hilo de dilucidar cuál debería ser el instrumento de reconocimiento y título de pago de las indemnizaciones correspondientes a los trabajadores cuyos contratos se extinguen, por lo que baste ahora con recordar que el tema no es pacífico en la doctrina y traer de nuevo a colación las dos posturas en torno a las que ésta se divide: la mayoritaria, que sostiene la necesidad de concreción singularizada de las extinciones colectivas en el auto judicial condicionado en este sentido por el

¹⁰⁶³ En este sentido CRUZ VILLALON, J., op. cit., pg. 531; DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Comentario..”, cit., pg. 732.

¹⁰⁶⁴ Parafraseando a MONEREO: “Concurso...”, cit. pg. 29

¹⁰⁶⁵ Vid., por todas, STS 19-07-1999 (La Ley Iuris 10225/99)

carácter nominal y concreto de la solicitud iniciadora del procedimiento¹⁰⁶⁶ y la minoritaria, en la que confluyen dos corrientes que con diversos fundamentos llegan a la conclusión de que el legislador concursal ha optado por un modelo opcional con dos alternativas por las que puede decantarse, potestativamente, el juez mercantil al dictar el auto resolutorio: formulación abstracta de las extinciones aceptadas, en paralelo a lo que es habitual en la resolución administrativa del ERE estatutario, o formulación concreta en el sentido antes mencionado¹⁰⁶⁷.

Sin ánimo de reproducir aquí los argumentos que sustentan cada una de estas dos posiciones doctrinales, sí que resulta conveniente funcionalizar la respuesta al problema suscitado en orden a la búsqueda de la solución más ajustada técnicamente al supuesto específico de las extinciones colectivas ex art. 64.10 LC y, en este sentido, no es posible soslayar el impacto de los preceptos contenidos en los arts. 64.8.2^o y 84.2.5^o segundo inciso LC a este respecto.

El primero, como se sabe, orienta imperativamente contra el auto judicial resolutorio del procedimiento, encauzándolas por el incidente laboral, a las acciones individuales de los trabajadores basadas en sus discrepancias acerca de la incidencia en su relación laboral de la extinción colectiva acordada. Ello presupone la formulación concreta de dicho auto, salvo que se trate de una técnica de reforzamiento de la competencia jurisdiccional del juez mercantil que, sin prejuzgar el carácter del contenido del auto – es decir, independientemente de que, al arbitrio del juez del concurso, sea abstracto o concreto en lo relativo a las medidas extintivas autorizadas-, ordena la formulación de aquéllas acciones contra la resolución judicial en lugar de contra la decisión posterior que debiera realizar ulteriormente el empresario o la administración concursal para la materialización y concreción individualizada de

¹⁰⁶⁶ CRUZ VILLALON, J., op. cit., pg. 536 y 550; DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Comentario...”, cit., pp. 736 y 746; ALBIOL MONTESINOS, I.: “Aspectos laborales...”, cit., pp. 65 y 73.

¹⁰⁶⁷ RIOS SALMERON, B.: “La nueva Ley Concursal...”, cit. pg. 144; FERNANDEZ LOPEZ, M.F.: “Delimitación de competencias ...”, cit., pg. 33. Esta autora aun aceptando que se trata de la solución interpretativa más prudente, subraya sus inconvenientes que residen, a su juicio, en que atribuye indirectamente al juez del concurso la competencia para acordar extinciones concretas, desbordando el ámbito competencial que los arts. 8.2 LC y 86 *ter* 2 LOPJ le reconocen. Por eso aboga por la conveniencia de autos que se pronuncien sobre las extinciones colectivas en abstracto, dejando la concreción de trabajadores y materialización de efectos a la administración concursal.

la extinción contractual cuando se tratase de una resolución abstracta ¹⁰⁶⁸, supuesto en que, de no existir tal mandato legal, las acciones serían de despido y de competencia del orden social. Por su parte, del art. 84.2.5º *in fine* LC, tal y como se comentó, determina que las indemnizaciones anudadas a las extinciones colectivas acordadas en el procedimiento se reconocerán en el propio auto cuya fecha determinará la de su vencimiento a efectos de pago, lo que implica necesariamente una resolución concreta, al menos en lo que a extinción colectiva se refiere, puntualizando sus efectos sobre cada trabajador.

De este modo, si bien el art. 64.8.2º LC, pese a sus términos imperativos, dejaría abierta la posibilidad de una resolución abstracta en los términos más arriba comentados, el segundo precepto (art. 84.2.5º LC), no parece dejar resquicio alguno en tal sentido apuntando unidireccionalmente hacia una resolución concreta con efectos jurídicos extintivos directos sobre las relaciones individuales de trabajo, solución aplicable a todas las extinciones colectivas acordadas –las identificables con la noción de despido colectivo, así como las dimisiones provocadas reconvertidas *ex lege* en extinciones colectivas ex art. 64.10 LC- en cumplimiento del principio de tratamiento unitario y homogéneo que preside el procedimiento de regulación de empleo en el concurso en lo atinente a las medidas que constituyen su objeto.

2.5 Las impugnaciones del auto judicial resolutorio del procedimiento de regulación de empleo concursal

El auto resolutorio del procedimiento de regulación de empleo dictado por el juez del concurso podrá ser objeto de impugnación a través de dos cauces diversos previstos en el art. 64.8 LC. El primer apartado del precepto (art. 64.8.1 LC) establece la posibilidad de impugnación del auto a través del recurso de suplicación (y demás recursos previstos en la LPL), cuya competencia se atribuye a la jurisdicción social¹⁰⁶⁹. El segundo cauce de

¹⁰⁶⁸ Vid. MOLINER TAMBORERO, G.: “Las competencias del Juez Mercantil y del orden social de la jurisdicción tras la reforma concursal”, en VV.AA.: La reforma concursal: Aspectos laborales y de Seguridad Social (García Perrote Escartín, coord.), Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 72-77.

¹⁰⁶⁹ En el mismo sentido, art. 197.7 LC. Vid. la concordancia de los arts. 188.1 y 189.5 LPL en su nueva redacción dada por la DF 15 LC que declaran la recurribilidad en suplicación de los autos y sentencias dictadas por el juez del concurso que resuelvan cuestiones de naturaleza laboral.

impugnación del auto resolutorio del procedimiento es el incidente concursal “laboral” ex art. 195 LC, cuya competencia corresponde al propio juez mercantil al que corresponde resolver mediante sentencia recurrible en suplicación, también ahora ante los órganos jurisdiccionales del orden social (art. 64.8.2^o LC)¹⁰⁷⁰

Pese a la aparente claridad del precepto, lo cierto es que plantea numerosos problemas interpretativos en orden al ámbito material de estos procedimientos impugnativos, sujetos legitimados y efectos de su interposición respecto a las medidas colectivas objeto del auto judicial recurrido, para los que habrán de buscarse, por lo que aquí interesa, soluciones funcionalmente orientadas al supuesto de las resoluciones contractuales del art. 64.10 LC.

La primera cuestión a resolver se refiere a la determinación de la competencia jurisdiccional para conocer de las acciones que tengan por objeto las discrepancias de los trabajadores postulantes de la resolución de sus contratos respecto a la decisión del juez mercantil de desestimar la extinción solicitada. A este respecto, parece claro, que los datos legales expresos y la argumentación interpretativa desgranada con anterioridad, conducen a la conclusión de que en este caso el objeto de la impugnación es el auto del juez mercantil que, por propia decisión o en ratificación del acuerdo entre la administración concursal y los representantes de los trabajadores, rechazase la pretensión extintiva del trabajador. Se tratarían, por tanto, de acciones residenciadas en el art. 8.2^o LC atribuidas a la competencia del propio juez del concurso y en ningún caso al orden social. Hecha esta precisión, ha de abordarse ahora una segunda cuestión: ¿por cuál de las dos vías de impugnación del auto del juez mercantil previstas en el art. 64.8 LC habrían de encauzarse las acciones de los trabajadores discrepantes con la desestimación de su demanda de resolución contractual formulada al amparo del art. 50.1.b) ET, pero colectivizada conforme a la prescripción del art. 64.10 LC?

2.5.1 La impugnación del auto vía “incidente concursal laboral” y las resoluciones contractuales impropias ex art. 64.10 LC

¹⁰⁷⁰ La competencia para resolver el recurso de suplicación, en ambos casos, corresponderá a la Sala Social del TSJ

Ante el dilema interpretativo atinente a la determinación de cuál de las dos vías impugnativas previstas en el art. 64.8 LC sería la idónea para encauzar las acciones impugnativas que los trabajadores postulantes de la resolución contractual deseen formular en base a su desestimación, o su discrepancia acerca de la indemnización fijada de ser aceptada la extinción, una de las alternativas que nos ofrece el precepto y aparentemente la más apropiada a las circunstancias de la acción ejercitada aquí por el trabajador es el incidente laboral, pero, con todo, la aportación de una fundamentada respuesta a esta importante cuestión obliga a una remisión al debate doctrinal relativo al ámbito de cognición de dicho incidente previsto en el art. 64.8.2º LC.

Así, para algún autor el incidente no abarca las discrepancias de los trabajadores individuales relativas a las medidas (en nuestro caso extintivas) aceptadas o decididas por el juez, sino las que versen sobre las circunstancias de la relación laboral del concreto trabajador tenidas en cuenta para la adopción de las medidas colectivas que fueran inexactas y perjudiciales, de lo que, *sensu contrario*, se infiere que la impugnación de los efectos singulares de la extinción por parte de los empleados afectados habría de discurrir por el recurso de suplicación previsto en el párrafo primero del mismo art. 64.8 LC¹⁰⁷¹.

Para otros, sin embargo, el objeto del incidente lo serían las impugnaciones que los trabajadores afectados formulen contra las medidas aceptadas por el juez con la pretensión de su anulación individualizada en lo que a cada uno de ellos respecta y siempre que el auto concrete a los afectados, ya que en caso contrario –formulación abstracta del auto-, las discrepancias en torno a las extinciones y sus efectos indemnizatorios deberían dirigirse contra el acto del empresario o la administración concursal que las concreta y ventilarse ante el orden social¹⁰⁷².

¹⁰⁷¹ Esta es la conclusión a la que llega DESDENTADO BONETE, A., op.cit, pg. 447 a partir de la interpretación por la que aboga RIOS SALMERON, B.: “La nueva Ley Concursal..”, cit., pg. 146, a este respecto.

¹⁰⁷² MOLINER TAMBORERO, G.: “Comentario al art. 86.2 LORC, en VV.AA., Comentarios a la reforma concursal, Lex Nova, cit. Posteriormente, el mismo autor se replantea esta solución e interpreta que el art. 64.8.2º LC orienta imperativamente las discrepancias de los trabajadores contra los efectos individuales de las medidas colectivas aceptadas por el auto, independientemente de la concreción o no en el mismo de los trabajadores afectados, formulación que quedaría a opción del juez mercantil. “Las competencias del Juez Mercantil y del orden social de la jurisdicción tras la reforma concursal”, en VV.AA.: La reforma concursal: Aspectos laborales y de Seguridad Social (García Perrote Escartín, coord.), Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 72-77.

Existe, por fin, otra postura doctrinal, que parece las más convincente dados los términos literales de la norma, según la cual lo recurrible por la vía del incidente concursal, al que reenvía el art. 64.8.2^o LC, será la dimensión o efectos individuales de las medidas extintivas (y modificativas o suspensivas) acordadas, en tanto que la impugnación de la “dimensión colectiva” de dichas medidas discurriría directamente por el recurso de suplicación del apartado 1^o del mismo precepto. De este modo, en el primer caso los legitimados para la impugnación lo serían los trabajadores individuales afectados, mientras que en el segundo, correspondería a los sujetos participantes en la instancia – la administración concursal y los representantes de los trabajadores, en este caso-, conforme a la regla general del art. 192.1 LPL (de aplicación supletoria)¹⁰⁷³.

Ya se han puesto de relieve en el apartado anterior, por lo que sería reiterativo e innecesario reproducirlos ahora, los múltiples problemas de orden técnico suscitados por el art. 64.8.2^o LC y las críticas que ha merecido por parte de la doctrina que le reprocha su oscuridad y falta de técnica legal¹⁰⁷⁴, pero, en todo caso, conviene insistir en el hecho de que cualquiera que sea la solución hermenéutica por la que se opte acerca de la controvertida naturaleza jurídica –decisoria o autorizante– del auto, resulta indiscutible que aquél contiene un mandato imperativo en orden a que las acciones que los trabajadores quieran ejercitar para ventilar las discrepancias surgidas en torno al alcance individual de las medidas extintivas colectivas (o modificativas o suspensivas) acordadas, esto es, en relación con los efectos sobre su respectiva relación laboral, deben dirigirse contra dicho auto y viabilizarse a través del incidente laboral cuya competencia corresponde al juez mercantil¹⁰⁷⁵.

¹⁰⁷³ En este sentido, vid. DESDENTADO BONETE, A.: “La reforma concursal y el proceso social. Una primera aproximación”, RL, 2003 II, pp. 447-448; CRUZ VILLALON, J., op. cit., pg. 548; ALBIOL MONTESINOS, I.: “Aspectos laborales..”, cit., pp. 86-95.

¹⁰⁷⁴ Vid. las críticas de RIOS SALMERON, B., op. cit., pg. 146 y FERNANDEZ LOPEZ, M.F., op. cit., pp. 32-33.

¹⁰⁷⁵ Esta es la interpretación mantenida en la doctrina judicial social de suplicación, vid. STSJ País Vasco 6-02-2007 (AS 1241), para la que: “los trabajadores directamente implicados en el expediente carecerán de legitimación para recurrir el auto que le pone fin, salvo que hayan sido admitidos como parte, y sólo podrán combatirlo en aquellos aspectos estrictamente referidos a su relación jurídica individual a través del cauce específico regulado en el artículo 195, es decir, promoviendo un incidente concursal laboral, en el que podrán defender sus derechos e intereses individuales y que se resolverá mediante sentencia que podrán recurrir en suplicación”.

Se trata de una solución legal que parece excluir de plano la posibilidad de que tales acciones se formulen contra las eventuales decisiones que el empresario o la administración concursal hubieran de adoptar, en su caso, para la materialización individual de la extinción colectiva acordada en abstracto en el auto que, de otro modo, se inscribirían en el ámbito competencial de la jurisdicción social, de forma análoga a lo que sucede en el contexto del ERE estatutario¹⁰⁷⁶. Si esta técnica excluyente de la competencia del orden social de la jurisdicción busca entroncar -aún a riesgo de desbordar el ámbito reservado al juez de lo mercantil ex art. 8.2 LC y 86.2 *ter* LOPJ¹⁰⁷⁷- en la lógica relativamente “mercantilizadora” por la que en el plano jurídico-político opta el legislador concursal, resulta en cierto modo aporética la solución legal de que la sentencia del juez del concurso que resuelva el incidente laboral sea recurrible en suplicación, precisamente en el orden jurisdiccional social desplazado en instancia.

Por cierto, que en esa misma racionalidad jurídica mercantilizadora a la que antes se aludía, se inscribiría también la decisión de vedar a los trabajadores el acceso directo al recurso de suplicación ante el orden social ex art.64.8.1º LC para la impugnación de los efectos individuales del auto, así como para dirigirse contra aspectos de la vertiente colectiva de las medidas aceptadas, que sólo podrían ser objeto de acciones colectivas por parte de la administración concursal o los representantes de los trabajadores¹⁰⁷⁸. En lo que respecta a esta segunda hipótesis impugnativa (que iría dirigida a ventilar discrepancias de los trabajadores individuales acerca del plano colectivo de las medidas del auto), la solución de la falta de legitimación de los trabajadores individuales se deduciría, por un lado, del hecho de que no detentarían intereses colectivos y, por otro lado, *sensu contrario*, del art. 192.1 LPL y su jurisprudencia interpretativa que supeditan la legitimación para la suplicación a

¹⁰⁷⁶ En el ERE estatutario, la jurisdicción social se declara incompetente a favor de la contencioso-administrativa cuando la resolución autorizante es concreta, al entender que en tal caso la carta de despido del empresario no es más que una mera instrumentación del cese acordado por la Administración. Por el contrario se declara competente, en el caso de resolución administrativa sea abstracta al considerar que el acto empresarial es el que produce los efectos extintivos. En este sentido, vid. STS (Social) 19-07-1999 (RJ 5278); STSud 4-11-1999 (RJ 9109); 12-02-2003 (Rec. 9510/1997).

¹⁰⁷⁷ Vid. en este sentido, FERNANDEZ LOPEZ, M.F., op. cit., pg. 33, nota 20.

¹⁰⁷⁸ DESDENTADO BONETE, A, “La reforma concursal...”, cit., pg. 448, con cita de MOLINER TAMBORERO, G.

la participación en instancia y, como se sabe, aquéllos carecen de participación alguna en el procedimiento ex art. 64 que resuelve el auto¹⁰⁷⁹.

Así las cosas, se abre entonces el problema de la, al menos aparente, ausencia de cauce procesal, a partir de las previsiones de la LC, para viabilizar las acciones individuales de impugnación del auto inducidas por el elemento causal de las medidas extintivas acordadas: esto es, las pretensiones individuales de declaración de injustificación de las mismas (conectadas, por tanto, con la dimensión colectiva de las medidas del auto— que, como se sabe, en contexto extraconcursal se viabilizan por el proceso especial del art. 138 LPL ante el juez social (respecto a modificaciones sustanciales) y contra la resolución administrativa autorizante de las suspensiones y extinciones colectivas, ante el orden contencioso-administrativo—. El problema deriva de que, por una parte, no se tratarían de acciones sobre cuestiones concernientes estrictamente a la relación individual del demandante que según la LC serán objeto del incidente laboral (art. 64.8.2^o LC) y por otra parte, no tendrían cabida en el recurso de suplicación del art. 64.8.1^o LC por las razones argüidas.

Lo que en todo caso queda claro es la incompetencia del juez social al respecto, dado que nos situamos ante acciones contra medidas extintivas acordadas en el auto del juez mercantil y por tanto de acciones impugnativas de dicha resolución judicial. Situados, pues, ante impugnaciones del auto del juez del concurso ha de buscarse un cauce procesal dentro de la LC para viabilizarlas, ya que de otro modo nos enfrentaríamos a un problema de afectación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ex art. 24 CE. Desde esta perspectiva, son compartibles los argumentos que sustentan la tesis de la posibilidad de que los trabajadores individualmente afectados por el auto puedan recurrirlo directamente en suplicación “impugnando su validez y/o

¹⁰⁷⁹ En este sentido, MOLINER TAMBORERO, G.: “El recurso de suplicación en la Ley Concursal”, en VV.AA: Resoluciones recurribles en suplicación”, Lex Nova, Valladolid, 2005, pg. 207; BAJO GARCIA, I.: “En torno al recurso de suplicación frente al auto de extinción colectiva de contratos de trabajo en procedimiento concursal”, AS, n^o 17, 2006. Sorprendentemente, sin embargo, la STSJ Cataluña 27-09-2005, cit. resuelve el recurso de suplicación formulado directamente contra el auto por los trabajadores afectados por medidas extintivas, sin pronunciarse acerca de su falta de legitimación. En contra, rechazando la legitimación procesal de los trabajadores individuales para el recurso de suplicación contra el auto, la más reciente STSJ País Vasco 6-02-2007 (AS 1241), aunque pese a ello entre en el enjuiciamiento de la materia objeto del recurso por razones de tutela judicial efectiva: “ A tenor de lo expuesto, es forzoso concluir que los trabajadores recurrentes, que no tuvieron la condición de parte en el expediente, carecen de legitimación para recurrir en suplicación el auto que lo resuelve, y menos aún para instar su modificación con el alcance postulado, comprensivo de todos los trabajadores incluidos en el expediente, y con incidencia negativa en las prestaciones por desempleo”.

procedencia...., por razones de índole general, en forma similar a como lo pudiera hacer la representación legal de los trabajadores”: se trata de una decisión judicial que afecta a su relación laboral, lo que les facultaría para intervenir mientras esté en curso el proceso conforme a la aplicación supletoria del art. 13.1 LEC que indirectamente confirma la previsión del art. 184.4 LC.¹⁰⁸⁰

Retomando el problema inicial, de conformidad con las premisas establecidas en torno al ámbito cognitivo del incidente laboral, habrá de determinarse si podrá ser este el cauce procesal adecuado para viabilizar las acciones que ejerciten los trabajadores postulantes de las resoluciones contractuales al amparo del art. 50.1.b) ET, colectivizadas por imperativo de la LC, cuando discrepen de la desestimación de la resolución o, en caso de aceptación, del *quantum* indemnizatorio acordado o de las circunstancias atinentes a su relación laboral tenidas en cuenta para su determinación.

Pues bien, pese al silencio del art. 64.10 LC sobre el particular, hay que dejar sentado, en primer lugar, que se tratarían de impugnaciones de la resolución del juez del concurso y, por consiguiente, identificables con las acciones sociales que el art. 8.2º LC atribuye a la competencia exclusiva y excluyente del juez mercantil. Por otra parte y en segundo lugar, acogiendo la última de las tesis expuestas en orden al ámbito material del incidente concursal en materia laboral, la solución hermenéutica que debe prevalecer a la luz del art. 64.8 LC es que en el caso de que la impugnación la realicen los trabajadores individuales disconformes con la desestimación de la resolución contractual instada, o con la cuantía indemnizatoria, o los criterios para su determinación acordados en el auto (de ser estimadas sus pretensiones extintivas), el cauce impugnativo debe serlo el incidente laboral al tratarse de acciones de los trabajadores contra el auto acerca de “cuestiones referidas estrictamente a su relación jurídica individual”, es decir, las que el segundo párrafo del precitado art. 64.8 LC reconduce al llamado incidente laboral ex art. 195 LC. Y esto debe ser así, no sólo por tratarse de la solución que mejor se compadece con la interpretación literal del primer precepto, sino porque esta vía impugnativa constituye un medio relativamente inmediato – si excluimos el del recurso de suplicación directo ante el orden social- de garantizar el derecho de defensa de los afectados y con ello la plena efectividad del derecho

¹⁰⁸⁰ Vid. DIAZ DE RABAGO VILLAR, M., “El recurso de suplicación...”, cit..

fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) de los trabajadores para los que, no se olvide, el procedimiento de regulación de empleo concursal no prevé expresamente trámite de audiencia¹⁰⁸¹.

De todos modos, no puede ignorarse el hecho de que una mayor inmediatez en la tutela judicial de los trabajadores en este ámbito procurada, además, por el orden social -que podría considerarse de algún modo la jurisdicción natural, dado el objeto litigioso-, se hubiera conseguido si el legislador concursal hubiese posibilitado su acceso directo al recurso de suplicación del primer párrafo del art. 64.8 LC como vía de ejercicio de sus pretensiones individuales –es decir las basadas en razones exclusivamente referidas a su relación individual- contra las decisiones del auto¹⁰⁸². Una opción, por cierto, que no entraría en contradicción con las exigencias de legitimación del art. 192.1 LPL, no sólo en base a los argumentos ya aducidos con carácter general que apelan a la aplicación supletoria de la LEC (art. 13.1) y el art. 184.4 LC, sino a los específicos aducibles en el particular supuesto de impugnación del auto por trabajadores postulantes de resolución contractual ex art. 64.10. En efecto, en este caso concreto puede considerárseles, además, sujetos intervinientes en la fase de instancia al haber instado individualmente las resoluciones contractuales que muy bien pudieron iniciar el procedimiento de regulación de empleo o simplemente determinaron su reconducción al ya iniciado por la solicitud paralela por parte del empresario-deudor, la administración concursal o los representantes de los trabajadores ex art. 64.2 LC de medidas colectivas diversas de reestructuración de la plantilla de la empresa concursada.

Pero en todo caso y a pesar de las ventajas que ello hubiera comportado, no ha sido esa la opción del legislador que, como se ha dicho, se ha decantado por orientar imperativamente las acciones individuales de los trabajadores contra los efectos del auto en su relación de trabajo al

¹⁰⁸¹ Cabría, no obstante, con fundamento en la impronta administrativa del procedimiento y al valor supletorio de la legislación laboral general ex art. 64.11 LC apelar a la aplicación del art. 10 RD 43/1996 de desarrollo reglamentario del art. 51 ET, que contempla la audiencia de los interesados en paralelo a lo previsto en el procedimiento administrativo común (art. 84 Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Vid. en este sentido, RIOS SALMERON, B.: “La nueva Ley Concursal...”, pg. 145.

¹⁰⁸² Para un crítica de esa imposibilidad legal, vid, FERNANDEZ LOPEZ, M.F.: “Delimitación de competencias..”, cit., pg. 33.

procedimiento del incidente laboral¹⁰⁸³, sin perjuicio de que la sentencia del juez mercantil resolutoria del incidente sea recurrible en suplicación ante el orden social, como expresamente reconoce el art. 64.8.2º *in fine*. Sin embargo nada se dice, ni en el art. 64.8.2º, ni en el art. 195 LC, acerca de plazos de ejercicio de dichas acciones, lo que determina una laguna legal que habrá de integrarse, tal y como advierte la doctrina, con la aplicación de la legislación laboral ordinaria, supletoria de conformidad con lo previsto en el art. 64.11 LC, que, no obstante, plantea la duda, no resuelta por la doctrina, de si remite a los plazos previstos en el art. 59 ET según cual sea la materia que constituya el objeto de la pretensión -esto es el de caducidad de 20 días para los despidos y medidas de modificación sustancial-, o bien al plazo al que se refiere el art. 51.13 ET para el recurso contra la resolución administrativa del ERE extraconcursal¹⁰⁸⁴.

Aquí interesa, en particular, la determinación del plazo de ejercicio cuando la pretensión ejercitada por el trabajador contra el auto vaya referida al rechazo de la resolución contractual por él postulada, o, en caso de aceptación de la misma, la relativa a la disconformidad con los criterios tenidos en cuenta acerca de la cuantía de indemnización vinculada. En tal supuesto, el problema se complica puesto que, bien mirado, ejercitada la acción resolutoria con fundamento en el art. 50.1.b) ET ante el juzgado de lo social, dentro del plazo general del art. 59.1 ET que la jurisprudencia interpretativa del primer precepto le anuda, la acción impugnativa del trabajador contra el auto del juez mercantil a través del incidente se aproxima a estos efectos al recurso de suplicación que en contexto extraconcursal se podría formular contra la sentencia de instancia desestimatoria de la pretensión extintiva del trabajador¹⁰⁸⁵. Partiendo de esta asimilación, se podría postular incluso una tercera solución interpretativa en torno al plazo a añadir a las dos anteriores: se trataría de aplicar el de cinco

¹⁰⁸³ Otra cosa es que, acogiendo la tesis de la necesaria actuación del empresario-deudor o la administración concursal para hacer efectivas individualmente las extinciones (y restantes medidas colectivas) “autorizadas” por el juez mercantil, las acciones de los trabajadores contra el cese tuvieran que ventilarse ante la jurisdicción social en los supuestos de que la parte dispositiva del auto optase por una formulación abstracta; vid., en este sentido, ALBIOL MONTESINOS, I., Aspectos..., pg. 73.

¹⁰⁸⁴ ALBIOL MONTESINOS, I., “Aspectos...”, cit., pg. 98; DE LA PUEBLA PINILLA, A., “Comentario..”, cit., pg. 751.

¹⁰⁸⁵ También en el sentido de poner de relieve la similitud entre el incidente laboral y el recurso de suplicación regulado en los arts. 188 y ss. LPL, vid. DIAZ DE RÁBAGO VILLAR, M.: “El recurso de suplicación previsto en la Ley Concursal”, AS, nº 17, 2003, que para el autor le sirve de “principio inspirador” al régimen singular configurado en el art. 195 LC

días que el art. 192.1 LPL establece para el recurso de suplicación, contados, aquí, a partir de la fecha de notificación del auto del juez del concurso resolutorio del procedimiento de regulación de empleo que contenga los pronunciamientos sobre las extinciones solicitadas por los trabajadores.

Ante la disyuntiva planteada por estas tres soluciones interpretativas, el perentorio plazo de cinco días, por analogía al plazo del recurso de suplicación ex art. 192.1 LPL, sería la que mejor casa con el principio de celeridad procesal, de particular incidencia en el nuevo procedimiento concursal, aunque, por otra parte, la reformulación de la figura resolutoria del art. 50.1.b) ET operada por el nuevo régimen jurídico concursal en términos de asimilación *ex lege* (art. 64.10 LC) al despido colectivo constituye, a mi entender, un argumento de mayor peso en orden a concluir que el plazo aplicable debería serlo el correspondiente, *mutatis mutandi*, al recurso contra la resolución de la Autoridad laboral en el modelo estatutario del ERE. Sin embargo, la doctrina más reciente apuesta por el plazo de caducidad del art. 59.3 ET al tratarse de acciones laborales impugnativas de la decisión extintiva y no de recursos administrativos¹⁰⁸⁶.

Finalmente, LC establece que el propio juez del concurso resuelve el incidente mediante sentencia que será recurrible por los trabajadores en suplicación y por medio del resto de los recursos previstos en la LPL, ahora ya ante los órganos jurisdiccionales del orden social (arts. 64.8.2^o *in fine* y 197.7 LC).

2.5.2 La impugnación del auto del juez mercantil vía recurso de suplicación. El recurso de suplicación concursal y las resoluciones contractuales impropias ex art. 64.10 LC

Llegados a la conclusión de que los trabajadores postulantes de las extinciones colectivas impropias del art. 64.10 LC sólo podrán recurrir la decisión de desestimación de su pretensión impugnando el auto a través del cauce procesal previsto en el art. 64.8.2^o LC, esto es, el incidente laboral, ha de abordarse a continuación la definición del ámbito material del recurso de

¹⁰⁸⁶ DESDENTADO BONETE, A y ORELLANA CANO, N., op. cit., pg. 165.

suplicación ex art. 64.8.1º LC y la conexión con el mismo de las cuestiones litigiosas relativas a aquéllas resoluciones contractuales objeto de análisis.

Respecto al ámbito cognitivo del recurso de suplicación “concurzal”, cabe indicar que todo apunta a que si la impugnación del auto resolutorio del ERE concurzal fuese formulada por la administración concurzal, el empresario deudor o los representantes de los trabajadores que, participantes en la fase de instancia, discreparan acerca de la solución adoptada por el juez mercantil, en defecto de acuerdo colectivo previo, acerca de las medidas acordadas en general o, en particular, respecto de la estimación de las resoluciones instadas por los trabajadores o acerca de las indemnizaciones a ellas vinculadas, dicha impugnación tendrá que encauzarse necesariamente por el recurso de suplicación, de competencia de la jurisdicción social conforme a lo previsto en el art. 64.8.1º LC¹⁰⁸⁷.

Ahora bien, esta solución ha de matizarse atendiendo a las diversas circunstancias en que haya discurrido la fase previa a la resolución judicial del procedimiento de regulación de empleo del concurso. Así, la primera hipótesis a plantear será cuando la consulta-negociación terminó con acuerdo entre la administración concurzal y los representantes de los trabajadores –supuesto en que, como se recordará, el auto se limita a ratificar el pacto aceptándolo en todos sus términos, salvo que estuviese afectado por vicios invalidantes-. En este caso parece que no podría hablarse de legitimación para la suplicación, dado que, aun tratándose de sujetos participantes en la instancia, el perjuicio que la jurisprudencia interpretativa del art. 192.1 LPL exige que cause al recurrente la resolución judicial recurrida¹⁰⁸⁸ estaría aquí ausente al tratarse de extinciones contractuales aceptadas por ambas partes en el acuerdo colectivo de reestructuración que el auto se limita a convalidar. Con todo, podría aducirse, con alguna doctrina, la legitimación de la representación legal o sindical de algún centro de trabajo de la empresa concursada afectado por las medidas extintivas acordadas no participante en esta fase por falta de convocatoria al efecto¹⁰⁸⁹.

¹⁰⁸⁷ En este mismo sentido, ALBIOL MONTESINOS, I.: “Aspectos...”, cit., pg. 96.

¹⁰⁸⁸ Vid., por todas, STSud 21-02-2000 (RJ 2232)

¹⁰⁸⁹ ALBIOL MONTESINOS, I.: “Aspectos...”, cit., pg.88.

En esta misma línea ampliadora de la legitimación para recurrir en suplicación, podría, incluso, especularse acerca de la posible legitimación del empresario-deudor porque, pese a no participar en la fase negocial, podría haber sido el sujeto incoante del procedimiento (y por tanto participante en la fase de instancia) y considerarse perjudicado por la aceptación por parte de la administración concursal y de los representantes de los trabajadores de todas o algunas de las resoluciones solicitadas por los trabajadores, lo que en principio supondría el cumplimiento de los requisitos habilitantes para formular el recurso de suplicación. Sin embargo, pronto se desvanece esa posibilidad si se repara en que la concurrencia del gravamen para el recurrente exigido jurisprudencialmente es difícilmente imaginable teniendo en cuenta la dificultad de que la administración concursal adopte decisiones – aquí, la aceptación de las extinciones contractuales referidas- que causen un gravamen desproporcionado y perjudicial al patrimonio del deudor, dada la función de garante de la masa activa en atención a los intereses del concurso que la LC le atribuye ex arts. 43.1 y 50.2 LC, así como a la luz del régimen de responsabilidad por actos lesivos contra la masa activa a la que se encuentra legalmente sometida ex art. 36 LC.

La segunda hipótesis a plantearse en orden a la legitimación para la interposición de recurso de suplicación se refiere al supuesto de falta de acuerdo o acuerdo viciado en fase de consultas. En tal caso en el que, como se sabe, el juez resuelve discrecionalmente acerca de las medidas solicitadas conforme a la legislación laboral, contarían con legitimación impugnativa la administración concursal, los representantes de los trabajadores e, incluso el empresario-deudor cuando hubiese sido el promotor del procedimiento, ya que cualquiera de ellos, aparte de participar en instancia, puede considerarse perjudicado en sus intereses por la estimación (o desestimación) judicial de las resoluciones contractuales solicitadas por los trabajadores al entender que la decisión del juez al respecto se contrapone o dificulta los objetivos de viabilidad de la empresa y del empleo que, en definitiva, son los que funcionalizan *ex lege* las medidas de reajuste objeto del procedimiento (art. 64.4 y 5 LC).

Cabe, por fin, una última consideración relativa a la impugnación en suplicación del auto que pone fin al ERE concursal en lo concerniente a lo resuelto en él acerca de las resoluciones postuladas por los trabajadores al

amparo del art. 50.1.b) ET. Nos situamos en el supuesto de que éstas fuesen aceptadas por el juez mercantil pero impugnadas por la administración concursal o los representantes de los trabajadores a través del recurso de suplicación planteado contra el auto resolutorio del ERE (art. 64.8.1º LC y los concordantes arts. 188.1 y 189. 5 LPL)¹⁰⁹⁰ por considerar que tal aceptación va en perjuicio de los intereses del concurso y, por parte de estos últimos, en contra de los intereses colectivos de la plantilla. En este caso, ¿cuáles serán los efectos del ejercicio de la acción impugnativa sobre las resoluciones contractuales estimadas o aceptadas por auto del juez mercantil?

Conforme al régimen concursal de la impugnación ejercitable directamente contra el auto resolutorio del juez mercantil o contra la sentencia resolutoria del incidente laboral, la interposición del recurso de suplicación ante el orden social no produce efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de cualquiera de sus piezas (arts. 64.8.1º *in fine* y 197.7 *in fine* LC). Esta solución que ha sido objeto de rotunda crítica por alguna doctrina que le reprocha el dificultar o hacer en la práctica imposible la ejecución de las sentencias de suplicación favorables al trabajador en contexto concursal¹⁰⁹¹, plantea, además singulares problemas en lo atinente a las resoluciones contractuales colectivizadas que aquí se analizan.

En efecto, si nos atenemos al régimen estatutario del art. 50 ET, su jurisprudencia interpretativa es pacífica en orden a reconocer el carácter constitutivo de la sentencia del juez social que resuelve la acción resolutoria del trabajador, lo que determina que, recurrida en suplicación por el empresario, la extinción contractual y sus efectos indemnizatorios no se producen hasta que no adquiera firmeza la sentencia de instancia estimatoria de la pretensión¹⁰⁹².

Pues bien, las cosas podrían ocurrir de un modo bien distinto en contexto concursal, ya que en caso de que se interpusiera recurso de

¹⁰⁹⁰ O contra la sentencia resolutoria del incidente laboral en la que se estimasen las resoluciones (art. 64.8.2º *in fine* LC), aunque esta hipótesis resulta altamente improbable dado que no es fácilmente imaginable que el propio juez mercantil que resolvió en el sentido de desestimar en el auto las resoluciones instadas por los trabajadores, bien en ratificación del acuerdo en ese sentido entre la administración concursal y los representantes de los trabajadores, bien por decisión discrecional, revoque en la sentencia su pronunciamiento desestimatorio del auto y termine por aceptar las resoluciones solicitadas.

¹⁰⁹¹ En este sentido, FERNANDEZ LOPEZ, M.F.: “Los recursos y los medios de impugnación en materia laboral tras la Ley Concursal”, RL, 2003, II, pg. 482.

¹⁰⁹² Vid., entre otras, SSTS 22-10-1986 (RJ 5878); 12-7-1989 (RJ 5461); 18-09-1989 (RJ 6455); STSud 23-4-1996 (RJ 3043); Auto TS 11-03-1998 (ud) Ar. 2561; STS 22-5-2000 (RJ 4623).

suplicación (ex arts. 64.8.1^o en relación con el art. 197.7 LC) contra el auto del juez mercantil que pone fin al procedimiento de regulación de empleo, el hecho de que dicho recurso carezca de efectos suspensivos de la resolución judicial recurrida -conforme al diseño concursal ex arts. 64.8.1^o *in fine* y 197.7 *in fine* LC-, determinaría un resultado absolutamente divergente del anudado a los efectos constitutivos propios de la sentencia que en el orden social resuelve acerca de las extinciones del art. 50 ET. Es decir, en el marco del concurso, en contraposición a la dinámica extraconcursal descrita, las resoluciones contractuales postuladas por los trabajadores con fundamento en el art. 50.1.b) ET y admitidas (aceptadas) en instancia por el juez del concurso producirían efectos extintivos e indemnizatorios inmediatos pese a la falta de firmeza de la resolución judicial que la estima, que se mantendrán hasta que no haya un pronunciamiento revocatorio de dicho auto del juez mercantil por parte del Tribunal Social de suplicación o, en su caso, del Tribunal Supremo en unificación de doctrina¹⁰⁹³.

Cabe, no obstante, una interpretación distinta con fundamento en el silencio a este respecto –efecto constitutivo o no del auto juez mercantil en orden a las resoluciones postuladas por los trabajadores- por parte del art. 64.10 LC, que supondría, por un lado, la integración de la laguna legal con la aplicación supletoria de la legislación laboral, que aquí sería el art. 50 ET y su jurisprudencia interpretativa y por otro lado, la virtualidad de los “principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso social” en la aplicación por el juez mercantil de las normas específicas concursales al resolver acerca de las acciones sociales que son de su competencia (art. 8.2^o *in fine* LC). En este orden de ideas, al no existir una previsión específica en el art. 64.10 LC acerca del carácter declarativo o constitutivo del auto judicial resolutorio del ERE en lo atinente a las resoluciones contractuales solicitadas por los trabajadores, podría entenderse aplicable la jurisprudencia interpretativa del art. 50 ET, que, como se ha dicho, tiene sentada de forma pacífica la

¹⁰⁹³ En contra, ALBIOL MONTESINOS, I., Aspectos laborales... cit., pg. 96, que sostiene que impugnadas las resoluciones contractuales solicitadas por los trabajadores y aceptadas en el auto por el juez del concurso mediante el recurso de suplicación, los empleados deberán continuar prestando servicios hasta la firmeza de la sentencia “dado el carácter constitutivo y no declarativo de la resolución judicial”. El autor esta presuponiendo, por tanto, el carácter constitutivo del auto del juez mercantil resolutorio del ERE concursal sin que haya un previsión expresa en la LC en tal sentido y obviando la carencia de efectos suspensivos del recurso de suplicación que se interponga contra dicho auto, ésta sí regla expresa de los arts. 64.8.1^o y 197.7 LC.

doctrina del carácter constitutivo de la sentencia que resuelva acerca de las resoluciones contractuales instadas al amparo de sus aperturas causales, de modo que la extinción del contrato no se produce sino hasta la firmeza de aquélla; solución que, *mutatis mutandi*, sería predicable en el concurso del auto del juez mercantil que resuelva acerca de las resoluciones colectivas del art. 64.10 LC¹⁰⁹⁴.

Ante el dilema planteado por estas contrapuestas interpretaciones, parece que la primera es la más convincente en orden a la efectividad del principio de protección del trabajador, dado que desde el primer momento – es decir, desde la fecha del auto del juez mercantil estimatorio de las extinciones postuladas- se producirá el efecto extintivo de los contratos e indemnizatorio que no quedan, así, condicionados al transcurso de un plazo temporal que, pudiendo ser largo hasta que la resolución judicial alcance firmeza, supondría una amenaza a su ejecución en lo relativo al cobro de los créditos indemnizatorios, dado que el procedimiento concursal ha continuado y ha podido terminar, incluso, con la liquidación de la empresa. Pero quizá esta solución interpretativa no sea la más conveniente para los intereses del concurso, ya que el hecho de que el recurso de suplicación no prive de efectos jurídicos extintivos al auto de instancia que finalmente cabe que sea revocado, puede ser causa de inseguridad jurídica y de disfunciones en la formación de las masas pasiva y activa en la que tanto tendrá que ver que las extinciones se produzcan o no, dado el gravamen económico de las indemnizaciones que llevan anudadas que, como se sabe, pasarán a engrosar el montante crediticio contra la masa (art. 82.4.5º LC).

2.5.3 Dimisiones provocadas impropias e impugnación del auto: reflexiones finales

A la vista de todo lo anterior, cabe concluir afirmando que todos los datos técnico-jurídicos confluyen en apoyo de la solución de que las acciones de los trabajadores postulantes de las resoluciones contractuales (dimisiones provocadas impropias) del art. 64.10 LC inducidas por lo establecido al

¹⁰⁹⁴ En este sentido, pero sin fundamentación de la solución postulada, ALBIOL MONTESINOS, I., Aspectos laborales... cit., pg. 96.

respecto por el juez mercantil en el auto, son conceptualmente identificables con las acciones individuales reconducidas imperativamente *ex lege* (art. 64.8.2^o LC) al incidente concursal laboral del art. 195 LC, quedando apartadas, en consecuencia, del recurso de suplicación directamente ejercitable contra el auto ante el orden social ex art. 64.8.1^o LC, si bien la sentencia que resuelva el incidente laboral será recurrible por aquéllos en suplicación, a tenor de lo dispuesto en el párrafo 2^o *in fine* del precitado art. 64.8¹⁰⁹⁵.

Contrariamente, la impugnación del auto resolutorio del juez mercantil por parte del empresario-deudor, la administración concursal y los representantes de los trabajadores (siempre en defecto de acuerdo colectivo previo) en lo atinente a la aceptación (o rechazo) de las resoluciones contractuales postuladas por los trabajadores, habrá de viabilizarse directamente a través del recurso de suplicación cuyo conocimiento compete al orden social¹⁰⁹⁶.

Esta huida de la jurisdicción civil, en vía de recurso, del enjuiciamiento de las repercusiones individuales de las medidas extintivas adoptadas y su reconducción a la competencia del orden social –de la que deja constancia también la LPL en la nueva redacción dada por la LC¹⁰⁹⁷–, además de ser reveladora de la opción político-jurídica del legislador concursal de matizar la acusada mercantilización de la disciplina del interés social en el concurso de los textos prelegislativos, en particular en materia de recursos¹⁰⁹⁸, plantea una

¹⁰⁹⁵ Otra cosa sería que la impugnación individual del auto por parte de trabajadores en lugar de versar sobre las resoluciones contractuales postuladas, se refiera a la causalidad de las medidas colectivas acordadas por el juez mercantil o a defectos procedimentales en su implementación en cuyo caso, a mi entender, tendrían acceso al recurso de suplicación ya que aunque en este caso el motivo de la impugnación conecte con la vertiente colectiva de las medidas laborales, se trata de una materia afectante también a su relación de trabajo; vid., en este mismo sentido, DIAZ DE RABAGO VILLAR, M.: “El recurso de suplicación previsto en la Ley Concursal”, AS n^o17, 2003. En contra, STSJ País Vasco 6-02-2007 (AS, n^o 17, 2007) que niega la legitimación a los trabajadores individuales por no haber sido parte en el procedimiento de instancia (ERE concursal), si bien entra en el fondo del asunto por “en aras de la tutela judicial efectiva”. La eventual legitimación individual lo sería sin perjuicio, desde luego, de la viabilidad de acciones colectivas con la misma causa de pedir y pretensión ejercidas contra el auto, también a través del recurso de suplicación ex art. 64.8.1^o LC; en este sentido, DESDENTADO BONETE, A., “La reforma...”, cit., pg. 448, con cita de MOLINER TAMBORERO.

¹⁰⁹⁶ Al igual que lo que sucederá cuando se trate de impugnación, por los mismos sujetos y con el mismo objeto, de la sentencia dictada por el juez resolviendo el eventual incidente promovido por el trabajador postulante de la resolución disconforme con el rechazo de su solicitud en instancia (auto del propio juez del concurso (art. 197.7 LC).

¹⁰⁹⁷ Vid. la nueva redacción dada por la DF 15 LC al. 188.1 y el nuevo art. 189.5, ambos de la LPL.

¹⁰⁹⁸ En este último sentido, vid. GARCIA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos”, cit, pg. 238.

cuestión de interés en lo concerniente a las dimisiones provocadas colectivizadas del art. 64.10 LC.

En efecto, se abre con ello el interrogante de si ese cambio competencial a favor del orden social de la jurisdicción supondrá un desplazamiento de los criterios de enjuiciamiento a los que, previsiblemente, se someterán las resoluciones contractuales colectivizadas objeto de recurso desde los principios rectores de la LC tenidos en cuenta por el juez del concurso al resolver el ERE y el incidente laboral, hacia la dinámica estatutaria del art. 50.1.b ET y la doctrina legal interpretativa vigente al respecto en contexto de crisis extraconcursal que, como se sabe, afirma la plena autonomía de las figuras extintivas en liza: la acción resolutoria individual y el despido colectivo. La cuestión no es baladí, puesto que de la postura que se adopte va a depender la valoración que, en trámite de recurso, se dé a la incidencia de la crisis de la empresa en orden a la justificación de las resoluciones solicitadas por los trabajadores, así como a la cuantía de la indemnizaciones que se les reconozca en caso de que el juez mercantil hubiese estimado las pretensiones por propia decisión o aceptando el acuerdo en tal sentido alcanzado en el periodo de consultas: la menor del art. 51.8 ET, que previsiblemente determinará en instancia el juez del concurso, o la mayor prevista por el art. 50.2 ET.

Pues bien, no es fácil vaticinar una respuesta unívoca a tal interrogante. Por un lado, cabría pensar que no se produciría tal desplazamiento hacia la dinámica estatutaria o extraconcursal del art. 50.1.b) ET partiendo de la base de que los órganos jurisdiccionales del orden social se regirían al resolver los recursos por los preceptos de la LC interpretados conforme a la lógica y principios subyacentes al concurso (preeminencia del principio *solutorio* y técnica de colectivización de la figura resolutoria ex art. 50.1.b) ET), en el marco del juego bidireccional o, en otras palabras, de la comunicabilidad existente entre el régimen jurídico laboral ordinario y especial en contexto concursal¹⁰⁹⁹. Pero existen argumentos también para sostener la solución contraria sobre la misma base del juego bidireccional apuntado, si se considera ahora, en sentido inverso, que los órganos del orden social al pronunciarse acerca de las acciones laborales implicadas en el concurso (acciones sobre

¹⁰⁹⁹ MONEREO PEREZ, JL.: “Concurso y relaciones laborales...”, cit., pg. 14.

modificación, suspensión y extinción colectivas de contratos de trabajo) habrán de estar vinculados al aplicar las normas específicas de la LC, al igual que lo habría de estar el juez mercantil en fase de instancia, por “ los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso social”, tal y como prescribe el art. 8.2^o LC *in fine*.

2.6 Conclusiones

Como corolario de todo lo expuesto, ha de afirmarse que el art. 64.10 LC comporta una ruptura, sin precedentes en nuestro Derecho de las empresas en dificultad, entre el tratamiento jurídico de las resoluciones contractuales ex art. 50.1.b) ET en las situaciones de crisis concursal y las instadas en el contexto de crisis extraconcursal con una minoración, en el primer caso, de las garantías de los trabajadores, pese a tratarse en raíz de la misma vicisitud extintiva y contextualizarse en ambos casos en una crisis económica empresarial.

El legislador concursal, en mi opinión, ha dado carta de naturaleza a través del citado precepto a la interacción de dos vicisitudes extintivas del contrato de trabajo diversas: las acciones resolutorias individuales instadas por los trabajadores por incumplimiento del empresario en materia salarial y el despido colectivo; instituciones que, sin embargo, en el marco de crisis extraconcursoales y conforme al régimen legal estatutario operan de forma completamente independiente a tenor de la vigente doctrina legal unificada.

Dicha interacción o interdependencia no supone una reducción de garantías de los trabajadores en el plano procedimental en virtud no sólo de la preceptiva participación de los representantes de los trabajadores en el procedimiento de regulación de empleo concursal en el que tratarán las resoluciones colectivizadas, sino también del hecho de que su derecho a la tutela judicial efectiva queda garantizado por la vía del incidente concursal laboral y los eventuales recursos que puedan plantear ante los órganos jurisdiccionales sociales (suplicación, unificación de doctrina...) en el supuesto de desestimación de sus pretensiones extintivas. Pero, por el contrario, no puede decirse lo mismo en lo que respecta al plano sustantivo, ya que la lógica que previsiblemente dominará el enjuiciamiento de las resoluciones

contractuales colectivizadas – tanto por los jueces de lo mercantil, como por parte de los del orden social en vía de recurso- conducirá a una minoración del garantismo inherente a la institución resolutoria en el régimen estatutario de la crisis extraconcursal, en los términos siguientes.

Por un lado, en lo referente a la integración del ilícito tipificado en el art. 50.1.b) ET, ya que de primar ahora en su enjuiciamiento, tanto por parte del juez mercantil como por los del orden social –en vía de recurso-, el criterio de ponderación de la incidencia de la crisis en la apreciación de la existencia del incumplimiento empresarial, éste podría reputarse justificado y conducir a la desestimación de unas pretensiones resolutorias¹¹⁰⁰, más aun si se considerasen disfuncionales para la reestructuración laboral más conveniente a los intereses del concurso; y, por otro lado, en el plano resarcitorio proyectado aquí en la reducción de la cuantía de las indemnizaciones correspondientes a los trabajadores cuya solicitud extintiva se acepte, en la búsqueda, al parecer, de un reparto uniforme del coste de la crisis entre todos los afectados por la extinción de sus contratos, evitando, así, que los trabajadores que se adelanten a postular la resolución perciban una indemnización mayor a la correspondiente a los que no lo hicieron y se vean después implicados en el ERE concursal a propuesta del empresario-deudor o la administración concursal¹¹⁰¹.

En definitiva, todo parece indicar que la reformulación de la figura resolutoria del art. 50.1.b) ET operada por el art. 64.10 LC está guiada por una lógica en la que confluyen la tutela preferente del interés de los acreedores del empresario-deudor y la primacía del principio de solidaridad de la plantilla sobre el interés de los trabajadores singulares postulantes de la extinción de sus contratos.

¹¹⁰⁰ Ello supondría el abandono en el marco del concurso del criterio objetivo utilizado por la jurisprudencia en la apreciación del incumplimiento resolutorio ex art. 50.1.b) que descarta la exigencia de culpabilidad para la integración del supuesto de hecho extintivo.

¹¹⁰¹ Sin embargo, como ya se dijo, esta dualidad indemnizatoria ha sido admitida por el TS en las crisis extraconcursoales sin que ello se considere constitutivo de fraude de ley o abuso de derecho por parte de los trabajadores que ejerciten las acciones resolutorias.

III. LAS PARTICULARIDADES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA DIMISIÓN PROVOCADA EX ART. 50.1.a) ET EN CONTEXTO CONCURSAL

Ya se adelantó en el apartado anterior que las acciones de resolución contractual fundadas en cualquiera de los restantes incumplimientos tipificados en el art. 50.1 LET (dimisión provocada), aunque se ejerciten en contexto concursal, quedan fuera de las prescripciones del art. 64.10 y, en consecuencia, se someterán al régimen jurídico estatutario, si bien podrían quedar afectadas por algunas modalidades que conviene poner de relieve

Mención especial ha de hacerse, en este sentido, a la dimisión provocada inducida por una modificación sustancial de carácter colectivo adoptada en contexto concursal que, en su dimensión individual, esto es, en lo particularmente atinente a sus condiciones de trabajo, considere el trabajador productora de perjuicio cualificado ex art. 50.1.a) ET, ya que en este supuesto puede hablarse de singularidades y problemas aplicativos que merecen la búsqueda de soluciones específicas. Pero, sin perjuicio de que el análisis se centrará en estas modificaciones colectivas y en la acción resolutoria ex art. 50 ET eventualmente ejercitable en base a las mismas, resultan también de interés algunas reflexiones en relación con las modificaciones sustanciales y traslados de alcance individual que puedan adoptarse en el marco del concurso y las resoluciones contractuales inducidas si los trabajadores se consideran perjudicados (ordinaria o cualificadamente) por aquéllas.

1. Modificaciones sustanciales individuales/plurales en contexto concursal y dimisión provocada

En lo que respecta a las acciones de resolución contractual ejercitadas por los trabajadores al amparo del art. 50.1.a) ET contra modificaciones sustanciales individuales y plurales adoptadas en contexto concursal, ninguna especialidad establece expresamente ni cabe inferir por vía interpretativa de la LC. En efecto, aunque una primera y aislada lectura del art. 64.1 LC pudiera hacer pensar que el legislador atribuye al juez del concurso la competencia para adoptar medidas de modificación sustancial de este carácter frente al

necesario alcance colectivo de las medidas suspensivas y extintivas, lo cierto es que esa apariencia queda desmantelada por lo previsto en los arts. 8.2º LC, 86 *ter* LOPJ y 57 bis ET que anudan el calificativo de “colectivas” a todas las medidas de reestructuración laboral que se atribuyen a la competencia del juez mercantil a través del procedimiento del art. 64 LC; precepto que, por otra parte, utiliza en diversos de sus apartados esta misma expresión en referencia a las medidas laborales comprendidas en su ámbito de aplicación. La interpretación conjunta de todos ellos lleva a la conclusión de que la literalidad del art. 64.1 conectando el carácter colectivo tan sólo a las extinciones, no puede sino achacarse a un error gramatical¹¹⁰².

Ha de concluirse, pues, que las medidas novatorias sustanciales individuales y plurales al igual que los traslados del mismo alcance, pese a que se proyecten en el marco del concurso, quedan al margen del subsistema normativo laboral especial de la LC y se someten al régimen jurídico estatutario, por lo que, en consecuencia, la facultad para su adopción y aplicación corresponderá al empresario concursado (con la autorización de la administración concursal), en caso de concurso voluntario, o a la administración concursal en caso de concurso necesario, ya que en este supuesto, como se recordará, se suspenden las facultades de gestión de la empresa correspondientes al empresario que por sustitución pasa a ejercer la administración concursal (arts 40.2 y 44.3 LC)¹¹⁰³.

Debe recordarse que en caso alteraciones sustanciales de condiciones de trabajo, la legislación laboral ordinaria reconoce al trabajador afectado la posibilidad de dos respuestas reactivas: el derecho a la impugnación de la medida, si la tachase injustificada o nula y/o el derecho a rescindir indemnizadamente el contrato de trabajo cuando se trate de modificación sustancial de jornada, horario o turnos, productora de perjuicio ordinario (art. 41.3 ET) y en todo caso de tratarse de traslado (art. 40.1 ET).

¹¹⁰² GARCIA-PERROTE/MERCADER UGUINA, “Modificación de condiciones de trabajo, convenios colectivos y crisis empresariales”, RRLI, 2003 II, pg. 491; DE LA PUEBLA PINILLA, A., “Comentario...”, pg. 729.

¹¹⁰³ En este sentido, GARCIA-PERROTE/MERCADER UGUINA, op. cit., pg. 492; DE LA PUEBLA PINILLA, A., *ibidem*, pg. 730; BARRIO CALLE/LOUSADA AROCHENA: “El contencioso social en el concurso de acreedores: aspectos procesales”, AL nº 13, julio 2005, pg. 1504. En contra ALBIOL MONTESINOS, I., *Aspectos...*, pg. 106, que sostiene la tesis de la necesidad de que el juez del concurso acuerde la modificación o traslado individuales a través del procedimiento del art. 44.4.1º LC previamente a su implementación por la administración concursal conforme al procedimiento, respectivamente, de los arts. 41 y 40 ET.

Por cierto, que esta última facultad rescisoria, al igual que en contexto extraconcursal, habrá de tener en ambos casos (modificación y traslado) carácter extrajudicial, de modo que la extinción contractual se produce, sin intervención judicial, por la sola voluntad del trabajador con efectos constitutivos a este respecto, a salvo de la ulterior acción que hubiera de ejercitarse para la reclamación de la indemnización tasada que el empleador se negara a satisfacer¹¹⁰⁴. Los citados preceptos estatutarios, no establecen plazo alguno para el ejercicio de las facultades rescisorias, lo que convierte el tema en objeto de controversia doctrinal, con dos posturas contrapuestas: la del sector que apuesta por el plazo de 20 días de caducidad propio de la facultad impugnativa también atribuida al trabajador para estos casos (art. 59.4 ET)¹¹⁰⁵, frente a la del sector que aboga por el plazo de 30 días, contados a partir de la notificación de la medida, equivalente al de preaviso establecido en los arts. 41.3 y 40.1.3^o ET que, aun tratándose de una solución interpretativa meramente deductiva, es la que resulta más ajustada y convincente¹¹⁰⁶.

Pues bien, el trabajador disconforme con la medida modificativa podrá ejercitar su facultad extintiva sin sometimiento al plazo de suspensión previsto en el art. 64.9 LC -que, como más adelante se detallará, debe considerarse aplicable exclusivamente cuando la rescisión se haga valer ante modificación o traslado colectivos proyectados en el marco concursal y en este caso último caso, si se concurren determinadas circunstancias que más adelante

¹¹⁰⁴ RODRIGUEZ-PIÑERO/FERNANDEZ LOPEZ: “La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo”, cit., pg. 110; CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994”, cit., pg. 160; LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ, F.: “Las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo”, cit., pg. 331; DE LA PUEBLA PINILLA, A., “Comentario...”, cit., pg. 751. En contra FERNANDEZ LOPEZ, MF., “Delimitación de competencias...”, cit., pg. 35; DE SOTO RIOJA, S.: Proceso especial de modificaciones sustanciales y movilidad geográfica, Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 49 y ss., para los que, en contraste con el traslado, en la modificación sustancial el efecto extintivo depende de una acción y una resolución judicial que declare extinguido el contrato.

¹¹⁰⁵ MARTINEZ EMPERADOR, R.: “Puntos críticos de la nueva regulación sobre modificación sustancial de las condiciones de trabajo”, en VV.AA., Puntos críticos de la reforma laboral (Martinez Emperador, dir.), Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Madrid, 1996; PEDRAJAS MORENO, A.: “Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, en VV.AA., Reforma de la legislación laboral. Estudios homenaje al Profesor Manuel Alonso García (De la Villa, coord.), Marcial Pons, Madrid, 1995; PEREZ DE LOS COBOS/RIERA VAYREDA: “La modificación sustancial de las condiciones de trabajo: problemas jurisprudenciales”, AL, n^o46, 1997, pg. 1123; DE LA PUEBLA PINILLA, A., op. cit., pg. 752.

¹¹⁰⁶ CRUZ VILLALÓN, J.: “El artículo 41...”, cit., pg. 160; PALOMO BALDA, E.: “Modificación sustancial de las condiciones de trabajo y ejercicio de acciones individuales”, en VV.AA., Alteraciones en el contenido de la prestación y en las condiciones de trabajo, CDJ (Martinez Emperador, dir.), CGPJ, Madrid 1996, pg. 192; CAMPS RUIZ, L.M.: La nueva regulación del mercado de trabajo, Tirant Lo Blanch, Valencia 1994, pg. 212.

apuntaremos- y, por supuesto, ante el juez social que será el competente en la materia sin virtualidad alguna aquí del juez mercantil.

Régimen análogo al de las facultades “rescisorias” acabado de mencionar, es el que resultará aplicable en el concurso a la facultad resolutoria reconocida al trabajador afectado por una modificación sustancial o traslado individuales cuando, a diferencia del supuesto anterior, sean productores de un perjuicio a la dignidad o la formación profesional del trabajador (perjuicio cualificado), ex art. 50.1.a) ET. Ya se dijo en el capítulo correspondiente a esta apertura causal del precepto estatutario, que el ámbito material de las modificaciones sustanciales productoras de perjuicio cualificado prácticamente se limita a las alteraciones funcionales y en menor medida al traslado que potencialmente podría ir en menoscabo, si acaso, de la formación/promoción profesional del trabajador.

No obstante, conviene volver a subrayar que a la institución resolutoria ex art. 50.1 ET, a diferencia de las facultades rescisorias más arriba comentadas ex arts. 40.1 y 41.3 ET, se le reconoce unánimemente en sede doctrinal y jurisprudencial un carácter judicial; es decir en este supuesto la extinción del contrato se produce *ope iudicis* a solicitud del trabajador, cuya voluntad extintiva carece aquí de efectos constitutivos que aquí se anudan a la sentencia firme que declare la extinción contractual. Pues bien, si esta facultad de resolución se hiciera valer ante una modificación o traslado individuales aplicados por el empresario-deudor o la administración concursal a la que se le vincula la producción de un perjuicio cualificado, el derecho al ejercicio de la acción resolutoria que posee el trabajador tampoco quedará sometido a la limitación suspensiva del art.64.9 LC.

Por último, es importante precisar que en todo caso, es decir, tanto se trate de ejercicio por parte de los trabajadores de acciones de reclamación de las indemnizaciones por las rescisiones previstas en los arts 40.1 y 41.3 ET que el empresario o la administración concursal se nieguen a satisfacer tras la dimisión extraordinaria del trabajador, cuanto de las acciones resolutorias ejercitadas al amparo del art. 50.1.a) ET inducidas por modificaciones sustanciales individuales o plurales, quedan extramuros del ámbito competencial del juez del concurso delimitado en los arts. 8.2º LC, 86 *ter* LOPJ y 57 bis ET, ya que debido a su alcance, las medidas modificativas en las que

se basan son adoptadas unilateralmente por el empleador conforme al régimen estatutario sin someterse al procedimiento de regulación de empleo del art. 64 LC y, por tanto, sin intervención alguna del juez mercantil. Por ello, aquí, sin ningún género de dudas, la competencia sobre todas las acciones resolutorias señaladas –arts. 40.1, 41,3 y 50.1.a) ET corresponde al orden social de la jurisdicción al tratarse de cuestiones litigiosas promovidas entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo no afectadas por lo dispuesto en la LC (art. 2.a) LPL)¹¹⁰⁷.

2. Modificaciones sustanciales colectivas en contexto concursal y dimisión provocada.

2.1 Las medidas modificativas sujetas al procedimiento judicial de regulación de empleo concursal. Aspectos conceptuales

Parece quedar claro, pues, que las únicas medidas novatorias que competen al juez del concurso adoptándose conforme al procedimiento regulado en el art. 64 LC son las de modificación sustancial (art. 41 ET) y traslado (art. 40.1 ET), ambos de alcance colectivo. En efecto, por un lado, la doctrina mayoritaria se decanta por la exigencia de que se traten de modificaciones “sustanciales” basándose en la interpretación literal del art. 64.1 LC¹¹⁰⁸, aunque haya algún autor discrepante que considera que habrían de sujetarse también al ERE concursal las medidas modificativas no sustanciales, aduciendo la ausencia del calificativo de sustancial en los arts. 8.2^o y 44.4 *in fine* LC y en el nuevo art.57 bis ET al referirse a las modificaciones colectivas que han de reconducirse al procedimiento de regulación de empleo concursal¹¹⁰⁹. En lo que se refiere al carácter colectivo, ya se ha visto que su consideración como requisito de la competencia del juez mercantil es una conclusión unánime a la que llega la doctrina científica tras rechazar, en los

¹¹⁰⁷ En este sentido, vid., GARCIA-PERROTE/MERCADER, “Modificación de condiciones...”, cit. pg. 491, que aclaran que la competencia del orden social se limita a la fase declarativa, ya que la ejecución será competencia exclusiva del juez mercantil del concurso.

¹¹⁰⁸ Vid. GARCIA-PERROTE/MERCADER UGUINA, “Modificación de condiciones de trabajo...”, cit., en especial, pp. 492 y 498; DE LA PUEBLA PINILLA, A., “Comentario...”, cit., pg. 729; BARRIO CALLE/LOUSADA AROCHENA, “El contencioso social...”, cit., pg. 1503.

¹¹⁰⁹ En este sentido, ALBIOL MONTESINOS, I., Aspectos..., cit., pp. 59-60.

términos ya mencionados, cualquier interpretación tendente a incluir a las modificaciones individuales.

Por otra parte, aunque ni los arts. 8.2º y 64.1 LC, ni el art. 57 bis ET hagan referencia explícita a los traslados entre las medidas colectivas adscritas al procedimiento de regulación de empleo y a la competencia del juez del concurso, lo cierto es que es tesis doctrinal mayoritaria que este tipo de de movilidad geográfica ex art. 40 ET constituye una modalidad o especie de modificación sustancial, pese a que el sistema normativo estatutario segregue sus regímenes jurídicos¹¹¹⁰. De hecho, en contraposición al silencio de los preceptos antedichos, el art. 64.9 contempla expresamente esta medida de movilidad espacial ubicándola en el seno del procedimiento que regula el precepto.

En resumen, puede afirmarse que las modificaciones sustanciales colectivas y los traslados colectivos son las únicas medidas novatorias de reestructuración que, declarado el concurso, debe adoptar el juez mercantil competente a través del procedimiento regulado en el art. 64 LC. Una vez sentada esta tesis, debe traerse de nuevo a colación las facultades rescisorias y resolutorias que ostentan los trabajadores de la empresa concursada como respuesta reactiva a la novación extraordinaria o “fuerte” de sus condiciones de trabajo.

2.2 Modificación sustancial y resolución contractual. Limitaciones en contexto concursal

En efecto, en simetría con el régimen aplicable a las modificaciones sustanciales y traslados individuales, ya comentado, cuando estas vicisitudes contractuales sean de carácter colectivo y se proyecten en contexto concursal,

¹¹¹⁰ DE LA PUEBLA PINILLA, A., *ibidem*, pg. 728; GARCIA-PERROTE/MERCADER UGUINA, *op. cit.*, pg.491. En el mismo sentido, GARCIA-PERROTE/MERCADER UGUINA, *op. cit.*, pg. 499-500, que consideran que aunque e cambio del lugar de la prestación no sea en términos estrictos un supuesto de modificación sustancial, “resulta evidente que el cambio forzoso del lugar de trabajo y eventualmente de residencia, será una alteración objetiva del contrato de trabajo de tintes sustanciales, aun cuando su regulación sea independiente en la normativa laboral”. En contra, FERNANDEZ LOPEZ, M.F., “Delimitación...”, *cit.*, pg. 36, autora para la cual los traslados, sean individuales o colectivos, siguen sometidos a la legislación laboral ordinaria y serán acordados en ambos casos por el empresario o la administración concursal, siendo las modificaciones sustanciales del art. 41 ET las únicas que experimentan una transformación operativa en caso de concurso. En el mismo sentido, DURAN LOPEZ, F.: “Los efectos del concurso en las relaciones laborales”, RRLN n° 8, 2005, pg.

pueden inducir, así mismo, el ejercicio de la facultad rescisoria reconocida a los trabajadores por los arts. 40.1 y 41.3 ET, si bien en este caso operan ciertas particularidades de entidad que merecen ser destacadas. En concreto, el art. 64.9 LC establece un límite imperativo al ejercicio de dichas facultades extintivas cuando se refieran a medidas colectivas de modificación y traslado que, por consiguiente, habrá adoptado el juez mercantil tras seguir la procedimentalización del art. 64 LC; un límite consistente, como se sabe, en la suspensión del ejercicio de aquéllas por parte de los trabajadores durante el desarrollo del concurso y, en todo caso, durante un plazo no superior a 12 meses desde la fecha del auto judicial que autorizó las medidas modificativas¹¹¹¹.

Esta limitación al ejercicio de las facultades rescisorias de los trabajadores constituye una técnica, como tantas otras de la LC, puesta al servicio de los intereses del concurso, puesto que su finalidad es evitar que las indemnizaciones anudadas a las extinciones contractuales solicitadas por los trabajadores comporten una carga económica añadida para el deudor que haga peligrar los objetivos que guían la reestructuración de la plantilla -viabilidad de la empresa y el empleo- funcionalmente orientados, a su vez, a la tutela del interés prevalente en el concurso: la satisfacción de los acreedores indeferenciados. Probablemente esta interpretación teleológica junto a la literal, *sensu contrario*, del precepto -que en sus diversos apartados sólo habla de “rescisión” -, y el criterio restrictivo, aplicable a las normas limitativas de derechos como es la presente, sean argumentos suficientes para concluir que el ámbito objetivo de la suspensión se limita a las facultades de rescisión extrajudicial de los trabajadores y, en su caso, a las acciones sociales que éstos hayan de ejercitar para la exigencia del pago indemnizatorio vinculado, pero en ningún caso afectará a las acciones de impugnación de las medidas modificativas tachadas de injustificadas o nulas que permanecerán indemnes a

¹¹¹¹ No obstante la LC (art. 64.9.2^o) matiza la limitación suspensiva para los traslados, en los que será operativa sólo en determinadas condiciones: si los centros de trabajo de origen y de destino están en la misma provincia, a menos de 60 Kms de distancia entre ellos y siempre que el tiempo que se invierta en el desplazamiento de ida y vuelta sea inferior al 25% de la duración de la jornada laboral diaria. Por otra parte, conviene recordar que en los textos previos a la LC los límites impuestos eran muchos más radicales, en particular el ALC 2002 (art. 63.3.3^o) se suspendía el ejercicio del derecho de rescisión reconocido por la legislación laboral durante la tramitación del concurso, sin límite temporal alguno. Mucho más moderado se mostraba ya el PLC (art. 63.4) estableciendo la misma suspensión, pero con el límite temporal de un año desde la firmeza del auto que autorizase las medidas modificativas.

la prohibición y podrán ejercitarse sin límite temporal contra el auto del juez mercantil que las haya autorizado, bien a través del incidente laboral¹¹¹², bien directamente vía recurso de suplicación ante el orden social (art. 68.1º LC)¹¹¹³, con el objeto de que quede adecuadamente garantizado el derecho a la tutela judicial efectiva ex art. 24 CE.

Volviendo a las acciones rescisorias de los arts. 40.1 y 41.3 ET inducidas por modificaciones sustanciales colectivas, superado el plazo temporal previsto en el art. 64.9 quedan liberadas para su ejercicio, pero ante qué orden jurisdiccional ¿el civil del juez del concurso, o el social? La solución a este dilema interpretativo es de interés, ya que será plenamente trasladable después, dada la analogía entre ellas, cuando se plantee el problema de la determinación de la competencia jurisdiccional en orden a la acción resolutoria por incumplimiento (dimisión provocada) amparada en el art. 50.1.a) ET.

De nuevo aquí, la falta de consenso es patente, dividiéndose la doctrina entre el sector que aboga por la competencia del orden social¹¹¹⁴ y el que apuesta, contrariamente, por la competencia del juez mercantil¹¹¹⁵, no obstante los argumentos esgrimidos en fundamento de una y otra postura se aportarán y

¹¹¹² En este sentido, DE LA PUEBLA PINILLA, A., op. cit., pg. 753, nota 83; en contra, ALBIOL MONTESINOS, I., “Aspectos laborales...”, cit., pg. 97, por entender que las acciones impugnativas de los trabajadores relativas a la justificación causal de las medidas acordadas se refieren a la dimensión colectiva de las mismas y, por tanto, no podrían vehiculizarse por el incidente laboral.

¹¹¹³ En este caso, dado que la pretensión, aun siendo individual, conecta con la dimensión colectiva de la medida modificativa autorizada en el auto, entendemos que el cauce procesal adecuado habría de serlo el recurso de suplicación al que remite el art. 64.8.1º LC; vid., en general, sobre la legitimación de los trabajadores individuales para impugnar el auto del juez mercantil en suplicación, DIAZ DE RÁBAGO VILLAR, M.: “El recurso de suplicación previsto en la Ley concursal”, AS, nº 17, 2003. Este sería también, por cierto, por el que se canalizarían las acciones colectivas que con la misma pretensión ejercitasen los representantes de los trabajadores; vid., en este sentido, DESDENTADO BONETE, A., “La reforma...”, pg. 448, en apoyo de la tesis de MOLINER TAMBORERO.

¹¹¹⁴ Vid. FERNANDEZ LOPEZ, M.F., “Delimitación...”, cit., pp. 36-37, para la que las reglas previstas en la normativa concursal sobre estas facultades rescisorias (art. 64.9 LC) sólo son aplicables en lo relativo a sus condiciones de ejercicio, pero superadas las limitaciones impuestas siguen su régimen ordinario a todos los efectos ante la jurisdicción social que es la “naturalmente” competente. En el mismo sentido, DESDENTADO BONETE, A., “La reforma concursal...”, cit., pg. 448 y DE LA PUEBLA PINILLA, A., “Comentario...”, cit., pg. 755; ambos autores consideran que la competencia del juez mercantil se limita a las acciones contra el auto y en este caso las acciones rescisorias no tienen por objeto la impugnación del mismo.

¹¹¹⁵ En este sentido, ALBIOL MONTESINOS, I., Aspectos..., cit. pg. 97, que considera viables estas acciones por el cauce del incidente laboral y, en consecuencia, sostiene indirectamente la competencia del juez mercantil para su conocimiento; RIOS SALMERON, B., “La nueva Ley Concursal...”, cit., pg. 150: el autor atribuye el conocimiento de estas acciones rescisorias a la competencia del juez del concurso en detrimento del juez social, al entender que entroncan en el art. 8.2º LC y 86, *ter* LOPJ, pese a tratarse de “situaciones en su origen individuales”.

analizarán, por ser perfectamente extrapolables, al tratar de la competencia judicial en orden a la acción de resolución ex art. 50.1.a) ET

2.3. Dimisión provocada ex art. 50.1.a) ET y la regla prohibitiva de “acciones rescisorias” ex art. 64.9 LC

Si esto es así en lo relativo a las facultades “rescisorias” de los trabajadores previstas en los arts. 40.1 y 41.3 ET, cabe preguntarse si la suspensión impuesta imperativamente en el art. 64.9 LC podría afectar también a las acciones individuales de resolución contractual que se interpongan frente a modificaciones sustanciales colectivas de condiciones de trabajo cualificadamente lesivas tipificadas en el art. 50.1.a) ET -esto es, la que impliquen un menoscabo de la dignidad o la formación profesional del trabajador afectado-, cuando tales modificaciones hayan sido adoptadas (autorizadas) por el juez del concurso conforme al procedimiento de regulación de empleo concursal.

Pero detallemos y secuenciamos la argumentación relativa a esta última hipótesis de trabajo. En primer lugar, conviene reiterar que el art. 64.9.1º LC vincula la suspensión del “derecho de rescisión” de los trabajadores a modificaciones sustanciales *colectivas* (incluidos, con las salvedades que se indican en la norma, los traslados colectivos ex art. 40.2 LET). El reduccionismo legal en orden al alcance de la modificación de la que traiga causa la rescisión contractual sujeta a suspensión, determina que dicho límite conecte exclusivamente, conforme a una interpretación sistemática e integradora de los arts. 64.2, 8.2 LC y 86 ter LOPJ, con medidas modificativas adoptadas en el procedimiento de regulación de empleo concursal, ya sea en virtud de acuerdo entre la administración concursal y los representantes de los trabajadores que el juez mercantil se limita a ratificar o, en su defecto, en virtud de decisión discrecional del citado órgano jurisdiccional. *Sensu contrario* y teniendo en cuenta, además, la remisión a la legislación laboral ex art. 64.11 LC, ha de interpretarse, como ya se comentó con anterioridad, que las medidas de modificación sustancial de carácter individual y plural proyectadas en contexto concursal quedan extramuros de este procedimiento -reservado legalmente a medidas modificativas, suspensivas y extintivas, siempre de

carácter colectivo-, sometiéndose estrictamente al régimen estatutario de modo tal que, por lo que ahora interesa, la extinción indemnizada a instancia del trabajador inducida por aquéllas no se someterá al plazo suspensivo ex art. 64.9 LC que pudiera resultarle aplicable de traer causa en modificaciones colectivas¹¹¹⁶.

Centrados, por tanto, en el supuesto de modificaciones sustanciales colectivas adoptadas conforme al procedimiento del art. 64 LC, es necesario precisar, en segundo lugar, cuáles son las facultades de “rescisión” contractual que quedan dentro del ámbito de aplicación del art. 64.9LC. Se ha comentado ya, igualmente, que el párrafo 1º de dicho precepto explícitamente y su párrafo 2º de modo implícito, se refieren a lo que técnicamente se identifica como derecho de “rescisión” contractual¹¹¹⁷ indemnizada reconocido al trabajador en los arts. 41.3 y 40.1 LET. En ambos supuestos, se trata de lo que alguna doctrina ha denominado dimisión “antinovatoria” o “extraordinaria”, de la que unánimemente se predica un carácter extrajudicial, ya que aquí los efectos extintivos son directos e inmediatos¹¹¹⁸.

Sin embargo, el párrafo tercero del art. 64.9 LC introduciendo un matiz de interés a los efectos que aquí interesan, extiende la limitación suspensiva prevista en los anteriores párrafos a las “*acciones de rescisión*” que procedan en “*los demás supuestos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo*”. Son varios los argumentos de orden técnico-jurídico que sustenta la tesis de que el ámbito de la regla suspensiva del citado precepto comprende las acciones resolutorias fundamentadas en el art. 50.1.a) LET¹¹¹⁹. En primer lugar, la técnica utilizada por el legislador consistente tanto el de tratamiento separado dentro de la misma norma de las acciones objeto de la suspensión (párrafos 1º y 2º, frente al tercero), como la expresa diversificación

¹¹¹⁶ ALBIOL MONTESINOS, I, *ibidem*, pg. 107. GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I.-MERCADER UGUINA, J.: “Modificación de condiciones de trabajo, convenios colectivos y crisis empresariales”, RL, nº 23-24, 2003, pg. 81.

¹¹¹⁷ Sobre las diferencias entre la “rescisión” prevista en el art. 41.3 LET y la acción rescisoria civil (art. 1290 y ss. CC, vid. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El Régimen Jurídico de la Modificación sustancial de las Condiciones de Trabajo*, cit., pg. 217.

¹¹¹⁸ Vid. A este respecto, RODRIGUEZ- PIÑERO, M. y FERNANDEZ LOPEZ, M.F.: *La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo*, *La Ley-Actualidad*, 1998, pg. 110; CRUZ VILLALON, J.: “La resolución contractual por modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, RL, 1988, T.I, pp. 455 y ss.

¹¹¹⁹ Se muestran favorables a esta solución, DESDENTADO BONETE, A. y ORELLANA CANO, N.: *Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboralistas*, Bomarzo, 2007, pg. 166.

terminológica -utilizando aquí, en contraposición al “derecho de rescisión” del párrafo primero, la expresión “acción de rescisión” (prf. 3^o) que conecta con una resolución contractual de carácter judicial-, avalan la interpretación de que el objeto de la regla suspensiva regulada en este último apartado es diferente al previsto en los dos apartados anteriores del precepto. Desde esta perspectiva, cabría inferir que el legislador concursal hace referencia en este último caso (art. 64.9. párrafo 3^o LC), a la figura de la resolución contractual indemnizada amparada en el art. 50.1a) LET, es decir, a la acción resolutoria ejercitable por el trabajador afectado por una modificación sustancial que menoscabe la dignidad o perjudique la formación profesional¹¹²⁰.

Por otra parte, una interpretación conjunta y teleológica del art. 64.9 LC abundaría en apoyo de la misma solución. En efecto, repárese en que si la finalidad perseguida por el legislador concursal con este precepto es soslayar temporalmente el gravamen económico añadido que para el empresario concursado supondrían las indemnizaciones resultantes de las extinciones contractuales ex arts. 40.1 y 41.3 ET que vendrían a sumarse al montante crediticio contra la masa, razones de mayor peso existirían para que la suspensión comprendiera, por analogía con las anteriores, a las acciones resolutorias ex art. 50.1.a) ET que, a la sazón, llevan anudadas las indemnizaciones de la mayor cuantía de entre las tasadas por la legislación laboral.

Probablemente por este motivo algún autor ha tachado de contradictorio el hecho de que no se haya establecido el mismo límite para el ejercicio de las acciones resolutorias ex art. 50.1.b) ET¹¹²¹, afirmación que resulta de todo punto acertada tanto cuando vaya referida a las resoluciones postuladas con este fundamento que queden fuera del art. 64.10 LC en las que la indemnización, al igual que las amparadas en la letra a) del mismo precepto será equivalente a la del despido improcedente (art. 50.2 ET), como si se vincula a las resoluciones del citado art. 64.10 LC que por efecto de la *vis atractiva* del concurso y la reformulación colectivizadora que legalmente se les

¹¹²⁰ Vid., en este sentido, ALBIOL MONTESINOS, I.: Aspectos laborales de la Ley Concursal, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 76-78 para el que la suspensión tiene, como en el supuesto anterior, la finalidad de contribuir a asegurar la viabilidad de la empresa en crisis evitando temporalmente el pago de las indemnizaciones correspondientes a estas extinciones que constituirán créditos contra la masa.

¹¹²¹ Vid. RIOS SALMERON, B. op. cit., pg. 147.

impone llevarían anudada, como se razonó en su momento, la indemnización menor (20 días por año hasta 12 meses) del art. 51.8 ET. Pero aún así, esto es, aun acompañadas por una indemnización inferior, su cuantía es idéntica a la de las indemnizaciones de las rescisiones de los arts. 40.1 y 41.3 ET, por lo que resulta aporético el diferente tratamiento legal dado a unas y otras acciones extintivas: en el primer caso, suspendiendo temporalmente la facultad resolutoria ex art. 64.9 LC y en el segundo caso, manteniéndola operativa aunque sometiéndola a una reformulación colectivizadora ex art. 64.10 LC que la asimila al despido colectivo.

Se ha apuntado, con razón, que las prohibiciones al ejercicio de las acciones rescisorias establecidas en el art. 64.9 LC se mueven en un margen de difícil equilibrio entre los intereses del concurso – a cuya tutela se orienta la suspensión- y el de los trabajadores individuales afectados por las medidas modificativas colectivas perjudiciales proyectadas en el procedimiento de regulación de empleo, al que responde el límite temporal de la prohibición¹¹²². Pero, en todo caso, aun valorada la prescripción legal desde esta óptica finalista, se justifica plenamente también la afirmación doctrinal de que aquí, una vez más, la prevalencia del interés del concurso implica una *minoración* de los derechos que la legislación laboral ordinaria reconoce al trabajador¹¹²³; y lo es hasta el punto de implicar una ruptura, aunque sea temporal, del equilibrio de prestaciones recíprocas (sinalagma contractual) en perjuicio del trabajador¹¹²⁴ que, si cabe, se intensificaría en el caso de que la prohibición del art. 64.9 LC afectara, a tenor de los criterios hermenéuticos manejados hasta ahora, a la acción resolutoria fundada en la letra a) del art. 50.1 ET que, como se sabe, se configura como una técnica de tutela legal del trabajador ante medidas modificativas gravemente lesivas de derechos básicos de relevancia constitucional que, incluso, pueden y suelen concernir a derechos fundamentales.

Por este motivo y aunque existan suficientes argumentos de orden técnico-jurídico, ya señalados, en apoyo de la solución incluyente de la dimisión

¹¹²² MERCADER/ALAMEDA, “Comentario...”, cit., pg. 1221.

¹¹²³ Vid. a este respecto, MONEREO PEREZ, J.L.: “Concurso y relaciones laborales...”, cit., pg. 30.

¹¹²⁴ En este sentido, GARCIA-PERROTE/MERCADER UGUINA, op. cit., pg. 499. Vid. también a este respecto la crítica del precepto en el Dictamen CES 4/2001 en relación con el ALC, en el que se pronunciaba por la conveniencia de respetar las facultades rescisorias en los términos previstos en la legislación laboral

provocada ex art. 50.1.a) ET en el ámbito material de las prohibiciones establecidas en el art. 64.9 LC, desde una perspectiva político-jurídica habría que abogar por la solución contraria en sentido excluyente de dicha regla prohibitiva. Se trataría, pues, de apostar por una interpretación restrictiva de la previsión concursal bajo un prisma diverso y conforme a tres planos: primero, su carácter de norma limitativa de derechos subjetivos, de modo que la suspensión de las resoluciones indemnizadas habría de ceñirse exclusivamente a los supuestos explícitamente tasados; segundo, conforme a interpretación histórica, conforme a sus antecedentes prelegislativos en la reforma concursal; y tercero, y probablemente el de mayor calado: la interpretación del precepto en la lógica de efectividad de derechos constitucionales de los trabajadores de la empresa concursada que se vean concernidos por la medida modificativa empresarial lesiva de la dignidad.

Desde esta perspectiva constitucional que impone la efectividad de la tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores en la empresa (lógica de ciudadanía social propia de la constitución garantista del trabajo) , debe rechazarse desde luego cualquier solución que suponga que la ya comentada racionalidad jurídica del Derecho concursal (preferencia del principio de eficiencia sobre el principio de protección) implique el sacrificio de derechos de los trabajadores, en ocasiones derechos fundamentales, como los que pueden verse implicados en la aplicación de modificación sustancial afectante a la dignidad, tal y como sucede en el supuesto de hecho del precitado precepto estatutario (art. 50.1.a) ET). Por esta razón, principalmente, se justifica una interpretación distinta del tan citado art. 64.9 LC en el sentido de excluir de su ámbito material las resoluciones amparadas en el art. 50.1.a) ET, al que se suma, por lo demás, como tercer argumento el dato de que en ninguno de los textos prelegislativos los precedentes del precepto actual (criterio histórico) hayan contenido referencia alguna a la institución resolutoria del art. 50.1 ET¹¹²⁵.

Sea como fuere, tanto en el caso de entender que del ar.64.6.3^o LC se infiere por vía interpretativa que la limitación regulada se refiere al ejercicio de

¹¹²⁵ Así, GARCIA-PERROTE/MERCADER UGUINA, op. cit, pg. 498-499, precisan, en referencia al ALC 2001 y el PLC, que las prohibiciones relativas a las acciones rescisorias contempladas en estos textos, no debían vincularse a cualquier pretensión extintiva y en particular a las del art. 50 ET (atentado a la dignidad de los trabajadores).

acciones de resolución instadas por los trabajadores al amparo del art. 50.1.a) ET, cuanto si se opta por la solución contraria de que estas acciones de resolución quedarían extramuros del precepto –que aquí se postula por ser la más respetuosa con las exigencias de garantía de efectividad de los derechos fundamentales y la más acorde con la reconstrucción interpretativa del art. 50 LET conforme a esa lógica constitucional–, la acción del trabajador ex art. 50.1.a) ET que se considerase perjudicado sería ejercitable, antes o después, sobre la base de la modificación sustancial de condiciones de trabajo lesiva adoptada conforme al procedimiento del art. 64 LC.

Llegados a este punto, se abren tres problemas hermenéuticos más: primero, la viabilidad de la hipótesis de que tales medidas modificativas colectivas autorizadas por el juez mercantil puedan engendrar un perjuicio cualificado para un trabajador individual incluido en su radio de acción; segundo, si existiendo dicho perjuicio, el supuesto de hecho sería constitutivo de un incumplimiento imputable al empleador que, como se ha sostenido¹¹²⁶, es elemento estructural de todas las aperturas causales del art. 50.1 LET y tercero, cuál sería el orden jurisdiccional competente para conocer y resolver estas pretensiones extintivas.

2.4 Modificaciones sustanciales cualificadamente lesivas acordadas por el juez mercantil en el ERE concursal. Puntos críticos

En lo concerniente a la primera cuestión, debe partirse de la base de que el hecho de que las modificaciones colectivas que se aprueben en el procedimiento especial de regulación de plantilla ex art. 64 LC lo sean en virtud de acuerdo entre la administración concursal y los representantes de los trabajadores o, en defecto de dicho acuerdo, en virtud de la decisión del juez del concurso (art. 64.7 LC), no excluye la posibilidad de que alguna/s de ellas pueda engendrar el efecto lesivo (perjuicio cualificado) previsto en el art. 50.1a) LET para algún trabajador implicado en su ámbito de aplicación.

¹¹²⁶ En contra, RODRIGUEZ-PIÑERO/FERNÁNDEZ LÓPEZ: La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo, cit., pp. 158-159, quienes dudan de que en la base de la figura extintiva ex art. 50 LET exista un incumplimiento empresarial, precisamente a la vista del supuesto de hecho previsto en su letra a).

Desde luego, tal hipótesis lesiva no es descartable en caso de acuerdo fruto de la negociación “participativa” que incorpora el subsistema jurídico concursal de gestión laboral de la crisis de empresa¹¹²⁷, del mismo modo que dicha eventualidad lesiva tampoco es inimaginable respecto de medidas modificativas colectivas acordadas entre empleador y representantes de los trabajadores en la paralela fase de consultas-negociación prevista en el procedimiento extraconcursal ex art. 41.4 LET¹¹²⁸. En efecto, tal y como se sostuvo en el capítulo correspondiente al incumplimiento tipificado en el art. 50.1.a) ET, sin perjuicio de la legalidad de la modificación sustancial colectiva pactada en sus planos causal y procedimental, la medida podría muy bien puede tacharse de ilícita para un trabajador en particular si produce un grave perjuicio a su formación profesional y/o dignidad. Buena prueba de ello es que cuando el legislador estatutario se refiere indirectamente a esta modalidad extintiva anudada al perjuicio cualificado (art. 41.3) y la regla [art. 50.1.a)], no contempla salvedad alguna relativa a modificaciones colectivas consensuadas con los representantes de los trabajadores.

Tampoco cabe descartar la producción del perjuicio cualificado por parte de modificaciones sustanciales que hubiese de acordar el Juez del concurso (en ausencia de acuerdo colectivo o en caso de patología del mismo ex art. 64.7LC), si se considera, como más adelante se detallará, que el Juez de lo mercantil viene a ocupar en el contexto concursal la posición jurídica que correspondía a la Administración Laboral en el procedimiento ordinario de modificación sustancial colectiva (art. 41 LET) y traslado colectivo (art. 40.2 LET) previamente a la reforma operada por la Ley 11/1994 y la que le corresponde actualmente en el vigente procedimiento de regulación de empleo ex art. 51 LET¹¹²⁹.

En este sentido, ha de recordarse que doctrina científica y jurisprudencia mayoritarias previas a la reforma del art. 41 ET por obra de la Ley 11/1994,

¹¹²⁷ Sobre la negociación “gestional o participativa” en los procedimientos concursales, vid. MONEREO PEREZ, J.L.: “Concurso y relaciones laborales. Efectos laborales de la declaración de concurso”, RL, n^o 15-16, pp. 20-27.

¹¹²⁸ Vid. BEJARANO HERNANDEZ, A.: Extinción indemnizada del contrato por causa de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pg. 49; DE MIGUEL LORENZO, A.M.: La extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, Madrid, Civitas, 1993, pg.68.

¹¹²⁹ MONEREO PEREZ, J.L.: “Concurso y relaciones laborales...”, cit., pp. 28-29; CRUZ VILLALÓN, J.: “Despidos y suspensiones ...” cit. Pg. 549.

coincidían en la interpretación de que el art. 50.1.a) LET resultaba operativo tanto frente a modificaciones no autorizadas, cuanto respecto de las autorizadas por la Administración, con tal de que el perjuicio cualificado existiese y fuese acreditado, admitiendo en tal caso la existencia del incumplimiento resolutorio¹¹³⁰. Pues bien, si la autorización administrativa precedente a la reforma estatutaria de 1994 no resultaba excluyente del perjuicio cualificado, no cabe más conclusión que la de afirmar que el auto judicial en base al cual se aplique la modificación sustancial en el marco del concurso tampoco desplegará ese efecto excluyente del perjuicio que justifica la resolución contractual del art. 50.1.a) ET.

Por otra parte, ha de tomarse también en consideración que el juez al tener que pronunciarse, a falta de acuerdo colectivo, acerca de las modificaciones sustanciales propuestas por el empresario-deudor o la administración concursal, “determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral”(art. 64.7 *in fine* LC), lo que significa, aquí, que habrá de hacerlo conforme al art. 41 ET. Ello implica que el Juez mercantil al resolver lo que proceda habrá de ocuparse de apreciar la existencia o no de la relación de causalidad entre la modificación sustancial propuesta y los objetivos perseguidos (garantizar la viabilidad de la empresa y el empleo (art. 64.4 y 5 LC) así como el cumplimiento del principio de proporcionalidad cualitativa, cuantitativa y temporal de la medida modificativa¹¹³¹, pero, por el contrario, no le compete ni es imaginable que entre a valorar el impacto que la misma pueda tener en la relación individual de cada uno de los trabajadores implicados, por

¹¹³⁰ Vid. por todas, SSTSud 9-6-1987 (RJ 4318) y 8-2-1994 (RJ 749). Por su parte la doctrina sostenía la tesis de que la letra a) del art. 50 era de aplicación a modificaciones sustanciales autorizadas al considerar que el centro de imputación normativa del precepto es el perjuicio al trabajador, de modo que éste es el elemento que justifica la resolución independientemente de su imputabilidad o no al empresario. En este sentido, vid. CRUZ VILLALON, J.: “La resolución contractual por modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo”, cit. Pp. 453 y ss.; RIVERO LAMAS, J.: “Modificación de las condiciones de trabajo”, cit. Pg.205; DURAN LÓPEZ, F.: “Resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador y despido”, cit., pg. 368 y ss.

¹¹³¹ Proporcionalidad en su triple vertiente: cualitativa (equilibrio entre la situación de la empresa y los cambios pretendidos), cuantitativa (relación entre las necesidades planteadas y el número de trabajadores afectados por la medida) y temporal (en función de que las causas justificativas sean estructurales o meramente coyunturales). Vid. en este sentido, GARCIA-PERROTE/MERCADER UGUINA, op., cit., pg. 498 en remisión a la tesis de CRUZ VILLALON, J., “El art. 41 ...”, cit., pp. 121-122. Lo anterior hace que resulte hasta cierto punto incoherente que previamente se afirme que el juez del concurso “tendrá que autorizar en todos los casos la modificación o modificaciones propuestas”, idem. GARCIA-PERROTE/MERCADER, pg. 498, ya que aunque el vigente art. 41.4 ET atribuya al empresario la facultad unilateral de novación extraordinaria del contrato, la LC, guste o no, judicializa el procedimiento y somete a la medida propuesta al juicio de razonabilidad y proporcionalidad antes mencionado. Para una crítica de esta opción legal, vid. DESDENTADO BONETE, A., “La reforma concursal...”, cit., pg. 446.

lo que la hipótesis de la producción de un perjuicio a la dignidad o formación profesional de alguno de ellos por parte de modificaciones sustanciales autorizadas en el auto es perfectamente verosímil.

En conclusión, pues, de todo lo antedicho, la tesis más ajustada, en mi opinión, conforme a una interpretación sistemática del art. 64.10 LC en relación con la dinámica histórica del art. 50.1.a) ET previa a la reforma de las medidas novatorias sustanciales del contrato ex art. 41, reside en la consideración de que el incumplimiento resolutorio tipificado en el precepto estatutario es plenamente operativo en el marco del procedimiento de regulación de empleo concursal¹¹³²

2.5 El problema de la imputabilidad del incumplimiento al empresario-deudor

La problema interpretativo a abordar en segundo término es el concerniente a si la modificación colectiva cualificadamente lesiva adoptada en contexto concursal es imputable al empleador, no en el sentido de concurrencia de culpabilidad – que como ya se comentó en su momento no debe ser considerado un elemento estructural de ninguna de las aperturas causales del art. 50 ET- , sino en el de la presencia de su voluntad en la adopción de la medida modificativa que resulta lesiva, requisito al que se supeditaría la viabilidad de la dimisión provocada al amparo del precitado art. 50.1a) LET¹¹³³.

En efecto, si el precepto estatutario justifica la resolución contractual en base a la responsabilidad objetiva del empresario por el daño inferido, habría que dilucidar en qué medida juega la voluntad empresarial cuando la modificación de condiciones de trabajo de alcance colectivo y con efectos lesivos se adopta en contexto concursal. No se trata, por tanto, de apostar por una interpretación en clave subjetivista o culpabilista de la figura extintiva, sino

¹¹³² Para alguna doctrina, sin embargo, esta hipótesis de lesividad no parece razonable en el marco del procedimiento concursal de regulación de empleo, al tratarse de “modificaciones justificadas y regularmente adoptadas o autorizadas en el expediente judicial del art. 64 LC, en la medida de que el art. 50.1.a) ET sólo juega en supuestos de incumplimiento y no hay incumplimiento si la modificación se ha adoptado regularmente y está justificada, aunque pueda ser perjudicial para el trabajador”, aunque los autores no la descartan de plano al postular para tal hipótesis la aplicación de la regla prohibitiva del art. 64.9 LC, vid. DESDENTADO BONETE, A. ORELLANA CANO, N.: Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboristas, cit. pg. 166.

¹¹³³ En este sentido, RODRIGUEZ-PIÑERO/FERNÁNDEZ LÓPEZ, op. Cit., pg. 169.

más bien de determinar si la voluntad del empresario debe estar presente (estar en el origen) de la implantación de la modificación sustancial afectante a los derechos del trabajador. Desde esta perspectiva, desde luego que la situación de partida es diversa según nos encontremos en un contexto de crisis extraconcursal o sometida a concurso.

En lo que se refiere al régimen jurídico estatutario aplicable a las modificaciones sustanciales que se adopten en contexto “pre” o “extraconcursal”, la voluntad del empleador concurre en todos los supuestos legales (modificaciones individuales y colectivas) al ser éste el sujeto al que la Ley atribuye la facultad novatoria extraordinaria del contrato de trabajo ex arts. 40.2 y 41 LET¹¹³⁴. De este modo, las modificaciones colectivas en el marco de una reestructuración extraconcursal de la empresa se configuran como una facultad empresarial manifestación de su poder directivo organizacional; carácter que no se desvirtúa por el hecho de que en el preceptivo periodo de consultas-negociación se alcance un acuerdo con los representantes de los trabajadores vinculante en todos sus términos para el empleador cuando éste aplique la medida modificativa. Bajo este punto de vista, la circunstancia de que la medida modificativa se aplique y sea efectiva sobre la base de un acuerdo negocial entre el empresario y los representantes de los trabajadores, esto es, con el concurso de la voluntad de la representación de los trabajadores (codecisión) no implica la desvirtualización de la imputabilidad empresarial, presupuesto legal de la facultad resolutoria regulada en el art. 50 LET. En conclusión, pues, en el marco de una crisis extraconcursal y conforme al sistema jurídico estatutario, la solución a la que se llega no es otra que la viabilidad de la acción resolutoria ex art. 50.1a) LET ante una modificación sustancial colectiva adoptada en virtud de acuerdo negocial en periodo de consultas, siempre que ésta produzca un perjuicio cualificado para el trabajador implicado en su radio de acción.

Ahora bien, ¿puede mantenerse la misma tesis en contexto concursal y respecto de una modificación sustancial colectiva adoptada, por tanto, conforme al procedimiento de regulación de empleo regulado en el art. 64 LC? Planteado el problema en otros términos: aun dándose la producción del perjuicio cualificado integrante del tipo ex art. 50.1a) LET, que, como hemos

¹¹³⁴ RODRIGUEZ-PIÑERO- FERNÁNDEZ LÓPEZ: La voluntad del trabajador..., cit., pg. 166.

visto, no es inviable en este supuesto, ¿podría sostenerse aquí la imputabilidad empresarial, en la acepción anteriormente propuesta, que está en la base de la institución resolutoria por incumplimiento?

El análisis del régimen aplicable a las medidas colectivas de modificación sustancial de condiciones de trabajo objeto del procedimiento de regulación de empleo concursal ex art. 64 LC en lo particularmente lo relativo a los sujetos legitimados para su iniciación, la consulta-negociación y el alcance de la intervención del juez mercantil cuando, en defecto de acuerdo colectivo, deba resolver acerca de las modificaciones sustanciales propuestas, aporta, como seguidamente se vera, argumentos más que suficientes en apoyo de una respuesta afirmativa: la imputabilidad empresarial de la modificación lesiva y, por consiguiente, la plena operatividad del art. 50.1.a) ET respecto de modificaciones sustanciales colectivas.

En lo atinente, en primer lugar, a la **legitimación empresarial para la incoación del procedimiento**, esto es, para la solicitud de medidas laborales colectivas de ajuste, la LC ha terminado atribuyendo legitimación al empresario concursado, además de a la administración concursal y los representantes de los trabajadores, para la solicitud o propuesta de las que considera precisas en aras de la viabilidad de la empresa y el empleo (art. 64.2 LC)¹¹³⁵ y todo parece indicar que lo hace tanto para el supuesto de concurso voluntario como necesario, puesto que la norma no distingue a este respecto.

La solución legal es perfectamente coherente con la posición jurídica del deudor en el concurso voluntario en el que, como se ha dicho, conserva, por lo general, las facultades de administración de su patrimonio, incluida la empresa, si bien con el límite derivado de la intervención ejercida por la administración concursal, pero puede resultar más cuestionable de tratarse de concurso necesario en el que el deudor queda desposeído temporalmente *ope legis* de dichas facultades que son asumidas, por sustitución, por la administración concursal. No obstante, la doctrina ha advertido de que estos controles “débil” y “fuerte” que se ejercen sobre el empresario concursado según se trate, respectivamente, de concurso voluntario o necesario, no entran en

¹¹³⁵ Como se recordará el ALC 2001 reservaba esta legitimación en exclusiva a la administración concursal, legitimación que el PLC amplió al deudor para finalmente extenderse así mismo en el iter parlamentario a los representantes de los trabajadores, tal y como aparece en el texto definitivo LC.

contradicción con la atribución de legitimación legal para la solicitud de medidas laborales colectivas, dado que se trata de una competencia meramente instrumental cuya efecto es la puesta en marcha del procedimiento de empleo concursal¹¹³⁶.

Sin embargo, cabe cuestionarse el pretendido alcance meramente instrumental atribuido a la facultad de iniciativa concedida en esta materia al empresario, básicamente por dos razones. Por un lado, porque no deja de implicar la atribución de una potestad de propuesta en orden a la adopción de las medidas colectivas de reestructuración, lo que, en consecuencia, supone que la voluntad del empleador no es en absoluto ajena a la aplicación de las modificaciones sustanciales colectivas, por mucho que a partir de ese momento quede al margen del procedimiento al reservarse las competencias negociadoras a la administración concursal en la fase de consultas. Desde este punto de vista, pues, aplicándose en la empresa concursada una medida modificativa colectiva cualificadamente lesiva, no podría considerarse inviable el ejercicio de la facultad resolutoria ex art. 50.1.a) LET. Y por otro lado, porque, como ya se adelantó más arriba, la potestad de iniciativa conferida al empresario, puede tener una influencia decisiva acerca de las medidas colectivas de ajuste que finalmente se apliquen.

Piénsese, en este sentido, que el contenido de la solicitud empresarial (*petitum*) en orden a las medidas propuestas, causas alegadas y objetivos perseguidos, va a actuar como condicionante directo, caso de no alcanzarse acuerdo colectivo, del sentido –autorizante o denegatorio- de la resolución del juez del concurso, que en virtud del principio de congruencia deberá pronunciarse exclusivamente sobre las medidas solicitadas autorizándolas o no, total o parcialmente, sin que pueda proponer otras alternativas; pero además, y lo que aún es más importante, el pronunciamiento judicial en sentido estimatorio o desestimatorio de la autorización va a depender de la acreditación de la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas y su funcionalidad en orden a los objetivos de continuidad y viabilidad empresarial, circunstancias todas ellas que tratará de justificar el solicitante –en este caso al empresario-

¹¹³⁶ En este sentido, CRUZ VILLALÓN, J.: “Despidos y suspensiones...”, cit. Pg. 531. En la misma línea argumental, vid. DE LA PUEBLA PINILLA, A.: Comentario al art. 64, en Comentarios a la Ley Concursal, cit. Pg. 732.

no sólo en la propia solicitud, sino en el plan social que imperativamente deberá acompañarla en caso de empresas de más de 50 trabajadores ex art. 64.5.2^o LC.

En segundo lugar, ha de evaluarse el **papel del empresario-deudor en la preceptiva fase de consultas** y su incidencia en las modificaciones sustanciales que pudieran acordarse en ella. Ya se ha dicho, que el empresario carece de legitimación legal para la negociación de las medidas laborales colectivas, y ello es así tanto se trate de concurso voluntario como necesario. No debe olvidarse, en este sentido, que sin perjuicio de que en el caso de concurso voluntario el empresario conserva intactas las facultades de administración y disposición de su patrimonio y, por tanto las potestades de gestión de la empresa de su titularidad, la LC (art. 64.5-6) le despoja de las facultades de consulta-negociación con los representantes de los trabajadores (que, sin embargo, ostenta en el marco jurídico extraconcursal de crisis de empresa respecto de medidas laborales colectivas de reorganización) y se las transfiere a la administración concursal: una técnica incardinable en la lógica legal de control o intervención *fuerte* en materia de regulación de plantilla de la empresa concursada. Siendo esto así, con mayor fundamento opera la sustracción legal al empleador de dicha capacidad negocial en caso de concurso necesario, supuesto en el que se impone su sustitución por la administración concursal con carácter general en las facultades de gestión de su patrimonio (art. 40.2 LC) y en particular en la adopción de “las medidas necesarias para la continuación de la actividad empresarial” (art.44.3LC), entre las que, por supuesto, se incluyen las relativas a los contratos de trabajo.

Desde esta perspectiva, es claro que la administración concursal asume en la fase de negociación del ERE concursal la posición jurídica que corresponde al empleador en el régimen estatutario de modificación sustancial colectiva de condiciones de trabajo (y demás medidas de reestructuración), aunque, como bien matiza la doctrina, lo hace de una forma singular expresada en rotundas diferencias en los planos formal y material. En efecto, el nuevo régimen jurídico concursal atribuye a la administración concursal, con carácter general, una función de garante de los intereses del concurso, tal y como se desprende de los arts. 43.1 y 50.2 LC, de modo que en ningún caso, y en particular en la fase negocial para la adopción de las medidas laborales

colectivas que resulten necesarias, podrá actuar en defensa de los intereses de los acreedores indiferenciados, pero tampoco en representación y defensa de los intereses del empresario-deudor¹¹³⁷.

Sin embargo, lo anterior no debe llevar a la conclusión de que la existencia de un acuerdo entre la administración concursal y los representantes de los trabajadores ex art. 64.7 LC en orden a la aplicación de modificaciones sustanciales que puedan resultar cualificadamente lesivas ex art. 50.1.a) LET, excluya la operatividad del instituto resolutorio por no ser parte el empresario-deudor en el acuerdo de reorganización productiva que sirve de base a la implantación de la medida modificativa. Y ello es así, porque sin dejar de reconocer que la administración concursal no actúa en la fase negocial en representación de los intereses del titular de la empresa, no es menos cierto que aquí ocupa *ex lege* la posición jurídica que al empleador corresponde en contexto extraconcursal, al igual que ocurre en el supuesto de que sea ésta la que inste el procedimiento mediante la solicitud de las medidas de regulación de empleo (en este caso la modificación sustancial): en ambos casos, la LC, a resultas de la intervención judicial de mayor o menor grado a la que está sometida la empresa concursada, ha impuesto que la administración concursal sustituya al empresario y ejerza los poderes de gestión laboral que en el ámbito extraconcursal sólo a él le competen.

En consecuencia y por lo que ahora interesa, en el supuesto de que una modificación sustancial de condiciones de trabajo -sea propuesta por el empresario-deudor o lo sea por la administración concursal (ex art. 64.2 LC)- entre a formar parte del acuerdo de reorganización productiva que deberá ser aceptado por el juez del concurso en sus propios términos ex art. 64.7 LC, si tras su implementación resultase lesiva de la dignidad o la formación profesional de un trabajador quedará integrado el incumplimiento empresarial tipificado en el art. 50.1.a) ET y plenamente viable la acción resolutoria del perjudicado.

Sin perjuicio del razonamiento precedente, la presencia de la voluntad empresarial en la aplicación durante el concurso de la modificación sustancial

¹¹³⁷ Vid. CRUZ VILLALON, J.: “Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales”, cit., pp. 538-539. Asumiendo esta tesis, MOLERO MARAÑÓN, M.L.: “El régimen jurídico de la indemnización frente a la extinción colectiva en la Ley Concursal”, RL, nº 15-16, 2005, pp.92-94.

productora de perjuicio cualificado puede verificarse por otras circunstancias diversas a las anteriormente señaladas, vinculadas ahora al **carácter de la intervención jurisdiccional** en la resolución del procedimiento de regulación de empleo concursal.

Ya ha sido objeto de análisis en diferentes ocasiones a lo largo de este trabajo, la controvertida cuestión del carácter decisorio o autorizante del auto judicial que resuelve acerca de las medidas laborales colectivas necesarias para la reestructuración de la empresa concursada, por lo que baste ahora recordar que la postura doctrinal mayoritaria le atribuye un valor autorizante análogo al de la autorización administrativa del ERE estatutario, tanto si viene precedido de acuerdo negocial en la fase de consultas, como, si a falta de acuerdo, haya debido pronunciarse discrecionalmente acerca de las medidas propuestas en la solicitud; solución que en lo atinente a medidas modificativas no se vería interferida por los obstáculos, comentados en su momento, operativos respecto a medidas extintivas y que además cuenta con un refrendo legal explícito: auto judicial que “autoriza” la modificación, es la expresión utilizada por el art. 64.9 LC.

Si ello es así, tanto en el caso de formulación abstracta del auto que autorice la modificación sustancial, como en el de formulación concreta de su parte dispositiva, será precisa una ulterior actuación del empresario-deudor o de la administración concursal para la materialización y aplicación individualizada de la modificación sustancial, de modo que su efectividad quedaría vinculada a la voluntad del empresario o, en su caso, de la administración concursal que, de nuevo aquí, y a estos efectos ejercería los poderes novatorios del empleador¹¹³⁸. Este sería, pues, un argumento más para afirmar con rotundidad la integración del supuesto de hecho resolutorio ex art. 50.1.a) ET y la viabilidad de la correspondiente acción del trabajador, siempre que la medida modificativa fuese productora del perjuicio cualificado al que se refiere dicho precepto, acción que, por lo demás, y de acuerdo con la tesis ya defendida en su momento, no se vería limitada por la suspensión impuesta a las “acciones rescisorias” por el art. 64.9 LC.

¹¹³⁸Sobre la necesaria actuación de la administración concursal para la efectividad de las modificaciones colectivas acordadas en el auto, vid. ALBIOL MONTESINOS, I., Aspectos..., pg. 75.

2.6 Aspectos procesales de la dimisión provocada ex art. 50.1.a) ET en el concurso: la competencia jurisdiccional

Queda, por último, abordar el tercer problema interpretativo concerniente, ahora, a la determinación del orden jurisdiccional competente para el conocimiento y resolución de la pretensión extintiva inducida por una modificación sustancial colectiva autorizada por el juez mercantil que pudiera ejercitar un trabajador al amparo del art. 50.1.a) ET.

Aunque los pronunciamientos doctrinales específicos a este respecto son escasos, cabe aventurar dos soluciones contrapuestas por analogía a las postuladas en relación a las facultades rescisorias previstas en los arts. 40.1 y 41.3 ET.

La primera postura apuesta por la competencia del juez mercantil y la razón que la fundamenta residiría en la identificación de acción resolutoria del art. 50.1.a) ET como cuestión litigiosa asimilable, no a las resoluciones colectivizadas del art. 64.10 LC, sino a la noción de “acciones sociales que tengan por objeto la extinción (...) de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado” que los arts. 8.2º LC y 86 *ter* LOPJ atribuyen a la competencia exclusiva y excluyente del juez mercantil. De ser así, se trataría de acciones ejercidas por los trabajadores afectados contra el auto que autoriza la modificación lesiva relativas a cuestiones referidas estrictamente a su relación jurídica individual que, como se sabe, el art. 64.8.2º LC reconduce al incidente laboral del art. 195 LC con sentencia recurrible en suplicación, ya ante el orden social¹¹³⁹.

La segunda solución, inscribe tales acciones en el ámbito competencial del orden social de la jurisdicción que se sustentaría, básicamente, en dos argumentos: por un lado, la atribución general de competencia que a la jurisdicción laboral le asignan el art. 9.5 LOPJ y el reformado art. 2.a) LPL¹¹⁴⁰ y,

¹¹³⁹ En este sentido, ALBIOL MONTESINOS, I., Aspectos..., cit. pg. 97; RIOS SALMERON, B., “La nueva Ley Concursal...”, cit., pg. 150, sostiene también indirectamente esta tesis, por analogía con las rescisiones indemnizadas de los arts. 40 y 41 ET que el autor atribuye expresamente a la competencia del juez del concurso, por lo que su planteamiento ante el juez social exigiría la inadmisión de dichas demandas, de conformidad con lo establecido en el art. 50.1 LC.

¹¹⁴⁰ Para esta postura, pero en relación con las acciones rescisorias atribuidas al trabajador en los arts. 40 y 41 ET, vid. FERNANDEZ LOPEZ, M.F., “Delimitación...”, cit., pp. 36-37, para la que las reglas de la

por otro lado, el de que aun siendo acciones de extinción inducidas por una modificación autorizada por el juez mercantil, no pueden ser consideradas impugnaciones del auto, únicas atribuidas a dicha autoridad judicial ex art. 64.8 LC, ni acciones sociales residentes en el art. 8.2^o LC¹¹⁴¹.

No son desdeñables tales argumentos, pero, con todo, debe apostillarse que esa atribución general de competencia a la jurisdicción social prevista en la LPL (art. 2.a) para todas las cuestiones litigiosas que se promuevan entre empresarios y trabajadores, tiene la expresa excepción de lo “dispuesto en la Ley Concursal”, salvedad que aquí podría remitir, bajo mi punto de vista, a la competencia exclusiva y excluyente conferida al juez mercantil por los arts. 86 *ter* LOPJ y 8.2^o LPL en las acciones sociales que tengan por objeto, entre otros, la extinción de los contratos de trabajo en las que sea empleador el concursado, que es la pretensión que, precisamente, está en la base de la dimisión provocada del art. 50.1.a) ET inducida por modificación sustancial autorizada por el juez del concurso.

No obstante, la objeción que acaba de exponerse acerca de la competencia de los jueces de lo social para el conocimiento de las acciones resolutorias ejercidas por los trabajadores sobre la base de modificaciones sustanciales colectivas lesivas ex art. 50.1.a) ET autorizadas por el juez del concurso, se salvaría apelando al carácter autorizante de la resolución del juez mercantil que pone fin al procedimiento de regulación de empleo y al ulterior acto del empresario-deudor o de la administración concursal preciso para la efectividad individual de las modificaciones aceptadas judicialmente, siempre, eso sí, que se trate de un auto con formulación en abstracto de las medidas reestructuradoras que se autorizan. Entonces, el efecto modificativo de las

normativa concursal (art. 64.9 LC) sólo son aplicables en lo relativo a las condiciones de ejercicio de dichas acciones, pero superadas las limitaciones impuestas siguen su régimen ordinario a todos los efectos ante la jurisdicción social que es la “naturalmente” competente.

¹¹⁴¹ Vid. FERNANDEZ LOPEZ, M.F., “Delimitación...”, cit., pp. 36-37, que aunque no se pronuncia acerca de las resoluciones del art. 50.1.a) ET, sí que lo hace en relación con las, a este respecto, análogas de los arts. 40.1 y 41.3 ET para la que, a juicio de la autora, las reglas previstas en la normativa concursal sobre las mismas (art. 64.9 LC) sólo son aplicables en lo relativo a sus condiciones de ejercicio, pero superadas las limitaciones impuestas siguen su régimen ordinario a todos los efectos ante la jurisdicción social que es la “naturalmente” competente. En el mismo sentido, DESDENTADO BONETE, A., “La reforma concursal...”, cit., pg. 448 y DE LA PUEBLA PINILLA, A., “Comentario...”, cit., pg. 755; ambos autores consideran que la competencia del juez mercantil se limita a las acciones contra el auto y las acciones rescisorias previstas en estos preceptos estatutarios no tienen por objeto la impugnación del mismo, lo que *mutatis mutandi* sería igualmente predicable de la acción resolutoria del art. 50.1.a) ET.

condiciones de trabajo y el eventual perjuicio a la dignidad y/o la formación profesional del trabajador serían directamente imputables al empleador (o a la administración concursal que lo sustituya en el ejercicio de la potestad modificativa contractual), cumpliéndose, así, las condiciones exigidas por la LPL (art. 2.a) LPL) para que se opere la conversión competencial a favor de la jurisdicción social en lo atinente, aquí, a las resoluciones solicitadas al amparo de aquél precepto estatutario.

Sea como fuere y pese a los matices que merecen los argumentos esgrimidos en su fundamento, la tesis de la competencia de los jueces de lo social es la que procura una tutela más inmediata al trabajador en lo que podría considerarse el orden jurisdiccional al que corresponde la competencia “natural” en esta materia, que en otro caso terminaría siendo igualmente competente, si bien por la vía del recurso de suplicación previsto contra la sentencia del juez mercantil que resuelva el incidente laboral (art. 64.8.2º LC).

CAPITULO VI. ACOSO MORAL EN EL TRABAJO Y DIMISIÓN PROVOCADA. UNA RECONSTRUCCIÓN DEL ARTÍCULO 50 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES EN LA LÓGICA GARANTISTA DE DERECHOS DE CIUDADANÍA DEL TRABAJADOR

- I. CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO: ACOSO MORAL EN EL ÁMBITO DEL EMPLEO “PRIVADO” Y SU TUTELA JURÍDICO-LABORAL. EN PARTICULAR, TUTELA ANTIACOSO MORAL EN EL TRABAJO Y DIMISIÓN PROVOCADA EX ARTÍCULO 50 LET.**

- II. INTRODUCCION. LA CONTEXTUALIZACIÓN DEL ILÍCITO: EL PROBLEMA SOCIAL DE EMERGENCIA DEL ACOSO MORAL Y LA NECESIDAD DE MECANISMOS DE TUTELA JURÍDICA.**

- III. APUNTES SOBRE EL PROCESO DE JURIDIFICACIÓN DEL ACOSO MORAL EN EL TRABAJO**
 1. Inexistencia de tipificación jurídica por vía heterónoma y colectiva en el ordenamiento español
 2. Aportaciones normativas a la tipificación jurídica y tutela frente al acoso moral en el Derecho Comunitario
 3. Aproximaciones conceptuales y garantistas al acoso moral laboral en el ordenamiento jurídico español
 - 3.1 La nueva legislación española antidiscriminatoria. Carencias y aportaciones a la configuración jurídica del acoso moral en el trabajo
 - 3.2 Aportaciones conceptuales del nuevo Estatuto del Empleado Público y del Proyecto de Reforma del Código Penal
 - 3.3 El tratamiento del acoso moral en la negociación colectiva
 4. Concepto y caracterización jurídica del acoso moral en la doctrina judicial. Apuntes críticos

IV. LOS BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS Y DERECHOS AFECTADOS. LA PLURIOFENSIVIDAD DEL ACOSO MORAL EN EL TRABAJO

V. LA PLURALIDAD DE TÉCNICAS JURÍDICO-LABORALES DE TUTELA ANTIACOSO: PANORÁMICA GENERAL. ESPECIAL REFERENCIA A LA TUTELA JUDICIAL A TRAVÉS DE LA MODALIDAD PROCESAL DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

VI. ACOSO Y DIMISIÓN PROVOCADA. LAS CLAVES DE UNA “RECONSTRUCCIÓN” DEL ART. 50 LET EN LA LÓGICA CONSTITUCIONAL GARANTISTA DE DERECHOS DE LA PERSONA DEL TRABAJADOR EN LA EMPRESA

1. Introducción: la dimisión provocada, ¿última ratio en la tutela jurídica frente al acoso moral?
2. Aspectos estructurales de la facultad resolutoria ex art. 50 LET y desajustes funcionales para la efectividad de la tutela antiacoso moral. Una visión de conjunto.
3. El acoso como incumplimiento empresarial y su encuadramiento en las aperturas causales del art. 50 LET: La viabilidad del art. 50 en el acoso horizontal y “externo”
4. El procedimiento resolutorio y tutela procesal antiacoso: Puntos críticos
 - 4.1 El alcance de los efectos constitutivos de la sentencia
 - 4.1.1 El problema del protocolo procedimental: resolución ope judicis vs. protocolo dimisivo de “autotutela inmediata”
 - 4.1.2 Las medidas cautelares
 - 4.1.3 La ejecución provisional de la sentencia estimatoria

4.2 Legitimación pasiva en el procedimiento resolutorio.
Especial referencia al acoso horizontal

4.3 La exportabilidad de las garantías procesales del procedimiento especial de tutela al procedimiento resolutorio: La “tesis integrativa”

4.4 Acumulación de la acción extintiva e indemnizatoria en el procedimiento resolutorio

5. Dimisión provocada y resarcimiento de los daños producidos por el AMT. La quiebra del sistema legal de tasación indemnizatoria por violación de derechos fundamentales

5.1 Acoso Moral en el trabajo, lesión de derechos fundamentales y vertebración de los conceptos indemnizables.

5.2 El resarcimiento Indemnizatorio del AMT en el art. 50 LET. El principio de resarcimiento íntegro vs. modelo de tasación legal indemnizatoria

5.3 El problema de la acreditación de los “daños colaterales” en la resolución contractual casualizada en AMT. El desmantelamiento de la doctrina de la “no automaticidad de los daños”

VII. DIMISIÓN PROVOCADA Y OTRAS FORMAS DE ACOSO LABORAL. EL ACOSO SEXUAL

I. CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO. EL ACOSO MORAL EN EL EMPLEO “PRIVADO” Y SU TUTELA JURÍDICO-LABORAL. EN PARTICULAR, LA DIMISIÓN PROVOCADA EX ARTÍCULO 50 LET CASUALIZADA EN ACOSO MORAL

Preliminarmente, conviene aclarar algunas cuestiones terminológicas al abordar el estudio del acoso moral en el trabajo, ya que aparte de la utilización para denominar el fenómeno de neologismos como el término “mobbing”, u otros como “acoso psicológico”, “violencia psicológica” que, con algunas modulaciones, pueden considerarse equiparables y referidas a la misma realidad, existen otras tipologías de acoso en los lugares de trabajo que no son identificables al acoso moral. Se trata, en particular, de las diferentes formas de acoso laboral discriminatorio que, aunque con puntos de contacto con aquél, divergen en el plano de su tipificación jurídica, es decir en la caracterización y elementos de la conducta o comportamiento jurídicamente reprochable, y en el plano de los bienes jurídicos protegidos y derechos afectados; una diversificación en la configuración del supuesto de hecho que, como es lógico, puede incidir en el tipo y alcance de la respuesta tutelar arbitrada por el ordenamiento jurídico, esto es, en el ámbito de las consecuencias jurídicas.

En este escenario, nos centraremos en la figura del acoso “moral” que daremos en llamar “genérico”, esto es, desprovisto de connotaciones discriminatorias -al menos en el plano del fundamento o móvil de la actitud del sujeto acosador-, sin perjuicio de atender, tangencial y funcionalmente, también a los supuestos de acoso (moral) discriminatorio, y ello, no sólo por tratarse de un riesgo laboral igualmente presente en las organizaciones de trabajo y el único tipo de acoso laboral dotado, hoy por hoy, de una regulación específica *lege data*, tanto a nivel comunitario como interno, sino porque su tipificación legal aporta elementos de sumo interés y utilidad en el proceso de depuración del concepto jurídicamente relevante de acoso moral que se viene decantando en sede jurisdiccional, así como al reforzamiento del sistema de tutela frente el ATM a través de las operaciones interpretativas, ya analógicas, ya extensivas adecuadas.

Ya casi es innecesaria, por conocida, la referencia a la emergencia del fenómeno del acoso moral en los lugares de trabajo, causa de su permanente

actualidad como objeto de análisis por parte de la doctrina, tanto la iuslaboralista, como la de otras áreas científicas, y, por otra parte, de la exponencial judicialización de este tipo de conflictos, en particular en sede jurisdiccional social. En este contexto, se ha llevado a cabo un proceso (re)construcción judicial de un sistema de garantías antiacoso que viene cubriendo de forma óptima –sin perjuicio de algunos déficits, que en su momento serán advertidos- la ausencia en nuestro ordenamiento jurídico de una regulación integrada y “*ad hoc*” del acoso moral, en contraste con el Derecho comparado de nuestro entorno.

En efecto, nuestros Tribunales en general –y los del orden social, en particular- han ejercido, aunque no sin la imprescindible colaboración de la doctrina científica, esa labor reconstructiva del sistema jurídico-laboral para dotar de protección a los supuestos de acoso laboral, en un buen ejemplo de de interacción sinérgica funcionalizada al proceso de desarrollo creador del Derecho¹¹⁴², esto es, una labor coordinada de interpretación y aplicación renovada y evolutiva de las normas preexistentes para adecuarlas a las nuevas realidades vinculadas a la gestión del capital humano en las organizaciones productivas¹¹⁴³. Ciertamente que a esta importantísima labor se han sumado novedades legislativas recientes –Ley 51/2003, de 2 de diciembre, Ley 62/2003, de 30 de diciembre y L.O 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad efectiva de mujeres y hombres– que han contribuido a mejorar el marco jurídico de tutela antiacoso en línea de garantizar la plena efectividad de los derechos conculcados por las conductas acosadoras.

El acoso en el trabajo, en sus diversas modalidades (acoso sexual, acoso moral, acoso moral discriminatorio), es una patología incidente tanto en el empleo público¹¹⁴⁴ como en el privado. Sin embargo, este estudio excluye el

¹¹⁴² En el sentido apuntado por LARENZ, K.: *La metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, 1994.

¹¹⁴³ Sobre las ventajas de esta imbricación de Jurisprudencia y Ciencia Jurídica en la adaptación de reglas jurídicas preestablecidas en la protección frente al acoso laboral, vid. MOLINA NAVARRETE, C.: “La compatibilidad de indemnizaciones por acoso moral cuando el trabajador resuelve su contrato: una cuestión pendiente de unificación de doctrina. Apropósito de la STS Sala 4^a de 11 de marzo de 2004”, RDS, n^o 26, 2004, pg. 140; del mismo autor y en el mismo sentido, “La justicia contra el acoso moral deja de administrarse con trazos torcidos?: un nuevo criterio sobre la compatibilidad de indemnizaciones (Comentarios a la STS, Sala 4^a, 17 de mayo 2006)”, RDS, n^o 35, 2006, pg. 188.

¹¹⁴⁴ Está documentada su prevalencia estadística en las Administraciones Públicas y, en particular en el ámbito de la función pública. Así, la Cuarta Encuesta Europea sobre condiciones de trabajo de la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo (European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions: Fourth European Working Conditions Survey) efectuada en 2005 y publicada en 2007, revela que, por ramas de actividad, el mayor riesgo de padecer

análisis del régimen jurídico del acoso en el ámbito de los empleados públicos y se limitará a efectuar una panorámica descriptiva de las técnicas de tutela existentes en el ordenamiento jurídico-laboral, sustantivo y procesal, para centrarse en particular en la resolución contractual por voluntad del trabajador ex art. 50 LET (dimisión provocada), no sólo por tratarse de la institución extintiva objeto de estudio integral e integrado en esta tesis, sino porque, además, ha sido la primera -y durante largo tiempo única- vía de protección jurídica frente a conductas gravemente vejatorias del empleador identificables, hoy, con la figura del acoso moral. El proceso de creación del Derecho, a base de avances legislativos complementados por la labor coordinada de Jurisprudencia y Ciencia jurídica ha supuesto, como seguidamente se verá, una sustancial mejora cualitativa del esquema protector frente al acoso.

Se ha dicho, no obstante, que dentro del vigente sistema de tutela jurídica la resolución contractual indemnizada ex art. 50 LET constituye la “última ratio” en la estrategia defensiva del acosado, ya que con ella uno de los eventuales y más frecuentes objetivos del acoso: la autoexclusión del trabajador, se consume¹¹⁴⁵; incluso se le ha reprochado el propiciar una vía de solapamiento de la dimensión constitucional del acoso moral mediante su reconducción al ámbito de bienes jurídicos y derechos laborales de legalidad ordinaria¹¹⁴⁶. Sin embargo, se trata, en mi opinión, de un juicio excesivamente severo y en parte desproporcionado, ya que se olvida que en muchos supuestos es la mejor opción del trabajador acosado que ya no busca sino la salida

tanto acoso como violencia en los lugares de trabajo se da en la sanidad y la educación, así como en la Administración Pública y Defensa, en donde los porcentajes sobrepasan significativamente la media general.

¹¹⁴⁵ MOLINA NAVARRETE, C.: “La “justicia” contra el “acoso moral”...”, cit. pg. 174; el autor habla, al respecto, del “derecho a rendirse con condiciones”. DE VICENTE PACHES, F.: “La configuración del acoso moral en el trabajo y las soluciones jurídico-preventivas para erradicarlo. Últimas tendencias doctrinales y jurisprudenciales”, Tribuna Social, nº 180, 2005, pg. 62. También se señala esta vertiente peyorativa del instituto resolutorio en la doctrina de suplicación, vid, entre otras, SSTSJ Madrid de 14-6-2005 (PROV 2005, 176379) y 10-12-2007 (JUR 2008, 55493): “Es evidente que la salida del trabajador de la empresa, en razón al acoso moral, es una solución no excesivamente satisfactoria, pues produce, no obstante los efectos resarcitorios ya apuntados, una pérdida del puesto de trabajo sin la voluntad o con la voluntad forzada del trabajador. Sin embargo, ésta parece ser la solución posible, si bien habría de ponderarse en términos adecuados por la Jurisprudencia Social no solo el perjuicio inherente a la forzada extinción contractual -«ex» art. 50-c) del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) -sino, también, el perjuicio material y moral que ocasiona al trabajador tener que extinguir la relación laboral que mantiene con la empresa”.

¹¹⁴⁶ MOLINA NAVARRETE, C.: “La compatibilidad de indemnizaciones por acoso moral cuando el trabajador resuelve su contrato: una cuestión aún pendiente de unificación de doctrina”, RDS, nº 26, 2004, pg. 141.

indemnizada de la empresa donde se ejerce la conducta vejatoria reiterada y duradera contra él y, por tanto, la huída de un clima laboral tan contaminado que el afectado percibe ya como irrecuperable; un contexto, en suma, en el que en muchos casos la tutela inhibitoria y restitutoria residen, precisamente, en la ruptura del contrato de trabajo con la consiguiente desvinculación y abandono definitivo de la empresa, aunque ello suponga la escenificación de una “rendición con condiciones” y de la inexistencia y/o fracaso de una adecuada política preventiva de riesgos psicosociales en la organización productiva.

En todo caso, esta vía de “salida voluntaria inducida” de la empresa o, en los términos que desde aquí se vienen postulando, la vía de la “dimisión provocada”, ocupa un lugar importante dentro del arsenal de técnicas jurídicas antiacoso moral, no sólo cuantitativamente, por tratarse de uno de los cauces más utilizados por los trabajadores víctimas y en donde mayor índice de resoluciones estimatorias se obtienen a la vista de la praxis forense de nuestros Tribunales del orden social; sino también desde el punto de vista cualitativo, gracias, ahora, a las mejoras introducidas en el plano de la tutela jurídico-procesal y resarcitoria en orden a la efectividad de los derechos afectados por el ATM, que vienen a compensar, cuando no neutralizar, las principales carencias funcionales de la institución laboral resolutoria en el ámbito de la tutela antiacoso moral .

En este sentido, puede afirmarse que se han sentado las bases –primero en sede doctrinal y jurisprudencial y luego legislativa- para una reconstrucción del artículo 50 LET conforme a la lógica garantista de los derechos de ciudadanía del trabajador, operativa no sólo para los supuestos de acoso laboral y de otros diversos al acoso en los que el incumplimiento empresarial determine, así mismo, la implicación de derechos fundamentales del trabajador, sino también para aquellos otros en que se vean comprometidos derechos de menor rango jurídico-formal, aunque igualmente de relevancia constitucional y equiparable valor jurídico-material. El propósito de esta parte del trabajo reside en un análisis jurídico-crítico de las técnicas que contribuyen a esa reconstrucción de la vieja figura de la dimisión provocada para adecuarla a los nuevos problemas a los que se enfrenta, en particular cuando ha de enfrentarse a supuestos de lesión de derechos de la personalidad del trabajador y procurarle la debida tutela, aunque sin olvidar poner de manifiesto

las carencias de las que, pese a todo, adolece. En este sentido, el balance de la reformulación interpretativa de la dimisión provocada es moderadamente positivo y, en mi opinión, se inscribe en una línea de recuperación relativa de la “constitución garantista del trabajo” vinculada al modelo constitucional de Estado Social y del espacio que ha ido perdiendo a costa de una revolucionada “constitución flexible del trabajo” que sacrifica el principio de protección, caracterizador tradicionalmente de aquél modelo democrático-social, para dar prevalencia al principio neoliberal de la eficiencia económica y de mercantilización fuerte de los derechos sociales –y de la personalidad– del trabajador¹¹⁴⁷. En efecto, los cambios jurisprudenciales y normativos incidentes en la dinámica del art. 50 ET no lo convierten en la panacea de la tutela antiacoso, pero sin duda contribuyen a procurar una protección más efectiva a los valores humanos o los bienes jurídicos anudados a la personalidad del trabajador que se vean concernidos por conductas propias de modelos de gestión empresarial basados o tolerantes de su degradación deliberada o instrumental que los sitúa al servicio de la racionalidad técnico-económica, sean o no constitutivas de acoso. Con ellos el art. 50 ET deja de ser una institución jurídica apta tan sólo para la tutela jurídica de derechos de legalidad ordinaria y se pertrecha con un significativo arsenal de nuevas técnicas –sustantivas y procesales– para abordar la tutela de derechos constitucionales contribuyendo así a la cultura civilizatoria en las organizaciones productivas¹¹⁴⁸ por mucho que estructuralmente consume la salida del trabajador de la misma, pero ello sucede así por su voluntad a tal efecto precedida de su renuncia a otros mecanismos de tutela *fuerte* orientados a la exigencia del cumplimiento y con ello, a garantizar la restitución *in natura* de los derechos lesionados.

Para ello, conforme a las exigencias del método jurídico, habrá de efectuarse, en primer lugar, una delimitación del concepto jurídicamente relevante de acoso moral (tipificación/categorización jurídica de la figura a través de las fuentes – Derecho comunitario, legislación comparada, legislación

¹¹⁴⁷ Sobre la ruptura del modelo garantista de la constitución social y la emergencia de la constitución liberal-flexible del Derecho del Trabajo, vid. MONEREO PEREZ, J.L.: “Nuevas tendencias del Derecho del Trabajo postconstitucional: el modelo de constitución flexible del trabajo”, en: El modelo social de la Constitución Española de 1978, MTAS, Madrid, 2003.

¹¹⁴⁸ Vid. en general sobre derechos sociales de ciudadanía, cultura civilizatoria en la empresa y ordenamiento laboral, BAYLOS GRAU, A.: Derecho del Trabajo: un modelo para armar, Trotta, y MONEREO PEREZ, J.L.: Derechos Sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral, CES, Madrid, 1996.

española antidiscriminatoria, negociación colectiva – y doctrina judicial que hasta ahora han abordado esta tarea.; en segundo lugar, la determinación de los bienes jurídicos protegidos y derechos afectados por el acoso, para en un tercer paso, aludir de forma general y descriptiva, conforme a estos presupuestos, a los mecanismos o técnicas de tutela aplicables y las garantías necesarias para su efectividad: preventiva, compensadora -vía acción protectora del sistema de Seguridad Social-, punitivo-sancionadora, pero se renuncia a un análisis siquiera somero de las mismas, haciendo referencia a lo sumo a aspectos de las mismas sólo cuando funcionalmente sea preciso para el núcleo de este trabajo: el análisis de los puntos críticos –sustantivos y procesales- que la estructura y dinámica interpretativa tradicional de la dimisión provocada ex art. 50 LET presenta en orden a la tutela frente al ATM o cualquier conducta lesiva de derechos fundamentales y la aportación de soluciones interpretativas o de lege ferenda para depurar totalmente su adaptación a la finalidad protectora del acoso y de otras conductas atentatorias de derechos fundamentales del trabajador. Se trata de realizar, por tanto, una reconstrucción transversal de la institución resolutoria conforme a la lógica constitucional garantista de derechos de la personalidad y sociales del trabajador

II. INTRODUCCIÓN. LA CONTEXTUALIZACIÓN DEL ACOSO MORAL EN EL TRABAJO (AMT): EL PROBLEMA SOCIAL DE EMERGENCIA DEL FENÓMENO Y SOLUCIONES JURÍDICAS GARANTISTAS

Los episodios de persecución, hostigamiento o vejaciones hacia un trabajador que ejercen una presión psicológica extrema lesiva de su dignidad y/o salud psico-física: acoso moral -o *mobbing* en terminología anglosajona-, no son nuevos en las organizaciones productivas. Constituyen, en efecto, un fenómeno antiguo que, aunque con matices diversos por razones culturales y contextuales, existen desde los orígenes del trabajado subordinado. Así, por centrarnos en nuestro país, si se hace un rastreo de jurisprudencia, pueden

encontrarse viejos pronunciamientos judiciales del extinto TCT e, incluso, del TS que, sin nominarlo, hacen referencia a supuestos perfectamente incardinables en el tipo jurídico actual de acoso moral o psicológico¹¹⁴⁹.

Recientes son, en cambio, otros factores que han traído al acoso al centro del debate científico y de la praxis judicial. El primero, su proliferación en los lugares de trabajo, y ello hay que vincularlo, como ha señalado la doctrina, a la generalización de nuevas formas de organización del trabajo propias de la postindustrialización que persiguen optimizar los resultados sin tener en cuenta el factor humano. La conjunción de la hipertrofia del sector servicios y estas nuevas fórmulas de gestión de recursos humanos aboca al sometimiento de los trabajadores a cada vez más complejas relaciones interpersonales en el marco de un mercado de trabajo cada vez más segmentado y precario (externalización mano de obra, descentralización productiva, alta tasa de temporalidad), en donde priman los valores de productividad y competitividad que, aunque lícitos en sí mismos, pueden degenerar en auténticos comportamientos patológicos por parte del empleador, en la búsqueda de la optimización de los resultados y efectividad del principio pro rendimiento; o por parte de ciertos trabajadores, en la línea de eliminación de competidores que se perciben como una amenaza para su estabilización laboral, el mantenimiento del status profesional y/o la promoción profesional¹¹⁵⁰.

Reciente es, también, en segundo lugar, la sensibilización social por el fenómeno del acoso moral o psicológico y buena prueba de ello es la extraordinaria frecuencia con la que se invoca la protección jurisdiccional frente a él en los últimos tiempos¹¹⁵¹, así como la atención que le ha sido prestada, en un primer momento, por parte de ciencias extrajurídicas –la psiquiatría y

¹¹⁴⁹ Vid., p.e, STS 25-04-1985 (RJ 198, 1921) en la que subyace un caso paradigmático de acoso moral.

¹¹⁵⁰ Vid. CAVAS MARTINEZ, F.: “El Acuerdo Marco Europeo sobre acoso y violencia en el trabajo”, AS, nº 11, 2007.

¹¹⁵¹ Las referencias doctrinales aportan cifras llamativas: sólo los Juzgados de Madrid registraron 150.000 demandas por acoso moral durante el año 2002; por su parte el Primer Foro Nacional de Expertos en Acoso Moral en el Trabajo (Santiago de Compostela, 2002), cifraba en 2,3 millones los españoles que declaraban haber sufrido acoso laboral.; por su parte, la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo, lo situaba en un 9% de los trabajadores de la UE en 2002. Vid. LORENZO DE MEMBIELA: “El Acoso Moral en el Trabajo: su indefinición jurídica. Incidencia en la Administración Pública”, web Consorcio de Estudios de Medicación y Conciliación de la Administración Local (CEMICAL).

psicología del trabajo-¹¹⁵², extendiéndose algo más tarde su análisis al campo de las disciplinas jurídicas y en especial al iuslaboralismo. Pero a pesar de la creciente sensibilización científica y social sobre esta grave patología de la gestión de los recursos humanos, las intervenciones normativas para su regulación específica se están haciendo esperar en nuestro país, si tomamos como referencia las actuaciones en el Derecho comparado de ámbito europeo¹¹⁵³.

Se ha afirmado que uno de los problemas de la juridificación de las conductas de acoso o presión psicológica sobre los trabajadores (tipificación de la conducta antijurídica y sistema jurídico de tutela) y la uniformidad de su tratamiento es la enorme diversidad terminológica existente –tanto en normas internacionales como en el Derecho comparado- para hacer referencia, a veces, al mismo fenómeno, mientras que en otras la realidad subyacente es distinta¹¹⁵⁴. No obstante, la doctrina científica y judicial en España parece haber convergido en el término acoso moral como el más apropiado a tenor de la intencionalidad de las conductas, de los bienes jurídicos afectados y el resultado dañoso irrogado a la víctima¹¹⁵⁵.

Con todo, la evaluación del alcance cuantitativo real del fenómeno se ve dificultado por varias razones: por un lado, el acoso se consume normalmente de forma sutil, solapada y difusa, por lo que en ocasiones escapa a la

¹¹⁵² Para el concepto y análisis clínicos del acoso moral en el trabajo, vid. por todos, LEYMANN, H.: *Mobbing. La persécution au travail*, Edit. du Seuil, París, 1996 y “Contenido y desarrollo del acoso grupal/moral (mobbing) en el trabajo”, *European Journal of Work and Organization Psychology*, 1996, 5 (29); HIRIGOYEN, M.F.: *El acoso moral en el trabajo. Distinguir lo verdadero de lo falso*, Paidós, Barcelona, 2001; PIÑUEL Y ZABALA, I.: *Mobbing. Cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo*, Sal Terrae, 2001.

¹¹⁵³ Cfr. en el ordenamiento sueco: Ordenanza del Consejo Nacional Sueco de Seguridad y Salud Laboral de 21-09-1993, relativa a la adopción de medidas contra toda forma de persecución psicológica en el trabajo; en Francia: Ley 2002-73 de 17-01-2002, de Modernización Social, Cap. IV, modificativa del Code du Travail ; en Bélgica: Ley de 11-06-2002, relativa a la protección contra la violencia y el acoso moral y sexual en el trabajo, modificativa, a tales efectos, de la Ley de 4-8-1996, relativa al bienestar de los trabajadores en el desarrollo de la actividad laboral; Finlandia, Occupational Safety and Health Act 738/2002.

¹¹⁵⁴ Desde los términos “mobbing”, “bullying”, “bossing”, “harassment”, de los países anglosajones; “harcèlement moral” en Francia; la “cooacão moral”, en Portugal. En España, a parte del uso del término anglosajones, se utilizan indiscriminadamente diversas alocuciones: acoso moral, acoso psicológico, acoso laboral, acoso profesional, violencia psicológica. Vid. ZARZALEJO CARBAJO, M., op. cit. pg. 10-12; PEDROSA ALQUEZAR, S.I.: “Actualidad de la prevención del acoso moral en el trabajo desde la perspectiva jurídica”, en *Los medios de tutela frente al acoso moral en el trabajo*, cit., pg. 97.

¹¹⁵⁵ Por todos, MOLINA NAVARRETE, C. en su amplísima bibliografía sobre el fenómeno; vid., entre otras muchas obras, “Las nuevas leyes «antiacoso»: ¿tienen algo útil para la prevención y sanción del acoso moral en el trabajo --*mobbing*--? *Diario La Ley*, año XXV, número 5942. miércoles, 2004.

percepción en el entorno laboral; por otro, la resistencia de algunas víctimas a manifestarlo por enraizar en la esfera de la privacidad y, en fin, las diferencias culturales entre países determinantes de la diversa percepción y valoración que se da a las conductas integrantes del tipo, tal y como ha reconocido la Comisión Europea en la consulta dirigida a los agentes sociales europeos en 2005 para promover el Acuerdo Europeo sobre Acoso y Violencia en el Trabajo¹¹⁵⁶

Sin perjuicio de ello, la Tercera Encuesta Europea sobre Condiciones de Trabajo, realizada por la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo (2000) arroja una cifra de en torno a 12 millones de trabajadores de la UE (8%) que afirman haber sufrido algún episodio de acoso psicológico. La cifra, sin embargo se reduce al 5% en el caso de los trabajadores españoles¹¹⁵⁷, dato que los expertos achacan al mayor desconocimiento de este síndrome en España hasta fechas recientes¹¹⁵⁸.

Los últimos datos europeos sobre acoso en el trabajo son los recogidos en la Cuarta Encuesta Europea sobre condiciones de trabajo de la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo¹¹⁵⁹ señala que un 5% de trabajadores reconoce haber padecido situaciones de acoso o violencia en los doce meses anteriores. La encuesta diversifica los datos relativos a violencia física de la psicológica; respecto al hostigamiento o acoso moral, presenta algunos rasgos propios diferenciados de la violencia física: las mujeres lo padecen en mayor número (6%) que los hombres (4%), dándose la

¹¹⁵⁶ CAVAS MARTINEZ, F.: "El Acuerdo Marco Europeo...", cit..

¹¹⁵⁷ Cfr. Third European Survey on Working Conditions 2000, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublin, 2002. No obstante, las estadísticas, no son siempre coincidentes; así el Informe Randstad sobre acoso moral (mobbing), elaborado por el Instituto de Estudios Laborales de ESADE (2003), pg. 82, señala que alrededor de un 3% de la población ocupada en España podría padecer acoso psicológico. Sin embargo, el Barómetro Cisneros II (2002) sobre violencia en el entorno laboral arroja cifras mayores: más del 16% de los trabajadores en activo manifiesta ser objeto de hostigamiento psicológico; vid. al respecto, PIÑUEL, I. y OÑATE, A., "La incidencia del mobbing o acoso psicológico en el trabajo en España. Resultados del Barómetro Cisneros II sobre violencia en el entorno laboral", Lan Harremanak, 7, 2002-II, pp. 35-62.

¹¹⁵⁸ El Informe Cisneros II 2002 revela que sólo un 4% de los trabajadores españoles dicen ser conscientes del fenómeno, el resto afirma tener un conocimiento vago y entre éstos, el 58% reconoce su desconocimiento absoluto del tema.

¹¹⁵⁹ European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions: Fourth European Working Conditions Survey 2005 (publicada en 2007). El trabajo de campo de este último estudio se llevó a cabo entre septiembre y octubre de 2005 en 31 países europeos: el grupo de los 25, más Rumania, Bulgaria, Turquía, Noruega, Suiza y Croacia.

mayor proporción entre las mujeres de menos de 30 años (8%); también son ellas las que sufren en mayor medida el acoso sexual (tres veces más que los hombres), aunque, en conjunto, sólo el 2% del total de trabajadores reconoce sufrir este tipo de acoso. Por tipos de actividad, los trabajadores asalariados están más expuestos al acoso (6%, frente al 3% en el empleo autónomo) y, siempre según la citada Encuesta Europea, se registran mayores porcentajes en las empresas de una cierta dimensión (8% en las de más de 250 trabajadores).

En cuanto a sectores u ocupaciones, la Cuarta Encuesta apunta a que el fenómeno intensifica en determinados ámbitos¹¹⁶⁰. Así, el acoso es un riesgo psico-social que afecta en mayor proporción a los trabajadores del sector servicios, en el que los riesgos de tipo físico son menores comparativamente, y viceversa, es menos frecuente en la agricultura, construcción e industria, en los que son mayores los riesgos de naturaleza física. Por ramas de actividad, el mayor riesgo de padecer tanto acoso como violencia se da en la sanidad y la educación, así como en la Administración Pública y Defensa; también superan la media de trabajadores acosados los sectores del transporte, las comunicaciones y la hostelería. Las diferencias son, así mismo, perceptibles en las ocupaciones de los afectados, de manera que la Encuesta refleja una mayor proporción de casos entre los llamados trabajadores cualificados y cuadros, que entre los trabajadores manuales.

Datos y expertos coinciden en que el mejor caldo de cultivo del acoso lo constituyen las organizaciones productivas donde predominan las estructuras cerradas, fuertemente reglamentadas y jerarquizadas y marcadas por un estilo de dirección y gestión de los recursos humanos en el que priman, como se dijo, los principios de poder y control en pro de la eficacia. De ahí, su mayor incidencia en el ámbito del empleo público, tanto en EEUU como en Europa, precisamente por tratarse las Administraciones Públicas de organizaciones de trabajo marcadas por esos parámetros organizativos y en donde además, y ello implica un factor de riesgo añadido, la interacción de estructuras políticas con estructuras técnicas contribuye a la generación de este tipo de conflicto

¹¹⁶⁰ Para el CES ello responde a los rasgos sociolaborales propios de una economía terciarizada. Vid. CES: «Acuerdos Europeos sobre el acoso laboral», Cuadernos del Consejo Económico y Social, 2007 (julio-septiembre), núm. 1, 2007 pg. 22.

interpersonal. Por otra parte, también contribuye a la mayor predisposición del fenómeno en este ámbito las mayores dificultades de expulsión de la organización del personal funcionario, lo que favorece el recurso a la presión psicológica en busca de su abandono voluntario¹¹⁶¹.

Resulta paradójico, por ello, que ante las comprobadas mayor incidencia y frecuencia del acoso “institucional” de los empleados públicos, la judicialización de los supuestos de conflicto y la respuesta tutelar de la jurisdicción contencioso-administrativa –competente en estos casos – sea considerablemente menor; paradoja a la que se buscado diversas explicaciones que van, desde la convención de que la legislación funcionarial está menos pertrechada de técnicas o instituciones adecuadas para afrontar la protección frente al acoso –en particular se señala la ausencia de una institución equiparable a la dimisión provocada ex art. 50 LET aplicable tan sólo a las relaciones de trabajo de naturaleza laboral¹¹⁶², hasta la mayor rigidez del “Sistema de Justicia Administrativa” que dificulta tanto la denuncia cuanto las resoluciones favorables a las víctimas al materializarse el acoso a través de hechos no formalizados como actos administrativos que son los que quedan comprendidos en el ámbito competencial de la jurisdicción contencioso-administrativa, pasando por la propia singularidad organizativa de la Administración, concretada en las polémicas Relaciones de Puestos de Trabajo (RPT,s) y las potestades de autoorganización¹¹⁶³

Si seguimos atendiendo a la fenomenología del acoso moral, primero la literatura clínica y después la doctrina iuslaboralista y la praxis judicial dan cuenta de diversas modalidades en función de los sujetos implicados: acoso moral descendente, en el que el acosador es el empleador o un superior

¹¹⁶¹ Leymann, H.: *La persécution au travail*, Ed. De Seuil. Paris, 1996; MOLINA NAVARRETE, C.: "Una "nueva" patología de gestión en el empleo público: el acoso institucional (mobbing). Reflexiones a propósito de la STS 3.ª, Sección 6.ª, de 23 de julio de 2001", LA LEY, 2001, 7, D-270, págs. 1553 a 1571, 2001; más recientemente, del mismo autor: “La tutela frente al “acoso moral” en el ámbito de la función pública: cómo vencer las persistentes resistencias”, en *Acoso Moral en el Trabajo, Cocepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños* (Correa Carrasco, coord.), Thomson-Aranzadi, 2006, pp. 235-237.

¹¹⁶² En el caso de los funcionarios, esta respuesta consistente en la salida de la organización se viavilizaría a través del instituto de la “excedencia por asunto de interés particular”, mucho menos garantista que la dimisión provocada del art. 50 LET.

¹¹⁶³ Vid. MOLINA NAVARRETE, C.: “La tutela frente al acoso moral en el ámbito de la función pública:cómo vencer las persistentes resistencias”,en *Acoso Moral en el Trabajo*, Thomson-Aranzadi, 2006, pg. 237.

jerárquico del trabajador acosado; acoso moral ascendente, que es el ejercido por los subordinados contra un superior jerárquico y el acoso horizontal que es el ejercido por compañeros de trabajo del mismo nivel jerárquico que el acosado. En el caso del acoso descendente –el más frecuente según constata la praxis judicial-, el acosador busca normalmente “domesticar” al empleado conflictivo o no sumiso a los criterios de la dirección o, incluso, forzar su salida de la organización por estas mismas razones o simplemente por tratarse de un trabajador devenido innecesario para la organización, sin que dicha salida comporte coste económico alguno. En el caso del acoso ascendente suele ejercerse de forma plural o grupal y se manifiesta como un instrumento de ataque al superior de nueva incorporación que introduce cambios en los métodos de trabajo o pautas de funcionamiento preestablecidos que se perciben como una amenaza al estatus que se disfrutaba. Esta misma motivación se da en los supuestos de acoso horizontal, aunque también éstos pueden responder a la rivalidad, celos o envidia despertados por la mayor brillantez, cualificación o aptitudes del acosado que, de este modo, se percibe como una amenaza para el crédito y/o promoción profesionales del acosador/es.

En todo caso, la emergencia del fenómeno y/o la mayor concienciación científica y social sobre esta patología en los lugares de trabajo han provocado que de un plano de mero análisis y estudio clínicos por parte de la psicología y la psiquiatría se haya evolucionado a un proceso de juridificación del problema social dada la implicación de bienes jurídicamente protegibles que quedan afectados por el acoso; bienes y derechos de ciudadanía de la persona del trabajador cuya efectiva tutela reclama su tipificación jurídica y la determinación de las técnicas adecuadas y suficientes para la protección de las víctimas. El acoso moral laboral trasciende, así, del ámbito clínico (prejurídico) y adquiere relevancia jurídica (respuesta jurídica) en un doble plano: la tipificación de la conducta jurídicamente reprochable (tipificación jurídica) y la definición de las técnicas de tutela jurídica frente a ella.

III. APUNTES SOBRE EL PROCESO DE JURIDIFICACIÓN DEL ACOSO MORAL EN EL TRABAJO

1. Inexistencia de tipificación jurídica por vía heterónoma y colectiva en el ordenamiento español

El primer paso en el proceso de juridificación de un fenómeno o realidad social –como es el acoso moral en el trabajo- reside en su “categorización” jurídica, esto es, en su configuración conceptualmente en términos jurídicos (tipificación jurídica), ya que éste es presupuesto para la identificación de los bienes jurídicos y derechos implicados y, en consecuencia de éstos, para la determinación del esquema de garantías de efectividad de su tutela jurídica. En este sentido nuestro ordenamiento – a diferencia de otros ordenamientos foráneos- continúa sin acuñar un concepto jurídico-positivo de acoso moral, sin perjuicio de la existencia de un concepto “clínico”, acuñado por disciplinas extrajurídicas. Sin embargo esta noción prejurídica ha sido la que, con mas o menos modulaciones, ha acogido la jurisprudencia contencioso-administrativa y la doctrina judicial social para, vía interpretativa, (re)construir un sistema de protección para los trabajadores frente a estas conductas lesivas, pese a que ello ha producido (y sigue produciendo), como después se verá, no pocas distorsiones aplicativas indeseables que restan garantías al esquema protector, tal y como ha puesto de manifiesto unánime y críticamente la doctrina científica.

Son tres los órdenes los problemas que se suscitan para el diseño de un tratamiento jurídico específico y efectivo del acoso moral en el trabajo: en primer lugar, como se acaba de señalar, la delimitación del concepto jurídicamente relevante de acoso que comprenda la caracterización de la conducta típica y jurídicamente reprochable; el segundo, la identificación de los bienes jurídicos protegibles y , en consecuencia, los derechos afectados y tercero, la selección de las técnicas reguladoras adecuadas para la tutela de los derechos lesionados.

En efecto, en lo que respecta al primer problema planteado, las propias instituciones comunitarias vienen reconociendo que una de las dificultades de

partida para el establecimiento de una legislación específica sobre acoso laboral es la inexistencia de un grado suficiente de convención sobre un concepto jurídico derivada, a su vez, de la existencia de múltiples definiciones sobre la misma realidad, e, incluso, de definiciones omnicomprendivas de supuestos de hecho no exactamente identificables, que emanan, además, de conceptos y de ámbitos bien dispares como la psicología, la psiquiatría, la judicatura y los propios textos legales. En este punto –el del concepto de acoso moral –, las opciones que se abren al legislador (o a los operadores jurídicos institucionales, si se tratara de una tipificación interpretativa de construcción jurisprudencial) son diversas.

Para empezar, debe decidirse si se otorga autonomía al tipo jurídico respecto al “clínico” previamente consensuado procedente de la psiquiatría y psicología del trabajo, cuestión que no admite más que una respuesta afirmativa: ya se ha dicho que para efectuar un tratamiento jurídico es preciso traducir la realidad social a regular a términos de significación jurídica (categorizarla jurídicamente), lo que no obsta a tener en cuenta, como punto de partida, las figuras sintomáticas aisladas en la práctica clínica. Pero la traslación casi simétrica al ámbito jurídico del concepto clínico –como viene siendo hasta ahora la línea de tendencia mayoritaria en la doctrina judicial– aboca a graves distorsiones aplicativas que restan eficacia a la tutela antiacoso, tal y como ha puesto de manifiesto la doctrina casi unánimemente¹¹⁶⁴.

Seguidamente, ha de abordarse la selección de la técnica definatoria de la conducta típica y decantarse, bien por una fórmula analítico-estructural y descriptiva de los concretos comportamientos encuadrables en el ilícito –ya sea de modo enunciativo o de lista abierta, ya de modo exhaustivo o de lista cerrada –, o bien optar por una formulación genérica, a modo de cláusula general omnicomprendiva de todos los comportamientos posibles inherentes al ilícito. A este respecto, parece que el segundo modelo aporta un mayor grado

¹¹⁶⁴ Vid. en este sentido, MOLINA NAVARRETE, C.: “Una nueva patología de la gestión del empleo público: el acoso institucional (mobbing)”, *Diario La Ley*, n^o 5436, diciembre, 2001; VISCOMI, A.: “Il mobbing: alcune questioni su fattispecie ek effeti”, *Lavoro y Diritto*, n^o 1, 2002, pg. 45; PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “El acoso moral en el trabajo: perfiles jurisprudenciales”, *Tribuna Social*, n^o 178, 2005, pg. 8; SERRANO OLIVARES, R.: *El acoso moral en el trabajo*, CES, 2005, pg. 27; CORREA CARRASCO, M.: “El concepto jurídico de acoso moral en el trabajo”, en *Acoso Moral en el Trabajo: Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños*, Thomson-Aranzadi, 2006, pg. 48.

de flexibilidad que permitirá al operador jurídico subsumir en el tipo cualquier comportamiento, que según las circunstancias y la realidad socio-profesional vigente en cada momento, sea susceptible de producir el resultado antijurídico, lo cual, a costa de restar algo de certeza cara a la seguridad jurídica, amplía la extensión de la tutela.

En tercer lugar, cabría la posibilidad de apostar por un concepto de perfil subjetivo, que atienda a la motivación, propósito del sujeto activo del acoso – en sintonía con el concepto clínico - o, por el contrario, por una noción objetivadora que prescinda de esos aspectos intencionales e, incluso, finalistas, que es la que procura mayor efectividad tuitiva al incidir, sobre todo, en el plano de la facilitación de la prueba del acoso. Desde esta perspectiva, el contrapunto al concepto hermenéutico o interpretativo – marcadamente subjetivo-decantado en sede judicial, viene dado por el concepto normativo aportado por la legislación comunitaria y española antiacoso moral discriminatorio y el previsto en la proyectada reforma del Código Penal, que caminan por la senda, en mi opinión más acertada.

Por último, al legislador (o al intérprete) se le plantea también la alternativa entre un concepto “funcional”, aplicable a una determinada rama del ordenamiento jurídico, frente a un concepto “ontológico o sustancialista”, que sería válido y operativo para cualquiera de los sectores del Derecho en que se tipifique el acoso moral. En España, si nos atenemos a las Proposiciones de Ley sobre acoso moral en el trabajo de 2001 y a las aportaciones representadas por las Leyes 51/2003 y 62/2003, parece decantarse el segundo modelo –al menos respecto al acoso discriminatorio - que, si por un lado, contribuye a la seguridad jurídica, por otro tiene la desventaja de plantear problemas de adaptabilidad a las diversas exigencias conceptuales y técnicas de cada sector o subsector jurídico. De este modo, sin perjuicio de un núcleo básico conceptual que pueda ser común y de carácter universal, la determinación y/o valoración del resto de los elementos estructurales integrantes de la noción jurídica de acoso moral debe hacerse en clave funcional, esto es, teniendo en cuenta los requerimientos de cada una de las áreas de regulación del acoso laboral: preventiva, reparadora, resarcitoria,

público-compensadora y punitivo-sancionadora¹¹⁶⁵. En otras palabras, al atender a los elementos estructurales del acoso habría que diferenciar los configuradores de la conducta ilícita –supuesto de hecho-, de aquellos otros que, irrelevantes a nivel conceptual, incidirán sólo en el plano de las consecuencias jurídicas de la conducta antijurídica¹¹⁶⁶.

No obstante las dificultades que entraña la elaboración conceptual del acoso moral en el trabajo, ya se ha hecho referencia a experiencias regulativas en el Derecho comparado que han efectuado una configuración jurídica del acoso, delimitándolo conceptualmente y previendo medidas de protección específicas frente a esta patología del “clima laboral”:¹¹⁶⁷. La mayor parte de estas regulaciones comparadas ha optado por un modelo de tipificación estructural, que comprende la referencia a los elementos estructurales (objetivos) de la conducta ilícita – sistematicidad, reiteración, perdurabilidad- ; genérica, a través de la técnica de cláusula general abierta –sin descripción exhaustiva de las acciones u omisiones encuadrables en el tipo – y de corte subjetivista y finalista –exigente de móviles o finalidades discriminatorias, lesivas de la dignidad, salud e integridad psico-física- siguiendo, aquí, una simetría con el concepto prejurídico o clínico que, como se verá, resulta disfuncional en el plano de la tutela jurídica.

En España, sin embargo, la opción de política del derecho ha discurrido por obviar una regulación “ad hoc” del acoso moral en el trabajo (genérico)¹¹⁶⁸. Esta opción de política legislativa ha dividido a la doctrina entre los que siguen reclamando una legislación específica e integrada del tipo y del sistema de

¹¹⁶⁵ Vid. MOLINA NAVARRETE, C.: “La tutela frente al acoso moral en el ámbito de la función pública”, pg. 247; CORREA CARRASCO, M.: “ El concepto jurídico de acoso moral en el trabajo”, pg. 52.

¹¹⁶⁶ MOLINA NAVARRETE, C., *ibidem*, pg. 247.

¹¹⁶⁷ Es el caso de Suecia (Disposición sobre medidas de prevención sobre acoso psicológico en el trabajo, 21 de septiembre de 1993), Francia (Ley de Modernización Social, 17 de enero de 2002), Bélgica (Ley 11 de junio de 2002) y Finlandia (Occupational Safety and Health Act 738/2002). Para un completo análisis del tratamiento del acoso moral en el Derecho comparado, vid. ZARZALEJO CARBAJO, M.: “El acoso moral en la experiencia comparada, internacional y comunitaria (I): concepto y responsabilidad jurídica”, en *Los medios de tutela frente al acoso moral* (Correa Carrasco, Valdés de la Vega, coord), Comares, 2007.

¹¹⁶⁸ En noviembre de 2001 el Grupo parlamentario socialista presentó sendas Proposiciones de Ley que fueron rechazadas en espera de un pronunciamiento de las instituciones comunitarias al respecto: Proposición de ley sobre el Derecho a no sufrir acoso moral en el trabajo y Proposición de Ley para modificar el Código penal e introducir un artículo (314 bis) que castigue los supuestos graves de acoso moral.

protección jurídica más eficaz¹¹⁶⁹, frente a los que la consideran esta intervención normativa superflua, habida cuenta de que el ordenamiento jurídico vigente dispone de reglas suficientes para abordar la protección y que las distorsiones aplicativas que debilitan la efectividad de la tutela antiacoso no desaparecerían con ese tratamiento específico¹¹⁷⁰.

Pero no sólo se constata esta anomia legislativa específica sobre el problema; los instrumentos autónomos de tutela y, en particular la negociación colectiva, no ha aprovechado suficientemente por ahora sus posibilidades legales para incidir en la mejora del tratamiento del problema, como más adelante se comentará.

2. Aportaciones a la conceptualización jurídica del acoso moral en el Derecho Comunitario

Las instituciones comunitarias europeas vienen plasmando su preocupación por el alcance del acoso laboral en diversas iniciativas con un objetivo promocional de una tipificación urgente y en términos uniformes, por parte de los EE.MM, del acoso moral en orden a su erradicación y tutela en los lugares de trabajo. Cabe citar, en este sentido, la Resolución del Parlamento Europeo sobre el acoso moral en el lugar de trabajo de 2001 y el Informe sobre Prevención de la violencia y el acoso en los lugares de trabajo elaborado por la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo en 2003¹¹⁷¹, que se abstienen, sin embargo, de aportar un concepto que sirva de referencia a las legisladores nacionales. Más comprometida se muestra en este plano de delimitación conceptual la más reciente y significativa iniciativa: el Acuerdo Marco Europeo sobre acoso y violencia en el trabajo, que acogiendo la técnica propia del “soft law”, elude la determinación de obligaciones

¹¹⁶⁹ En esta línea, vid. AGRA VIFORCOS, B., FERNANDEZ FERNANDEZ, R. y TASCÓN LOPEZ, R.: La respuesta jurídico-laboral al acoso moral en el trabajo, *Laborum*, 2004, pg. 116; SEGALÉS, J.: “La integridad moral como bien jurídico a proteger y la tutela constitucional frente al acoso moral”, *RR LL*, nº 17, 2007, pg.12.

¹¹⁷⁰ En esta postura, MOLINA NAVARRETE, C.: “La tutela frente al “acoso moral” en el ámbito de la función pública: como vencer las persistentes resistencias”, cit., pg. 240.

¹¹⁷¹ Cfr., Resolución del Parlamento Europeo sobre el acoso moral en el lugar de trabajo (2001/2339) (INI), de 20-09-2001; Informe sobre Prevención de la violencia y el acoso en los lugares de trabajo, Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo, 2003.

directamente aplicables, remitiendo esta labor a la autonomía colectiva en cada Estado Miembro¹¹⁷².

Ya en el marco de normas comunitarias con fuerza vinculante, merecen ser destacadas varias Directivas adoptadas en el marco de la Estrategia comunitaria sobre seguridad y salud en el trabajo (2002-2006) en la que la CE conminaba a acciones legislativas para afrontar el problema de las diversas formas de acoso psicológico y violencia en el trabajo¹¹⁷³. En este acervo, destacan, en primer lugar, la Directiva 2000/43/CE, del Consejo, de 29 de junio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, ambas dictadas en aplicación del art. 13 TCE y la posterior Directiva 2002/73/CE, del Consejo, de 23 de septiembre, que modifica la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que introducen por vez primera en el acervo comunitario una noción jurídica de acoso, pero, sin embargo, no la correspondiente al género acoso moral, sino a una de sus especies: el acoso moral discriminatorio. En efecto, en todas ellas el acoso, entendido como “*comportamiento no deseado* (relacionado con los motivos previstos en cada caso –origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, orientación sexual y sexo) *que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante y ofensivo*”, es considerado como conducta discriminatoria (“discriminación directa”) contraria al principio de igualdad de trato¹¹⁷⁴.

Constituyen, por tanto, las Directivas comentadas, junto a la posterior 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006 (refundición), relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades

¹¹⁷² Suscrito el 26 de abril de 2007 en el marco de dialogo social a nivel europeo por las principales organizaciones empresariales y sindicales de la UE: BUSINESSEUROPE, UEAPME, CES, CEEP, con la participación del Comité de Enlace CEC/Eurocadres.

¹¹⁷³ Comunicación Comisión Europea “Cómo adaptarse a los cambios en la sociedad y en el mundo del trabajo: una nueva estrategia comunitaria de salud y seguridad (2002-2006).

¹¹⁷⁴ Vid. art. 2.3 Directiva 2000/78/CE; art. 2.3 Directiva 2000/43/CE y art. 1.2 Directiva 2002/73/CE. Un comentario a este marco comunitario en PEREZ DEL RIO, T.: “La protección frente a la discriminación en el Derecho comunitario: las Directivas 2000/43/CE, 2000/78/CE y 2002/73/CE, modificación de la 76/207/CEE”, RDS, n^o 19, 2002.

e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación¹¹⁷⁵, un marco general de tutela antidiscriminatoria en el que se decanta el *concepto comunitario de acoso* concebido como medio de la discriminación prohibida tanto en el ámbito laboral como en cualquiera otro de la vida social y económica. Esta normativa fue objeto de transposición a nuestro ordenamiento a través, primero, de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no discriminación y Accesibilidad universal de las Personas con Discapacidad, y después, con la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (MEFAOS), operando ésta última modificaciones significativas, en en la LET, LPL y LISOS, lo que a la protección frente al acoso laboral se refiere. Sin embargo, como se verá más adelante, al hilo del comentario de la legislación española de transposición, la doctrina más autorizada rechaza la idea de que dicho concepto (acoso discriminatorio, especie del género acoso moral) sea identificable y que los mecanismos de tutela que se le anudan sean aplicables sin mayores matices y de forma directa, al género AMT, sin perjuicio de las posibilidades que abre para una aplicación analógica que resulta, sin duda, de gran utilidad para la integración del tipo genérico acoso moral en el trabajo¹¹⁷⁶. El concepto comunitario de acoso plasmado en estas Directivas -hostigamiento psicológico con móvil discriminatorio (acoso discriminatorio) relacionado con alguno de las circunstancias previstas expresamente en la norma-, es más restringido que la noción de acoso moral genérico que, en principio y con carácter general, no se vincula a móviles discriminatorios¹¹⁷⁷. Otra cosa es que el acoso moral produzca, en todo caso y en última instancia, una situación diferencial para el trabajador-víctima, una desigualdad de trato arbitraria o

¹¹⁷⁵ Como es propio y natural en una Directiva de refundición, la Directiva 2006/54/CE no introduce modificaciones materiales o de contenido respecto de la Directiva 2002/72/CE, por lo que reproduce literalmente las definiciones de acoso por razón de sexo y de acoso sexual y las técnicas de tutela antidiscriminatoria establecidas en esta última.

¹¹⁷⁶ MOLINA NAVARRETE, C.: “Las nuevas leyes «antiacoso»: ¿tienen algo útil para la prevención y sanción del acoso moral en el trabajo --*mobbing*--?”, Diario La Ley, AÑO XXV, Número 5942, 2004. En el mismo sentido, LOUSADA AROCHENA, J.F.: “El acoso moral por razón de género”, AS, 15, 2004, pg. 63; SAN CRISTOBAL VILLANUEVA, J.M.: “La tutela de los derechos fundamentales y el acoso (moral) a la luz de la actual normativa”, Justicia Laboral, nº 20, 2004, pg. 28.

¹¹⁷⁷ MOLINA NAVARRETE, C., op. cit., pg.12 ; GONZALEZ DE PATTO, R.M.: “La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador casualizada en *mobbing*”, en VV.AA. , Mujer y Trabajo, Bomarzo, 2003, pg. 163; SEGALÉS, J.: “La integridad moral...”, cit., pp. 13 y 19.

injustificada tomando como referencia el tratamiento que, en análogas o semejantes condiciones, reciben los demás compañeros de trabajo¹¹⁷⁸, pero es bien sabido que la discriminación se califica por la causa o fundamento de la conducta (móvil) y no por el resultado, por lo que este factor no sería elemento inherente al concepto de acoso moral.

Finalmente, el reciente Acuerdo Marco Europeo sobre Acoso y Violencia en el Trabajo de 26 de abril de 2007 aborda no sólo extremos regulativos del acoso, sino que ofrece pautas consensuadas para su identificación, prevención y tratamiento por parte de empresarios y trabajadores, dado que su antecedente – Acuerdo Marco Europeo sobre estrés laboral de 2004 – dejó expresamente fuera de su ámbito el tratamiento relativo a las situaciones de acoso y violencia en el trabajo, a pesar de reconocer que las mismas constituyen «potenciales estresores relacionados con el trabajo».

En el plano conceptual, el Acuerdo conjuga la determinación de la conducta típica con la vertiente teleológica o de resultado. Así, identifica el acoso con la situación en que «uno o más trabajadores o directivos son maltratados, amenazados o humillados, repetida y deliberadamente, en circunstancias relacionadas con el trabajo»; mientras respecto al resultado, establece que «el acoso y la violencia pueden cometerse..., con el *propósito* o *el efecto* de violar la dignidad de otro directivo o trabajador, afectando a su salud y/o creando un ámbito hostil de trabajo». Aparecen, pues, tres elementos como integradores del concepto de acoso: el subjetivo, es decir, los sujetos activo y pasivo del acoso; el objetivo, que reside en la determinación de la conducta típica y del ámbito laboral de su actualización (en o por “circunstancias relacionadas con el trabajo”) ; y, por último, el finalístico o de resultado, que se vincula bien al propósito, bien al efecto de menoscabo de la dignidad del trabajador-víctima, la afectación de su salud y/o la creación de un ambiente laboral hostil.

En cuanto a los sujetos del acoso, la noción comprende todas las modalidades: acoso vertical descendente, vertical ascendente y horizontal. Acoso ascendente - un jefe o directivo se ve agredido u hostigado por uno o varios subordinados-, acoso descendente -cuando la víctima ocupa una

¹¹⁷⁸ MOLINA NAVARRETE, C., *ibidem*, pg. 12.

posición de inferioridad, jerárquica o de hecho, respecto del agresor-, acoso horizontal -cuando un trabajador se ve acosado por un compañero de su mismo nivel jerárquico- y acoso mixto -cuando concurren el acoso horizontal activo y el acoso descendente pasivo-.

En lo referente a la caracterización de la conducta típica, se opta por una fórmula genérica definitoria de la presión psicológica que se ejerce (maltrato, amenaza, humillación) omnicomprensiva de múltiples formas de manifestación -que no se describen de forma más o menos exhaustiva-, y cualificada por el elemento de la habitualidad, lo que implica la exigencia de sistematicidad, reiteración y cierto grado de perdurabilidad en el tiempo; en otras palabras, se apunta a una dinámica comisiva compleja que excluye hechos o conductas aisladas, por graves que sean en relación a la dignidad y la salud de la víctima. En este aspecto, el Acuerdo entronca en el concepto clínico y se inscribe en la línea de tendencia mayoritaria del Derecho comparado, así como de nuestra doctrina judicial y científica. En tercer lugar, la especificación del entorno laboral en que se desarrolla la conducta – se ejerce “en circunstancias relativas al trabajo” – y la mención expresa a los potenciales acosadores apunta, en principio, a una limitación del ámbito subjetivo del acoso al círculo del empleador, directivos u otros compañeros de trabajo, si bien el ejercicio por terceras personas ajenas a la organización laboral (clientes, proveedores, usuarios...) –muy significativo en algunos sectores como la educación, la sanidad etc... - no ha de considerarse excluido, ya que en la Introducción del Acuerdo se reconoce que las diferentes formas de acoso (y de violencia) laboral pueden producirse también «por terceros, tales como clientes, consumidores, pacientes, alumnos, etc.», por lo establece que a estas situaciones de violencia externa les serán aplicables las previsiones sobre prevención, identificación y tratamiento previstas «en los casos apropiados», quedando esta cuestión abierta de cara a su posterior aplicación¹¹⁷⁹.

Por su parte, y aquí reside uno de los mayores aciertos del concepto consensuado, se abunda en la línea de tendencia de objetivación del acoso laboral antijurídico, en un doble sentido. En lo referente al plano intencional o finalístico, ya que, en principio, se hace referencia a la intencionalidad lesiva

¹¹⁷⁹ Vid. CAVAS MARTINEZ, F.: “El Acuerdo Marco Europeo sobre acoso y violencia en el trabajo”, AS, nº 11, 2007, pg. 7.

del acosador como requisito (se habla de *propósito*)¹¹⁸⁰, en línea con lo establecido en la literatura clínica, pero también se contempla, en clave de alternativa, el mero resultado lesivo como elemento integrador de la conducta, prescindiendo, así, del subjetivismo cuasi doloso que, algunos ordenamientos comparados y nuestra doctrina judicial vienen exigiendo como elemento esencial del tipo, pese a la crítica de esta postura en el ámbito de la doctrina jurídico-laboral. El concepto parece objetivarse, así mismo, desde la perspectiva de la víctima – como ya se estableciera para el acoso sexual –, ya que la conducta típica ha de ser objetivamente vejatoria, humillante u hostil, al margen de la percepción subjetiva del trabajador acosado.

El Acuerdo Marco, por lo demás, prevé un compromiso de implementación para la organizaciones signatarias que deberá hacerse efectivo en el plazo de 3 años de la firma, por lo que es previsible que este trámite se cumpla en nuestro país mediante la adhesión al mismo desde el próximo Acuerdo Marco Interconfederal de Negociación colectiva (AINC) 2008¹¹⁸¹. No obstante la eficacia meramente obligacional de estos acuerdos, que determina que su contenido no sea vinculante para la negociación colectiva, sería muy deseable el compromiso de los sujetos negociadores en las diversas unidades de negociación para que las previsiones del Acuerdo Europeo se implementaran progresivamente en nuestro tejido productivo, lo que paliaría las insuficiencias que se detectan, en general, en materia de garantías convencionales antiacoso moral en el trabajo en España¹¹⁸².

3. Aproximaciones conceptuales y garantistas al acoso moral laboral en el ordenamiento jurídico español.

¹¹⁸⁰ La literatura clínica atribuye al acosador una premeditación o intención de humillar, abusar o segregar a la persona acosada, es decir, una dimensión perversa.

¹¹⁸¹ Como ya hicieran el AINC 2003, que hizo suyo el Acuerdo Europeo sobre el Teletrabajo de 2002 y posteriormente el AINC 2005 respecto al Acuerdo Marco Europeo sobre el Estrés Ligado al Trabajo de 2004. El procedimiento seguido en ambos casos fue similar: las partes signatarias incorporaron el texto de los acuerdos europeos como anexo del correspondiente AINC

¹¹⁸² Vid., al respecto, TRUJILLO VILLANUEVA, F.: « In memoriam: poderes empresariales y acoso en la negociación colectiva», en Observatorio de la Negociación Colectiva: La negociación colectiva en España: una mirada crítica, coord. Ricardo ESCUDERO RODRÍGUEZ, Valencia, CC OO-Tirant lo Blanch, 2006, pgs. 44 y ss.; VALDÉS DE LA VEGA, B.: “El tratamiento del acoso moral desde la autotutela colectiva, en Los medios de tutela frente al acoso moral en el trabajo, coord. Correa Carrasco, Valdés de la Vega, Comares, 2007, pp. 206-209.

3.1 La nueva legislación española antidiscriminatoria. Carencias y aportaciones a la configuración jurídica del acoso moral en el trabajo

A propósito de la trasposición de las Directivas antidiscriminatorias comentadas, la primera tipificación jurídico-positiva del acoso laboral en los lugares de trabajo dentro del ordenamiento español ha venido dada por la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, sobre igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y más en particular, en el ámbito del trabajo (en sentido amplio), de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre (MEFAOS). Otra cosa es, que esta intervención normativa constituya la, esperada por muchos, definitiva configuración legal del acoso moral en el ordenamiento español.

Todo apunta, en efecto, a que se trata de un tratamiento parcial e insuficiente del fenómeno, ya que se refiere exclusivamente, como se acaba de comentar, a una modalidad o especie de acoso: el acoso discriminatorio en base a alguna de las circunstancias personales o sociales determinadas normativamente¹¹⁸³, dejando extramuros de la protección una de las subespecies de acoso: el acoso discriminatorio por “razón de sexo” (acoso sexista), ya que la trasposición de la Directiva 2002/73/CE que lo tipifica como conducta discriminatoria prohibida (art. 1.2) se efectúa posteriormente mediante la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de mujeres y hombres (art. 7.2) (en adelante LOI); pero, con todo, supone un paso importante en el afianzamiento de nuestro subsistema jurídico de tutela antidiscriminatoria y, por otra parte, un avance en la mejora de la configuración jurídica que doctrina judicial y ciencia jurídica vienen haciendo del acoso moral y en el reforzamiento de las técnicas para la protección de los trabajadores frente a esta patología que anida en algunas organizaciones productivas.

Ambas normas –Leyes 51/2003 (art. 7. a) y 62/2003 (art. 28.1.a))-, en términos casi idénticos, introducen una definición jurídica del acoso discriminatorio, con un amplio ámbito de aplicación no limitado al laboral, que

¹¹⁸³ En el primer caso, la discapacidad de la persona y en el segundo caso, su origen racial o étnico.

se concibe como “*toda conducta no deseada*”¹¹⁸⁴ *relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga por objeto o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, hostil, humillante u ofensivo*”. Y aunque el concepto se limita a dicha modalidad o especie de acoso moral, va a contribuir, como más adelante se verá, a precisar los elementos estructurales o esenciales del concepto jurídico del acoso moral no discriminatorio o generico que viene acuñando la doctrina judicial en las sucesivas sentencias recaídas sobre la materia.

Por otra parte la Ley 62/2003, con una sección específica sobre la tutela antidiscriminatoria en el ámbito del trabajo en sentido amplio (Sección 3^a, Cap. III)¹¹⁸⁵, incluyente, pues, del trabajo subordinado, dispone la modificación de diversos preceptos del ET (art. 37), LPL (art. 40) y LISOS (art. 41) para adaptarlas al nuevo concepto y a la mejora de las técnicas de tutela antidiscriminatoria. Así, como garantías de orden sustantivo, se reconoce expresamente, en sede de legalidad ordinaria, el derecho básico de los trabajadores asalariados a no sufrir acoso discriminatorio (arts. 4.2.e) ET); como garantía de efectividad de la tutela por parte del empleador en ejercicio de su poder disciplinario, se incluye como causa de despido disciplinario, el acoso ejercido por el trabajador contra compañeros de trabajo o el propio empleador (art. 54.2. g) ET). En el plano de la tutela administrativo-sancionadora, se añade un nuevo apartado al artículo 8 LISOS para tipificar el acoso como infracción muy grave generadora de responsabilidad administrativa (art. 8.13 bis LISOS), siempre que la conducta se produzca “*dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario*”. En lo atinente a la tutela judicial, la Ley 62/2003, modifica el art. 96 LPL para extender, ahora ya con carácter de regla imperativa, la facilitación de la carga de la prueba a favor del trabajador «víctima» de la discriminación por circunstancias diferentes al sexo, que incluyen el «*origen racial o étnico*,

¹¹⁸⁴ El término “no deseada”, no aparece en el concepto recogido en el art. 7.a) de la Ley 51/2003, pero el art. 28.d) de la Ley 62/2003, reproduciendo la noción comunitaria da acoso, lo incluye.

¹¹⁸⁵ Omnicomprensivo del trabajo por cuenta propia y ajena, empleo público y privado.

religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual»¹¹⁸⁶; así mismo, se modifica el art. 181 LPL, a fin de dar cabida en el procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales a toda forma de discriminación, directa e indirecta, incluidas las formas de acoso laboral, ineludible exigencia derivada del carácter del derecho fundamental afectado ex art. 14 CE, si bien esta solución ya operaba con anterioridad a la reforma del precepto de la Ley Procesal en virtud de su interpretación extensiva en la experiencia judicial precedente¹¹⁸⁷.

Sin perjuicio de las reformas apuntadas afectantes directamente a la legislación laboral, sustantiva y procesal, con el acoso discriminatorio como centro de imputación, la ley 62/2003 reproduce, con alguna salvedad, el concepto de acoso introducido por la Ley 51/2003, mientras que en materia de garantías de efectividad de la protección antiacoso es más parca y técnicamente más farragosa; de ahí que, por lo que ahora interesa, nos centremos en las aportaciones de esta última tanto a nivel conceptual como tuitivo. Conviene partir, en primer lugar, del concepto de acoso de la Ley 51/2003 [art. 7.a)] que importa, casi literalmente, al ordenamiento interno el concepto comunitario acuñado en las Directivas precitadas, si bien con una diferencia cualitativa respecto a éstas, por cuanto implica un plus en el alcance de las técnicas antidiscriminatorias, aunque, significativamente y de modo criticable, desaparece en la noción de acoso acuñada por la Ley 62/2003. En efecto, en el concepto legal ex Ley 51/2003 desaparece la referencia al carácter “no deseado” del comportamiento soportado por la “víctima” del acoso, con lo que el elemento de “indeseabilidad” del éste -que el Derecho comunitario vincula al de “ofensividad” de la conducta-, deja de ser integrador de la comportamiento antijurídico, como después reiterará la LOI respecto del acoso discriminatorio por razón de sexo (acoso sexista). Se trata de una doble mejora en el plano técnico: obviar un elemento superfluo por redundante, ya que el propio término acoso presupone que las conductas que lo definen son indeseadas por la víctima, además de suprimir las connotaciones de sospecha o, incluso, de presunción de que la víctima lo consienta o, peor, que lo haya

¹¹⁸⁶ Recuérdese que el art. 18 de la Ley 51/2003 establecía esta modulación de la carga probatoria de discriminación sólo a título potestativo para el Juzgador.

¹¹⁸⁷ MOLINA NAVARRETE, C.: “Las nuevas Leyes antiacoso...”, cit. pg. 9.

provocado¹¹⁸⁸.

A parte de lo anterior, los aspectos más relevantes del concepto de acoso discriminatorio acuñado por la Ley 51/2003, se centran en primer lugar, en la opción por una noción genérica y no descriptiva de la conducta que integra el tipo, sino que el acoso se define por su propósito atentatorio o por sus efectos lesivos, por lo que cualquier tipo de actuación, verbal, física, reiterada o aislada, que cumpla con aquella dimensión subjetiva (propósito) u objetiva (resultado). En segundo lugar, destaca la irrelevancia del elemento intencional o teleológico, es decir la finalidad perseguida por el acosador; de este modo bastará con que se produzca el resultado previsto en la norma: la creación de un ambiente intimidatorio --lesivo de la libertad de autodeterminación o del libre desarrollo de su personalidad-- y ofensivo o denigrante --lesivo de la dignidad--, para la integración de la tipo antijurídico. Queda descartada, pues, cualquier exigencia de una animadversión o *animus nocendi* como exigencia del tipo, sin perjuicio de las consecuencias que ello pueda tener a los efectos del alcance de la responsabilidad y de la tutela, en particular, resarcitoria. Por último, en lo que se refiere a los bienes jurídicos protegidos, se apunta, por un lado, a la libertad de autodeterminación de la persona y por otro, la dignidad de la persona en general, y la dignidad de la persona trabajadora en particular.

A parte de los aspectos conceptuales, la Ley aborda el sistema de garantías para la efectividad de los derechos comprometidos por el acoso que, en todo caso –en el supuesto del acoso discriminatorio-, será el derecho a la igualdad de trato y no discriminación (art. 14 CE). En este plano, más que novedades, la norma aporta integración, aclaración y especificación de garantías, algunas de ellas ya existentes en nuestra experiencia jurídica por obra de la doctrina constitucional o bien en virtud de preceptos generales. Así, en el plano de la tutela judicial, en su triple vertiente: inhibitoria, repositoria y resarcitoria, el art. 18 prescribe “*la adopción de todas las medidas que sean necesarias para poner fin a la violación del derecho y prevenir violaciones ulteriores, así como para restablecer al perjudicado en el ejercicio pleno de su*

¹¹⁸⁸ En este sentido, PEREZ DEL RIO, T.: “La violencia de género en el trabajo: el acoso sexual y el acoso moral por razón de género”, TL, n^o 91,2007, pg. 190.

derecho»; en lo que al resarcimiento de los daños, además del reconocimiento expreso de la eventualidad de daños morales –independientes de los patrimoniales- en los supuestos de acoso, tanto en lo relativo a su existencia, cuanto a su reparación, dispone, así mismo, la regla de prohibición de topes máximos predeterminados para las indemnizaciones correspondientes que, por tanto, no podrán ser tasadas¹¹⁸⁹. Por otra parte, se reconoce la garantía de indemnidad – protección frente a consecuencias adversas a resultas de actuaciones realizadas en exigencia del derecho de igualdad-, que ahora además de contrarias al art. 24 CE, como ya reconociera la doctrina constitucional, se reconocen contrarias al art. 14 CE. Por último, se opera una recepción de la también doctrina del TC relativa a la modulación de la carga probatoria –prueba de indicios- en los procesos en donde se invocan derechos fundamentales, para incluir los supuestos de acoso discriminatorio, de modo que la prueba directa y suficiente del carácter legítimo del trato dado “*podrá*” recaer en la persona a quien se imputa el comportamiento o conducta de acoso (art. 20.1). El carácter potestativo de la prueba indiciaria, muy criticado por la doctrina, dada la obligatoriedad de la regla en los términos establecidos, de nuevo, por el TC¹¹⁹⁰, fue subsanado por la Ley 62/2003 al efectuar la traslación de todas estas reglas generales al ámbito específico del acoso en el marco de las relaciones laborales (arts. 37, 40 y 41), en los términos ya comentados, mediante las correspondientes reformas de la LET, LPL y LISOS.

Sin embargo, frente a la satisfacción con la que fueron acogidas ambas normas por parte de la doctrina que las valoró como el instrumento definitivo en la tutela frente al acoso moral, otro sector se ha mostrado más crítico en orden a su aplicabilidad al acoso moral desvinculado del componente discriminatorio, esto es, lo que podemos denominar acoso moral “genérico”. En este sentido, se ha advertido que ni desde una interpretación sistemática, ni tampoco teleológica, de esta legislación, cabe una aplicación directa de las garantías establecidas a los supuestos de “*mobbing*”, debido a los desajustes conceptuales y de fundamento de la tutela existentes entre el género –acoso

¹¹⁸⁹ Pese a la novedad que supone la vinculación de estas garantías al acoso, la doctrina ha advertido que supone la recepción legal de reglas ya establecidas por la doctrina del TJUE y de nuestro TC; vid. MOLINA NAVARRETE, C.: “Las nuevas Leyes antiacoso...”, cit., pg. 5.

¹¹⁹⁰ *Ibidem*, pg. 6.

moral- y la especie –acoso moral discriminatorio-, que es la legalmente tipificada.

Tales desajustes se vinculan, por un lado, a la tipificación de la conducta constitutiva del tipo merecedor de reproche jurídico y a los bienes jurídicos protegidos en cada supuesto. Así, en la noción legal de acoso discriminatorio, resultan irrelevantes elementos tales como la intensidad, reiteración y perdurabilidad del comportamiento y de la presión psicológica que opera en la víctima, en contraposición a su relevancia en la configuración del acoso moral genérico, según generalizada convención en las doctrinas judicial y científica. Por lo que se refiere a los bienes jurídicos protegidos, como consecuencia de la diversificación y diferenciación de las conductas típicas en cada caso –en el sentido apuntado-, en el acoso discriminatorio sólo se reconoce comprometida la dignidad del trabajador-víctima –aparte del derecho de igualdad, dado el móvil que lo alienta-, mientras que el acoso moral afecta directa y en cualquier caso a la integridad moral, sin perjuicio de que su reconocido carácter pluriofensivo pueda determinar que no sólo el derecho fundamental ex art. 15 CE, sino otros, como el honor, la intimidad, la propia imagen, la libertad de expresión y comunicación, puedan verse, además, afectados¹¹⁹¹.

Con todo, las ventajas que aporta la nueva legislación antiacoso discriminatorio respecto a la respuesta de nuestro ordenamiento frente al acoso moral, básicamente a través de la labor interpretativa de nuestros Tribunales, no son desdeñables. Por un lado, abre cauces de aplicación directa del sistema protector del acoso discriminatorio en unos casos a los supuestos de acoso moral, y, por otro, viabiliza su aplicación extensiva y analógica, en otros. Así, cabrá la aplicación directa en los supuestos en que el acoso moral (“generico”) sea el medio o instrumento para la discriminación del trabajador, es decir en los casos en que el acoso moral acreditado esté guiado por un móvil discriminatorio vinculado a alguna de las circunstancias previstas ahora en la legislación laboral: origen racial o étnico, religión, convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y sexo. Por su parte, la aplicación a otros supuestos de acoso moral instrumental para la discriminación del

¹¹⁹¹ En este sentido, *ibidem*, pg. 10.

trabajador, ahora en base a cualquier otra circunstancia personal o social no prevista expresamente en la LET, vendría fundada en una interpretación extensiva de sus mandatos antidiscriminatorios a la luz de la cláusula abierta utilizada por el art. 14 CE. Incluso cabría apelar, en mi opinión, a una interpretación analógica para fundamentar la reconducción del acoso moral -el desvinculado de causa discriminatoria- al abrigo del sistema de garantías arbitrado, dado que aún no habiendo identidad absoluta de supuestos de hecho –ya se han comentado las diversidades en la tipificación de la conducta antijurídica y en el plano del fundamento de la tutela (bienes jurídicos protegidos) –, sí que podría esgrimirse la existencia de una identidad de *ratio* protectora: en este caso, la efectividad de la tutela de derechos fundamentales del trabajador objeto del acoso moral, todos ellos merecedores del mismo nivel de protección, según doctrina constitucional¹¹⁹².

También en el plano de las ventajas, hay que citar su contribución a la objetivación del concepto jurídico de acoso moral decantado por la doctrina judicial, pese a algunas desviaciones aplicativas preocupantes. Así, para la Ley, tanto el elemento subjetivo –intencionalidad del acosador de socavamiento y desestabilización psicológica de la víctima-, cuanto el elemento objetivo vinculado al resultado lesivo para la salud psico-física del trabajador acosado, son absolutamente irrelevantes: el tipo de acoso se integra cuando se despliega un comportamiento respecto al trabajador que objetivamente menoscaba su dignidad o crea un entorno hostil, humillante y vejatorio, sin entrar en el propósito o finalidad de esa conducta: basta con que ese sea el resultado y al margen de la producción efectiva de daños biológicos. La formulación legal del tipo debe servir para la rectificación de la línea de tendencia mayoritaria de la doctrina judicial social que, como se verá más adelante, excesivamente mimetizada con el concepto clínico –extrajurídico- de acoso moral, viene exigiendo para la integración de la conducta antijurídica ambos elementos que, por el contrario, deben ser reconducidos desde el plano

¹¹⁹² Descartando la posibilidad de exportabilidad de estas garantías legales al acoso moral, vid. MOLINA NAVARRETE, C., *ibídem*, pg. 12, que posteriormente modula su postura negativa, vid. “La tutela frente al “acoso moral” en el ámbito de la función pública”, en *Acoso Moral en el Trabajo* (coor. Correa Carrasco), pg. 244; SANCRISTOBAL VILLANUEVA, J.M., “La tutela de los derechos fundamentales y el acoso (moral)...”, *cit.*, pg. 29; SEGALÉS, J. “La integridad moral...”, *cit.*, pg. 15.

de la tipificación al plano de las consecuencias jurídicas y, en particular, en el plano de las responsabilidades administrativa y “civil” patrimonial, por un lado, como, por otro, en el ámbito de la tutela público-reparadora en el marco del Sistema de Seguridad Social.

En esta senda de avances en la tutela frente al acoso, de nuevo, discriminatorio, ahora por razón de sexo, se sitúa la reciente LOI 2007. Pocas son, desde luego, sus aportaciones a nivel conceptual que no sea la omisión del término “no deseado” con que las Directivas y la propia Ley 62/2003 califican el comportamiento del acosador, lo que supone, según alguna doctrina, una depuración de las connotaciones sexistas que la propia noción pudiera revestir,¹¹⁹³ aunque, pese a todo, no debe de olvidarse que la doctrina constitucional más reciente respecto al acoso sexual reitera la exigencia de este elemento (indeseabilidad) como integrante del tipo jurídicamente reprochable¹¹⁹⁴. En cuanto a sus disposiciones generales –aplicables a todas las formas de discriminación sexista y, por ende, a la protección frente al acoso moral sexista (y acoso sexual)-, se reproducen algunas de las previsiones de la Ley 51/2003, en particular, las prescripciones sobre garantía de indemnidad frente a acciones ejercidas en reivindicación del derecho de igualdad y no discriminación (art. 9 LOI); y las relativas a las consecuencias jurídicas del comportamiento sexista, estableciéndose la exigencia de un sistema de indemnizaciones *efectivas y proporcionadas* al perjuicio sufrido, así como de un sistema eficaz y *disuasorio* de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias, incluidas las de acoso (art. 10 LOI). Finalmente, en la vertiente estrictamente procesal, se profundiza en la facilitación de la carga probatoria de la discriminación (y por tanto del acoso sexual o moral sexista), mediante lo que a *priori* parece implicar la eliminación de la regla de la prueba meramente indiciaria que venía recayendo sobre el afectado para sustituirla por una regla de inversión del onus probandi, si bien esta regla sólo resulta aplicable a los procesos civiles y contencioso-administrativos (art.13 LOI).

Interesa reparar en la funcionalidad de estas garantías, formuladas en la

¹¹⁹³ PEREZ DEL RIO, T., *ibídem*, pg.

¹¹⁹⁴ Cfr. SSTC 224/1999, de 13 de diciembre (RTC 1999, 224) y 136/2001, de 18 de junio (RTC 2001, 136)

LOI de modo general, desde la perspectiva de la protección específica frente al acoso sufrido en el marco del contrato de trabajo. Así, la prescripción de un sistema de indemnizaciones efectivas y proporcionadas se orienta al cumplimiento del principio general de reparación íntegra propio del derecho de daños y enlaza con la reforma que opera (DA 13ª LOI) en la LPL al efecto de que en los procedimientos fundados en acoso del trabajador las indemnizaciones que puedan proceder por la lesión de los derechos fundamentales vulnerados sean compatibles con las adicionales tasadas que correspondan legalmente por la eventual modificación o extinción contractual conforme a la LET. En lo relativo al establecimiento de un sistema de *sanciones disuasorias*, la doctrina entiende que no cabe interpretar el precepto en el sentido de que pueda servir de fundamento único para la creación de un sistema autónomo de indemnizaciones de carácter punitivo anudadas al acoso, por lo que, para ello, sería precisa su reconducción a las normas procesales laborales a cuyo amparo pudieran establecerse¹¹⁹⁵, sin bien la LOI se ha abstenido de introducir una modificación, en este sentido, en la LPL¹¹⁹⁶. Parece más bien, por tanto, que la expresión legal pudiera referirse a sanciones administrativas específicas para los supuestos de acoso discriminatorio reconducibles, cuando éste se actualice en el ámbito laboral, a la LISOS. Y así, en efecto, ha ocurrido, a través de la muy interesante modificación operada por la DA 14ª LOI en ésta última norma, en la que se introduce una nueva subsección 3ª bis (de la sección 2ª) con un nuevo art. 46 bis -relativo a “responsabilidades empresariales específicas” en materia de igualdad- que establece, sin perjuicio de las sanciones que procedan con carácter general, un sistema de *sanciones accesorias* al empresario responsable –directa o indirectamente- del acoso discriminatorio, consistentes en la pérdida de los beneficios vinculados a programas de fomento del empleo y la exclusión de acceso a los mismos en un plazo de 6 meses desde la comisión de la infracción.

¹¹⁹⁵ Mediante técnica equiparable a la indemnización, con componentes “punitivos”, establecida en el art.279.2.b LPL en el incidente de no readmisión del despido improcedente.

¹¹⁹⁶ Vid. MERCADER UGUINA, J. R., «La "parte general" de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R. (Coords.), *La Ley de Igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*, Lex Nova, Valladolid, 2007, pág. 43.

Destacable resulta, también, la reserva de las reglas de inversión del *onus probandi* ex art. 13 LOI al ámbito procesal civil y contencioso¹¹⁹⁷, dejando de lado el procesal laboral. De este modo y conforme a la prescripción legal, interpretada *contrario sensu*, en el procedimiento laboral sigue recayendo sobre el trabajador víctima de acoso la obligación de aportar indicios de la conducta discriminatoria sufrida (prueba indiciaria), de acuerdo con las previsiones de los arts. 96 y 179.2 LPL, que no han sido objeto de modificación alguna por la LOI, a diferencia de la operada a este respecto en la LEC y LRJCA. De todos modos, se ha cuestionado doctrinalmente que esta previsión de la LOI deba interpretarse en el sentido de que en los procesos civiles o contencioso administrativos basados en acoso discriminatorio baste la mera alegación o afirmación de su existencia para que se produzca la llamada «inversión» de la carga de la prueba; en ese sentido se considera significativo que el art. 13 se refiera a alegaciones (del demandante de tutela) que se «*fundamenten*» en actuaciones discriminatorias, y no parece que una mera alegación o afirmación de discriminación pueda considerarse debidamente «fundamentada» si no se acompaña de indicios de su existencia¹¹⁹⁸.

Con todo, las más destacables contribuciones de la LOI al acabado y refuerzo de la efectividad del específico sistema jurídico-laboral de tutela frente al cualquier forma de acoso laboral, incluido el moral, se centran en las reformas que opera en la legislación procesal laboral -a través de su DA 13^a-, que se retoman ahora dada su incidencia, como se verá Infra, en la readaptación del art. 50 LET para una más eficaz tutela de los derechos fundamentales . En efecto y dejando al margen las modificaciones operadas en la LPRL y la LISOS –ya que deliberadamente los mecanismos de tutela preventiva y público-sancionadora se dejan fueran del objeto de este estudio -, las relativas a preceptos de la LET se limitan a incorporar el acoso por razón de género en el catálogo de acosos discriminatorios antijurídicos en el marco de la relación laboral.

¹¹⁹⁷ Ya que la LOI (DA 5^a y 6^a, respectivamente) sólo modifica en este sentido los preceptos correspondientes de la LEC y LRJCA, sin afecta, en el mismo sentido, los arts. 96 y 179.2 LPL.

¹¹⁹⁸ En este sentido, GARCIA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Acoso sexual, acoso por razón de sexo y acoso en la Ley de Igualdad de mujeres y hombres”, *Relaciones Laborales*, N.º 4, 2008.

En cuanto a las reformas operadas en la LPL, no obstante su significación, no hay por menos que reconocer que no son más (ni menos) que la positivización legal de reglas acuñadas previamente por reciente doctrina unificada de la sala 4ª del Tribunal Supremo (TS) en relación a situaciones de acoso moral en el trabajo¹¹⁹⁹. En este sentido, las modificaciones de los arts. 180 y 181 LPL implican el reconocimiento legal de la compatibilidad de indemnizaciones en las situaciones de acoso invocadas en procesos de despido o extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador ex art. 50 : a la tasada prevista en la LET, se adicionará la correspondiente para la reparación de los resultados lesivos del acoso –por vulneración de los derechos fundamentales afectados- prevista específicamente en el proceso de tutela de derechos fundamentales. Por su parte, y con una finalidad instrumental de operatividad de la anterior regla de la compatibilidad indemnizatoria y de contribución al principio de economía procesal, la prohibición general de acumulación de acciones de despido y extinción del contrato ex art. 27.2 LPL, decae, en virtud del nuevo párrafo añadido a este precepto, cuando en tales acciones – de despido o extinción contractual ex art. 50 LET- se alegue discriminación (acoso discriminatorio) o violación de derechos fundamentales (acoso moral), supuestos en que cabrá la acción de responsabilidad resarcitoria por los daños producidos directamente por el acoso. Queda pendiente, no obstante, el problema del efecto disuasorio del sistema reparador/indemnizatorio, que, en mi opinión, va ligado a la suficiencia de las indemnizaciones resarcitorias de los perjuicios del acoso, plano en el que las reformas no han entrado, a pesar de que la experiencia judicial en el orden social en lo referente al montante de las indemnizaciones por acoso ha sido mayoritariamente objeto de crítica por la doctrina, acusando a nuestros Tribunales de una concepción “miserabilista” que contrasta no ya con la jurisprudencia comparada, sino con la arrojada por nuestra propia jurisdicción civil en supuestos de lesión de derechos fundamentales¹²⁰⁰.

¹¹⁹⁹ Vid. Auto 15 de septiembre de 2004 (JUR 2004, 296933) y Sentencias de 17 de mayo de 2006 (rec. 4372/2004) y de 5 de junio de 2005 (rec. 1838/2004).

¹²⁰⁰ Para esta crítica, vid. MOLINA NAVARRETE, C. : “ La tutela frente a la “violencia moral” en los lugares de trabajo: entre prevención e indemnización”, AS, 2001, pg. 1164; URRUTIKOETXEA

3.2. Aportaciones conceptuales del nuevo Estatuto del Empleado Público y del Proyecto de Reforma del Código Penal

La posterior Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), sin perjuicio del reconocimiento expreso como derecho de los funcionarios de la protección frente al acoso [(art. 14.h)] y la tipificación de tales conductas como infracción muy grave (art. 95.2), se abstiene, así mismo, de abordar la ansiada delimitación conceptual que se espera en sede legislativa, que, no obstante, podría venir de la mano de la proyectada reforma del Código Penal (CP). En efecto, el Proyecto de Ley Orgánica 121/000119, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (PLRCP). En su exposición de motivos el PLRCP advierte de la lacra que supone el acoso laboral y de la respuesta insuficiente que encuentra por parte de otras ramas del Derecho, por lo que aborda la tipificación de lo que denomina “acoso psicológico u hostil” en las relaciones laborales –y otras relaciones contractuales- mediante su reconducción al art. 173.1 (Título VII del Libro II) relativo a los delitos contra la integridad moral, en el que se añade un nuevo párrafo del siguiente tenor: *«Con la misma pena serán castigados los que, en el marco de una relación laboral, realicen contra otro de forma reiterada actos de grave acoso psicológico u hostilidad que naturalmente generen en la víctima sentimientos de humillación y los que, en el marco de cualquier otra relación contractual, provoquen situaciones gravemente ofensivas en la dignidad moral de la otra parte, mediante la alteración sensible de las condiciones de disfrute de los derechos derivados de la misma.»*.

Como puede apreciarse, aquí el prelegislador penal hace un esfuerzo de construcción conceptual de lo que, todo indica, que se trataría del acoso moral desprovisto de cualquier otra connotación o circunstancia modalizadora o cualificadora. La integración del tipo penal no está exenta de ciertos defectos técnicos, como es la separación entre acoso laboral y contractual, cada uno con una descripción e integración jurídica aparentemente diversa que puede inducir a distorsiones aplicativas, pero supone una encomiable delimitación del

BARRUTIA, M. : “Extinción del contrato de trabajo por acoso e indemnización adicional por daños (Comentario al Auto del TS de 15 de septiembre de 2004), AS, nº 1, 2005, pg. 14.

tipo jurídicamente reprochable con identificación de sus elementos esenciales, por lo que es de esperar que, aparte de promover su tipificación en el ordenamiento jurídico-laboral, tenga la debida influencia en la depuración del “tipo” laboral construido por la doctrina judicial social e impela a ésta al descarte de algunos ingredientes accesorios que, pese a la resistencia mayoritaria, nada tendrían que incidir en la configuración del acoso, sino más bien el ámbito de las consecuencias jurídicas del ilícito laboral. El otro acierto del prelegislador penal es la identificación clara y definitiva del bien jurídico protegido vinculándolo a la integridad moral, como ya viniera reconociendo la doctrina.

En lo atinente a la definición de la conducta de acoso (conducta típica), el prelegislador ha optado por un concepto genérico, es decir, por una fórmula de descripción general de la conducta de acoso (“actos de acoso psicológico u hostilidad”) sin concretar los detalles del *iter* hostigador o las concretas acciones mediante las que se humilla y socava la dignidad de la persona¹²⁰¹. En lo referente a los restantes elementos integradores del tipo, en el plano de los sujetos, abarca todas las modalidades de acoso moral laboral – es decir, cualquiera que sea el sujeto agente del acoso: vertical descendente, ascendente u horizontal; en el plano objetivo, aunque no se incluye una enumeración o descripción de las conductas de presión psicológica y hostiles – ni a título exhaustivo ni siquiera ejemplificativo-, se introducen los elementos de la *habitualidad* y *gravedad* esto es, se exige una dinámica comisiva por parte del acosador consistente en un despliegue sistemático a través de una pluralidad de actos graves en un período temporal más o menos amplio. Y, por último, se reitera la opción por la objetivación conceptual, como ya ocurriera con el acoso sexual a tenor de la doctrina constitucional: la presión psicológica/vejación de la víctima deben ser percibidos como tales por el hombre medio, colocado en el lugar de la misma, según la concepción social imperante en el momento, no bastando, pues, la apreciación subjetiva de la víctima.

Como puede apreciarse, el tipo penal se desmarca, acertadamente, del elemento intencional, tan reiterado por la mayor parte de los pronunciamientos

¹²⁰¹ Es la opción tipificadora en el ámbito jurídico-laboral del legislador sueco y francés. El ordenamiento belga, se decante por un concepto más descriptivo.

judiciales en el orden social –incluido el TS-, como criticado por la doctrina; así como, en el plano de los resultados, también se aleja de la tendencia jurisprudencial mayoritaria de exigencia de daños a la salud del acosado. Si este perfil conceptual del acoso moral es el que definitivamente prospera precisamente en el ámbito penal, esta debería ser la referencia para el legislador laboral -si se optara finalmente por la tipificación jurídico-laboral en sede normativa- o, en todo caso, para que la jurisprudencia del orden social –deseablemente en doctrina unificada- acuñara el tipo de acoso merecedor de reproche por parte del ordenamiento laboral, algo que resulta ya inaplazable en aras de la seguridad jurídica. En efecto, no es infrecuente en la experiencia judicial del orden social que conductas de presión psicológica gravemente vejatorias para el trabajador queden indemnes o merecedoras de un juicio de reproche jurídico más leve, simplemente por no encajar en el perfil del concepto jurídico-hermeneúutico de acoso moral dominante en la doctrina judicial decantado de la extrapolación, sin más modulaciones, del concepto extrajurídico al ámbito del Derecho¹²⁰².

3.3 El tratamiento del acoso moral en la negociación colectiva

Ya se advirtió críticamente, con anterioridad, la insuficiente incidencia del acoso moral en el ámbito de la negociación colectiva. Así, a salvo de algunas (pocas) experiencias interesantes en el plano preventivo y disciplinario¹²⁰³, la autonomía colectiva tiene aun pendiente el reto de abordar la mejora de los mecanismos de protección con intervenciones específicas de mayor alcance en los ámbitos de la prevención, de los sistemas de control interno en la organización productiva y la solución de conflictos, suplementando y/o cubriendo lagunas de las previsiones legales, así como procurando su modalización en atención a las particularidades sectoriales. En efecto, el balance que arroja el análisis de los convenios colectivos y su tratamiento de

¹²⁰² Vid. Sentencia Juzgado Social n^o 2 Navarra 23-08-2007 (PROV 2007\316084), en donde se rechaza la existencia de acoso moral por incumplimiento de los requisitos del tipo acuñado por la doctrina judicial, pese a reconocerse y estimarse la existencia de conductas gravemente vejatorias que lesionan el derecho fundamental a la integridad moral del trabajador.

¹²⁰³ Vid. Acuerdo UPV y organizaciones sindicales sobre prevención en materia de acoso 2004, que incluye un conjunto de medidas preventivas, determinación de los procedimientos internos de denuncia y gestión por parte de la Administración universitaria y ejercicio de las potestades disciplinarias.

la materia es bastante pobre: algunos se limitan a meras declaraciones de principios de tolerancia cero frente al acoso, otros - la mayoría de los que abordan el problema -, se limitan a integrarlo en el ámbito del poder disciplinario empresarial, pero sin una labor de definición o caracterización previa de la figura lo que acarrea el problema técnico de remisión al tipo normativo -ceñido al acoso (moral) discriminatorio- o al tipo interpretativo acuñado por la jurisprudencia menor. Minoritarios son, pero es justo mencionarlos, aquellos convenios que realizan un tratamiento más integrado de la figura que comprende su configuración conceptual previa a su consideración como riesgo laboral objeto de medidas preventivas específicas y a su tipificación como falta laboral muy grave a efectos de medidas disciplinarias del empleador¹²⁰⁴; en los demás casos, la noción es sólo instrumental en el marco de la regulación del régimen disciplinario convencional.

Con todo, las escasas aportaciones conceptuales relativas al acoso moral por parte de la negociación colectiva comprenden la referencia a los elementos configuradores que, mayoritariamente, toman en consideración la doctrina judicial, resaltando, en este sentido, por un lado, la delimitación del elemento objetivo (conducta típica) recurriendo, por lo general, a una fórmula genérica o abstracta -es decir sin previsión de actos concretos-, cualificada por la reiteración, perdurabilidad y sistematicidad; y por otro, la prevalencia del elemento teleológico, de modo que el tipo convencional de acoso se integra por el nexo causal existente entre la intencionalidad lesiva del acosador y los daños inflingidos a la víctima como resultado de la conducta acosadora. Son, efecto, marginales los convenios en los que el concepto de acoso moral se construye en clave de disyuntiva respecto a la intencionalidad y el resultado lesivo, esto es, integrando la conducta antijurídica por la presencia de la finalidad o ánimo dañino o, alternativamente, del resultado lesivo¹²⁰⁵, elemento este, caracterizado por la centralidad del daño moral, sin perjuicio de otros daños que eventualmente puedan actualizarse dada la potencialidad pluriofensiva del acoso moral¹²⁰⁶.

¹²⁰⁴ Convenio Colectivo empresa “Pansfood SA” (Res. MTAS 13-07-05); Convenio Colectivo empresa “Unidad Editorial, SA” (Rs. 11-10-2005).

¹²⁰⁵ Vid. p.e., Convenio colectivo estatal de Administraciones de Loterías (Res. 05-07-2004)

¹²⁰⁶ Un exhaustivo análisis del tratamiento del acoso moral en la negociación colectiva en VALDES DE LA VEGA, B.: “El tratamiento del acoso moral desde la autotutela colectiva”, en Los medios de tutela

4. Concepto y caracterización jurídica del acoso moral en la doctrina judicial. Apuntes críticos

A salvo de las aportaciones normativas anteriormente referidas, las comentadas insuficiencias del ordenamiento español respecto a una disciplina jurídica específica e integrada de protección frente al acoso moral en el trabajo genérico, no ha impedido que los órganos jurisdiccionales (sobre todo) del orden social hayan ido forjando un concepto “hermeneúutico” de acoso moral en el trabajo y habilitado diversas técnicas de tutela jurídica antiacoso mediante una encomiable labor interpretativa de la normativa vigente, valiéndose de instituciones ya existentes en nuestro ordenamiento que resultan aplicables tras una hermenéutica teleológica y evolutiva previamente impulsada, justo es decirlo, por la doctrina iuslaboralista. Con todo, y sin desdeñar la importante aportación de la doctrina judicial de suplicación sobre acoso moral, la definitiva decantación del concepto hermeneúutico de acoso moral requiere un pronunciamiento al respecto del Tribunal Supremo o del Tribunal Constitucional, que probablemente no pueda hacerse esperar mucho más dado el aluvión de pronunciamientos de suplicación al respecto y las contradicciones que se advierten entre ellos en ocasiones.

Bien es cierto que la primera aportación jurisprudencial a la tipificación jurídica del acoso moral vino de mano de la jurisdicción contencioso-administrativa a través de la pionera, en la materia, STS, sala 3^a, de 23 de julio de 2001(RJ 2001, 8027) en la que el Alto Tribunal, sentando las bases de la doctrina que acogerán posteriormente los Tribunales de suplicación del orden social, optó por un concepto amplio –comprensivo de plurales y diversos comportamientos susceptibles de hostigamiento o acoso – integrado, eso sí, por los elementos de carácter objetivo: sistematicidad e intensidad y subjetivo: finalidad o intencionalidad lesiva. En efecto, los Jueces y Tribunales de orden social de la jurisdicción han efectuado a través de sus pronunciamientos de suplicación, construcciones conceptuales que siguen la senda marcada por el TS en aquella sentencia y, por tanto, excesivamente tributarias, en general, del

frente al acoso moral, cit., pp. 196-221; vid., así mismo, CORREA CARRASCO, M.: “ El concepto jurídico de acoso moral en el trabajo”, op. cit., pp. 84-87.

concepto clínico (marcadamente subjetivo) de acoso moral, lo que aboca a distorsiones aplicativas que debilitan las garantías de tutela de los trabajadores-víctimas. No obstante constituyen una aportación conceptual sobre acoso moral de gran relevancia, ya que hasta la normativización del concepto de acoso discriminatorio a través de la nueva legislación española antidiscriminatoria, sólo este concepto interpretativo ha servido de base para la reconducción de técnicas de tutela ya existentes en nuestro ordenamiento jurídico a la protección de los trabajadores frente al acoso, lo que no obsta para reprochar a los operadores jurídico-institucionales una iniciativa de reajuste del dicho concepto a la vista de la noción de acoso discriminatorio positivizada primero por el ordenamiento comunitario y poco después por nuestro ordenamiento interno, liberada en gran medida, en el plano subjetivo y de los efectos o resultado, del lastre representado por el concepto clínico.

En términos generales, el concepto interpretativo de acoso refiere a una situación de hostigamiento a un trabajador sobre el que se ejercen actitudes de violencia o presión psicológica, de forma sistemática y prolongada en el tiempo, con la finalidad de destruir su reputación y dignidad y lograr el abandono del puesto de trabajo, que provocan su extrañamiento social en el entorno laboral y graves alteraciones psicosomáticas de ansiedad y/o depresión. Como se aprecia, la noción “hermeneútica” generalizada de acoso, implica, una extrapolación casi simétrica del concepto clínico y, por tanto la incorporación acrítica al concepto jurídico de acoso moral de elementos objetivos – caracterización y circunstancias de la conducta agresora –, subjetivos: intencionalidad dañina del agresor y de resultado: daños psíquicos a la víctima, relevantes en el ámbito médico, sin tener en cuenta los diferentes valores, circunstancias y consecuencias que inciden en el plano de la protección frente al acoso en los diferentes sectores del Derecho y, en particular, en el Derecho del Trabajo.

Conviene, pues, efectuar un análisis crítico de cuáles son para la doctrina judicial los elementos configuradores del acoso moral, con el objeto de determinar cuáles deber ser tomados como esenciales o estructurales, esto es, inherentes o integradores del supuesto de hecho ilícito y cuáles son o podrían ser meramente accesorios o accidentales, de modo que no son requisito de

integración del tipo, sino ponderables sólo a nivel de las consecuencias jurídicas que el ordenamiento le anuda.

La doctrina judicial se refiere a la exigencia de dos tipos de elementos conceptuales: objetivos –la conducta típica y su caracterización y el resultado del daño a la salud del acosado- y el subjetivo, que hace referencia más que a los sujetos, activo y pasivo, del acoso (ámbito subjetivo), a las intenciones o finalidad perseguida por el acosador, por lo que, más propiamente, conviene hablar del elemento finalista o teleológico. En lo que respecta al denominado elemento objetivo, esto es la conducta típica, existe una convención unánime –doctrinal y jurisprudencialmente- acerca de su caracterización como una conducta compleja que conjuga una pluralidad de comportamientos (activos y/u omisivos) que, en conjunto, ejercen una presión psicológica extrema sobre el trabajador. Ahora bien, en cuanto a la técnica jurídica utilizada para la integración conceptual de este elemento, una buena parte de los pronunciamientos judiciales tras partir de una formulación genérica de la conducta típica – “conducta de presión laboral”- enumeran sistemáticamente los comportamientos concretos relevantes, al efecto de efectuar las correspondientes operaciones subsuntivas desde el relato fáctico del caso. Así, las conductas de acoso son sistematizadas por la doctrina judicial en torno a cinco grupos, siguiendo el modelo de la literatura psiquiátrica: a) medidas de extrañamiento social del trabajador en el entorno laboral (aislamiento del lugar de trabajo, supresión de los medios de comunicación habituales, limitación de la movilidad en el centro de trabajo, veto para reuniones o sesiones de trabajo, limitación de la relación con compañeros, clientes...; b) medidas tendentes a la desacreditación profesional del trabajador (modificación de condiciones de trabajo con degradación profesional, exigencia de tareas muy superiores a la cualificación, incremento desproporcionado e inasumible de la carga de trabajo, falta de ocupación efectiva, expedientes sancionadores recurrentes e infundamentados etc.. c) medidas de desacreditación personal (ridiculización, rumorología acerca de su vida privada o salud mental, críticas hirientes, burlas....; d) medidas intimidatorias: amenazas, agresiones verbales o físicas, etc....¹²⁰⁷, todas ellas de índole vejatoria y humillante. En otros casos, se opta

¹²⁰⁷ Vid, entre otras, SS TSJ País Vasco 6-7-2004 (AS 2059); TSJ Galicia 13-4-2004 (AS 1669); TSJ Cataluña 5-5-2004); TSJ Murcia 27-10-2003 (AS 3683), TSJ Madrid 13-4-2004 (JUR 2004/237812); TSJ

por una formulación genérica de la conducta acosadora –sin concreción de hechos o medidas determinadas- identificada como “presión psicológica” extrema ejercida sobre el trabajador y entendida como “toda conducta que desde un punto de vista objetivo puede ser percibida como un ataque”¹²⁰⁸.

En cuanto a los rasgos objetivos de la conducta típica, existe también unanimidad en sede judicial en torno al carácter sistemático de la conducta de acoso, que refiere en todo caso a una secuencia de actuaciones reiteradas, integradas y perdurables en el tiempo¹²⁰⁹; recurrencia y prolongación temporal cuya ponderación se dejan al arbitrio del juzgador, así como su conjugación con la intensidad de los ataques a la víctima¹²¹⁰. La relatividad, pues, de la cadencia y duración de los actos agresivos, pese al peso que tiene –y quizá deba tener- en el ámbito clínico y preventivo a efectos de diagnosis, evolución y tratamiento, se está imponiendo tanto en sede doctrinal como judicial ¹²¹¹

Canarias 19-5-2004 (AS 2079), TSJ Murcia 23-6-2003 (AS 2129); TSJ Aragon 22-12-2005 (AS 629); TSJ Andalucía 21-03-2007 (AS 3504)

¹²⁰⁸ Vid, en este sentido, SSTSJ Cataluña 17-2-2002; 30-5-2003 (AS 2512)); 24-10-2005 (AS 3695); 28-7-2006 (JUR 2007, 252023).

¹²⁰⁹ Vid, entre otras, SS TSJ Cataluña 21-11-2002 (AS 2003, 670); TSJ Galicia 8-4-2003 (AS 2893) y 17-11-2003 (JUR 2004, 57674); TSJ Andalucía 9-9-2003 (AS 3510); TSJ Cataluña 11-6-2003 (AS 2516); TSJ Aragón 22-12-2005 (AS 629); TSJ Andalucía 21-3-2007 (AS 3504)

¹²¹⁰ Aunque en la literatura clínica y preventiva se concreta la reiteración –al menos una vez por semana- y la duración –al menos durante 6 meses –, dado que estos parámetros temporales determinan la probabilidad de daños psíquicos en la víctima (vid. al respecto NTP 476 INSHT), en el propio ámbito clínico se ha tachado tal cuantificación de arbitraria, ya que habrán de tenerse en cuenta además la intensidad de los ataques y la personalidad de la víctima; vid. VISCOMI, A.: “Il mobbing:alcune questioni su fattispecie ed effetti”, cit., pg. 54. Por el contrario, algunos autores defienden la virtualidad definidora de estos específicos parámetros temporales, que actuarían como elementos diferenciadores de otras conductas antijurídicas del empresario; en este sentido, MELLA MENDEZ, I.: “El acoso psicológico en el Derecho del Trabajo”, TS, nº 145, 2003, pg. 17; HERNANDEZ VELASCO, E.: “Acoso moral en el trabajo o mobbing. Las acciones judiciales de su víctima”, Justicia Laboral, nº 10, 2002, pg. 74.

¹²¹¹ SERRANO OLIVARES, R., op.cit., pg. 32; CORREA CARRASCO, M., op. Cit., pg. 56. En la doctrina judicial, vid., en este sentido, la muy expresiva STSJ Asturias 23-3-2007 (AS 1945) : “Es preciso hacer notar que aun cuando la existencia de acoso moral en el trabajo comporta la repetición en el tiempo de conductas hostiles, de forma que se ha sostenido, como se ha indicado, que ha de tratarse de una actuación "sistemática, repetitiva y reiterada", las divergencias se plantean en torno a la entidad de la reiteración, es decir, a la medición en el tiempo de la persistencia de actuaciones hostiles (...). Es razonable entender que no cabe el establecimiento de una regla general de aplicación automática a cualquier supuesto, sino que ante cada caso concreto y apreciando las circunstancias concurrentes, habrá de valorarse si la reiteración de la agresión sufrida tiene entidad suficiente para ser calificada como constitutiva de mobbing. En todo caso no parece admisible el exigir la acreditación de la reiteración por un plazo mínimo de seis meses, ya que obligar al trabajador a sufrir estoicamente un hostigamiento psicológico durante un plazo de tiempo tan dilatado, resulta de todo punto ilógico, al margen de que si la violencia ejercida cesa poco antes de cumplirse el plazo en cuestión, la actuación empresarial tendría grandes posibilidades de quedar totalmente impune, y ello sin tener en cuenta las dificultades probatorias de tan riguroso plazo. Por ello, partiendo de que el hostigamiento ha de ser repetido y duradero en el tiempo, habrán de valorarse en cada caso las actuaciones desplegadas por el acosador y la gravedad e intensidad de las mismas”

Esta valoración casuística de las circunstancias concurrentes, resta, desde luego, seguridad jurídica al sistema de tutela tal y como se advierte en la doctrina de suplicación. Así frente a pronunciamientos en los que la insuficiencia de reiteración/duración del comportamiento hostigador determina la desestimación de la demanda del trabajador, pese a reconocerse la intensidad y gravedad de los ataques¹²¹², para otros prevalece este último factor, por lo que uno o dos actos de agresión, aun sin continuidad en el tiempo, son considerados como suficientemente graves para apreciar la existencia de acoso y estimar la pretensión de tutela del trabajador¹²¹³.

En todo caso, la sistematicidad del acoso, así entendida, hace exigible la valoración conjunta de todas las conductas o medidas provenientes del sujeto activo, puesto que aisladamente se presentan como conductas neutras, anodinas, carentes de gravedad y de potencialidad lesiva¹²¹⁴. Pero, por otro lado, y esto es destacable, este rasgo objetivo del acoso se ha vinculado, desde el principio y por lo general, a la idea de un “plan” orientado teleológicamente (predeterminación) a la consecución de un determinado resultado lesivo. De este modo la finalidad dañina del acosador aparece como el factor que cohesiona y da coherencia a la serie de actuaciones y medidas hostiles utilizadas¹²¹⁵. La vinculación de la sistematicidad a la lógica propia de la “planificación”, llevada al extremo, ha inclinado a algunos de nuestros Tribunales a contaminar este elemento objetivo del acoso con otro elemento de naturaleza subjetiva: la intencionalidad lesiva o dañina del acosador que

¹²¹² Vid., p.e., STSJ Canarias 22-02-06 (AS 2006, 1135); TSJ Asturias 30-11-2007 (JUR 73825). Esta última, particularmente criticable dado las circunstancias del caso: con unos hechos probados de modificación sustancial ostensiblemente degradante, circunstancias de descrédito profesional frente a resto de compañeros y clientes y aislamiento de la trabajadora, se consideran hechos aislados no subsumibles en el concepto de acoso moral.

¹²¹³ Vid. STSJ Canarias 28-3-2007 (AS 1648); STSJ Asturias 23-3-2007 (AS 1945). Esta última enfatiza el inevitable casuismo respecto al cumplimiento de este requisito objetivo del acoso moral: “Es preciso hacer notar que aun cuando la existencia de acoso moral en el trabajo comporta la repetición en el tiempo de conductas hostiles, de forma que se ha sostenido, como se ha indicado, que ha de tratarse de una actuación "sistemática, repetitiva y reiterada", las divergencias se plantean en torno a la entidad de la reiteración, es decir, a la medición en el tiempo de la persistencia de actuaciones hostiles susceptibles de ser calificadas de acoso... (). Es razonable entender que no cabe el establecimiento de una regla general de aplicación automática a cualquier supuesto, sino que ante cada caso concreto y apreciando las circunstancias concurrentes, habrá de valorarse si la reiteración de la agresión sufrida tiene entidad suficiente para ser calificada como constitutiva de mobbing”.

¹²¹⁴ SS TS 23-7-2001 (RJ 8027), TSJ Valencia 25-9-2001 (RJCA 2002/548), TSJ Castilla-León 6-6-2004, TSJ Cantabria 23 y 30-7-2004, TSJ Cataluña 11-7-2003 (AS 2516).

¹²¹⁵ Vid. STS 23-7-2001 (RJ 8027); STSJ C.Valenciana (CA) 25-9-2001 (RJCA 2002, 548) y las más recientes STSJ Andalucía 21-3-2007 (AS 3504) y la muy expresiva, en este sentido, STSJ Canarias 28-3-2007 (AS 1648).

aparece, así, como un elemento estructural o integrador de la noción de acoso moral, al convertirse en el factor que cohesiona y da sentido al proceso comisivo del agente del acoso. De este modo, éste se concibe como un plan, explícito o implícito, o como “proceso que se compone de una serie de actuaciones hostiles que, tomadas de forma aislada, podrían parecer anodinas, pero cuya realización constante tiene efectos perniciosos, debiendo situarse el criterio definitorio en la intensidad y repetición sistemática de la agresión y en la *percepción inmediata de que esos actos van dirigidos, como objeto y efectos de forma intencional*, a degradar y atentar contra la integridad psíquica y física del trabajador”¹²¹⁶. La planificación (predeterminación) del acoso se califica con la presencia de un propósito dañino del acosador “de minar psicológicamente la resistencia del acosado, y lograr así de modo efectivo algún objetivo que de otro modo no hubiera conseguido el hostigador”¹²¹⁷, lo que obliga a indagar (y probar) las hipotéticas motivaciones perversas del mismo que guíen su comportamiento¹²¹⁸. Parece, sin embargo, que un enfoque rigorista del binomio sistematicidad-planificación, que una buena parte de la doctrina de suplicación traduce en la “tendenciosidad” del acoso¹²¹⁹, debe interpretarse en clave menos subjetivista, es decir sin rígidos imperativos intencionales o finalísticos. En efecto, este planteamiento marcadamente subjetivista, defendido también por un sector de la doctrina científica¹²²⁰, es discutible y merece ser matizado. Valga decir, por ahora, que es cierto que la idea de “sistema”, refiere a una serie o conjunto de elementos que, ordenadamente relacionados entre sí, contribuyen a un determinado objeto, lo que conecta con un cierto grado de predeterminación hacia una finalidad concreta que en el acoso es la humillación, vejación del trabajador, su

¹²¹⁶ Vid. STSJ Andalucía 21-3-2007, cit. y SJS n° 2 Navarra-Pamplona 23-08-2007 (PROV 2007\316084);

también conectando con el elemento finalístico, STSJ Canarias 29-3-2007 (AS 1976); STSJ Aragón 2212-2005 (AS 2006, 629); SSTSJ Navarra 31 marzo 2005 [AS 2005, 897], Cataluña, 11 junio 2003 [AS 2003, 2516], Galicia, 26 de noviembre de 2004 , y 21 septiembre 2005 [AS 2006, 847], Asturias, 28 enero 2005 [AS 2005, 1998].

¹²¹⁷ STSJ Madrid 3-12-2007 (JUR 2008 55731); STSJ Asturias 9-11-2007 (AS 2008, 309).

¹²¹⁸ STSJ Madrid 16-10-2007 (AS 22228); STSJ Asturias 9-11-2007, cit.

¹²¹⁹ SS TSJ de Cataluña 28-11-2001 (AS 2002, 249), TSJ de Madrid 7-4-2002 y TSJ de Extremadura 27-2-2002 (PROV 2002, 104119); STSJ Castilla La Mancha 9-3-2006 (AS 898); STSJ Asturias 9-11-2007 (AS 2008, 309)

¹²²⁰ ARAMENDI, P.: “Acoso moral:su tipificación jurídica y su tutela judicial”, AS, n° 2, 2002, pg. 13-16; LUELMO MILLAN, M.A.: “Acoso moral o mobbing. Nuevas perspectivas sobre el tratamiento jurídico de un tema intemporal de actualidad”, REDT, n° 115, 2003, pp. 7-8; CORREA CARRASCO, M.: “El concepto jurídico de acoso moral”, cit., pp. 61-62.

extrañamiento en el entorno laboral bien, simplemente, como medio de manifestación de estilos de dirección autoritarios basados en el modelo de trabajadores sumisos a los intereses empresariales, bien, -como suele ser más frecuente- para provocar la autexclusión del trabajador de la organización y el abandono del empleo¹²²¹. La tendenciosidad del acoso, en su acepción finalista, refiere, por tanto, a una retirada de hechos “alineados en un plan de sistemático hostigamiento” que evidencian la consecución de un fin¹²²² que cabrá inferir de los hechos, pero de ahí a la necesaria vinculación del comportamiento hostil con propósito perverso, una intención dañina particular o *animus specialis* por parte del acosador que haya de probarse, como algunos pronunciamientos han exigido¹²²³, hay una diferencia que no debe obviarse, como más adelante se comentará, si no se quiere restar efectividad al sistema jurídico de protección frente al acoso a base del requerimiento de una “prueba diabólica” acerca del propósito íntimo del sujeto activo .

Por otra parte, la conducta acosadora ha de ser objetivamente reprobable, es decir su ofensividad y lesividad y, consecuentemente, su antijuridicidad no puede depender sólo de la percepción subjetiva de la víctima, de su mayor o menor sensibilidad, sino que debe ser tenida como inadmisibles conforme a los parámetros social y generalmente admitidos, lo que deberá ser objeto de ponderación en atención a la intensidad y demás circunstancias concurrentes. Es lo que se ha denominado “tendenciosidad” del acoso en su vertiente de “comportamiento abyecto”, que significa que no se adjetiva, en este sentido, en función de la susceptibilidad de la víctima, sino que para la conciencia social es inadmisibles el medio, así como el resultado buscado por la presión laboral ejercida¹²²⁴.

Otro de los perfiles objetivos del acoso reside en el ámbito espacial o contexto en donde se desarrolla. El factor contextual u organizacional, aparece también como elemento integrante de tipo en la praxis judicial del conflicto: el

¹²²¹ Para esta finalidad consistente en la destrucción de la empleabilidad del trabajador, vid., entre otras muchas, las recientes SS TSJ Madrid 3-12-2007 (JUR 2008, 55731); TSJ Cataluña 4-7-2007 (AS 3147); SSTSJ Madrid 31-6-2007 (AS 3345); 18-9-2007 (AS 2943); TSJ Asturias 30-11-2007 (JUR 73825).

¹²²² Vid. SS TSJ Cataluña 17-9-2002; 24-10-2005 (AS 3695); 28-7-2006 (JUR 2007, 252023); 21-11-2007 (JUR 2008, 39064); STS Justicia Canarias 28-3-2007 (AS 1648).

¹²²³ STSJ País Vasco 26-2-2002; STSJ Galicia 4-11-2003; STSJ Castilla La Mancha 6-9-2004; STSJ Madrid 19-10-2004.

¹²²⁴ STSJ Cataluña 21-11-2007 (JUR 2008, 39064); STSJ Canarias 28-3-2007 (AS 1648).

acoso jurídicamente relevante es el ejercido en el entorno laboral – como consecuencia o con ocasión del trabajo- y dentro de éste, protagonizado el empleador (o sus representantes), superior jerárquico (acoso vertical descendente), otros compañeros de trabajo de igual grado (acoso horizontal) o por el subordinado hacia el empleador o superior (el menos frecuente, acoso vertical ascendente)¹²²⁵, de modo que el ámbito organizacional y subjetivo del acoso moral aparecen estrechamente vinculados. En la doctrina judicial se identifica el acoso, en efecto, con la presión “laboral”, entendida como “la sufrida como consecuencia de la actividad laboral que se lleva a cabo y en el lugar de trabajo, lo que implica que sea cometida por miembros de la empresa en sentido amplio y dentro del límite del lugar de trabajo, porque fuera del mismo la persona tiene mayor libertad y la capacidad de supervisión de la empresa es prácticamente nula o disminuye drásticamente”¹²²⁶. Se ha dicho, en efecto, que el acoso es una “patología de las organizaciones” propiciada por la jerarquía que las preside, por lo que, en general, surge en el marco de una relación asimétrica formal fruto de la subordinación jurídica entre los sujetos activo y pasivo, o bien de una asimetría informal o de facto resultado del mayor apoyo social o grupal o parte de los mandos¹²²⁷. Sin embargo, la inclusión de la asimetría entre los sujetos del acoso con integrador del concepto jurídico de acoso ha sido cuestionada por alguna doctrina científica, sin perjuicio de su valor desde la perspectiva socio-psicológica, apostando tan sólo por su consideración y ponderación a efectos de las consecuencias jurídicas del ilícito, básicamente a efectos de la asunción de responsabilidad por sus efectos lesivos¹²²⁸.

De hecho la relativización de la idea de asimetría a efectos conceptuales, parece estar abriendo el paso a la ampliación del ámbito

¹²²⁵ SS TJS Cataluña 10-12-2002; Comunidad Valenciana 17-1-2003; TSJ Extremadura 16-12-2003; TSJ Asturias 9-11-2007 (AS 2008, 309).

¹²²⁶ Vid, entre otras muchas, SS TSJ de Cataluña de 28-11-2001 (AS 2002, 249); TSJ de Madrid 7-4-2002; TSJ de Extremadura 27-2-2002 (PROV 2002, 104119)

¹²²⁷ SJS nº 1 Pamplona 24-9-2001; SJS nº 33 Madrid 18-6-2001; STSJ País Vasco 26-2-2002. En la doctrina científica destacan este aspecto MOLINA NAVARRETE, C.: “La tutela frente a la “violencia moral” en los lugares de trabajo...”, cit., pg. 1142-1146; del mismo autor, “Las nuevas leyes «antiacoso»: ¿tienen algo útil para la prevención y sanción del acoso moral en el trabajo –*mobbing*-“ op. cit., pg. 11; PINEDA SEGURA, C.: “El hostigamiento psicológico en el trabajo. El “*mobbing*”, REF, RTSS, nº 215, 2001, pg. 146; MELLA MENDEZ, L.: “El acoso psicológico en el derecho del Trabajo”, cit., pg. 16.

¹²²⁸ En este sentido, SERRANO OLIVARES, R., op. cit., pg. 44.

subjetivo (y en parte contextual) del acoso moral, incorporando como eventuales sujetos activos a individuos ajenos a la organización (clientes, usuarios, proveedores, trabajadores de otras empresas con vinculación a la del acosado). En esta línea ya se había manifestado cierta doctrina isulaboralista¹²²⁹ y ahora se posiciona explícitamente, aunque de forma indirecta, el Acuerdo Marco Europeo sobre Acoso y Violencia en el trabajo de 2007 en el que, aún no incluyéndolo expresamente en su ámbito aplicativo el que podríamos llamar “acoso externo”, en su Introducción deja constancia de su creciente incidencia en algunos sectores (en particular, la educación y la sanidad) y de la aplicación de las previsiones que resulten adecuadas en materia de prevención y tratamiento “en los casos adecuados”.

En el mismo sentido, pero ya de forma explícita se sitúan el Repertorio de recomendaciones prácticas para combatir la violencia en los lugares de trabajo de 2003 de la OIT¹²³⁰, así como el proyecto de Ley de Reforma del Código Penal que, al tipificar el acoso moral como delito se vale de una fórmula genérica en la delimitación al referirse a los potenciales sujetos activos («Los que... contra el otro») y al contexto de actualización («... en el marco de una relación laboral»); una fórmula que cabe interpretar no excluyente de terceros que se relacionen de forma estable con el acosado como consecuencia del desempeño de su prestación laboral y que por tanto tienen la oportunidad de desplegar un comportamiento hostil reiterado. Es decir, de los términos empleados por el prelegislador penal cabe inferir que, para la integración del tipo penal, no es requisito que acosador y acosado estén ligados por una relación laboral, sino que basta que la víctima soporte el acoso como consecuencia de su relación laboral y en virtud de la sujeción espacial-temporal que emana de dicho vínculo, es decir, de la subordinación jurídica que obliga a acudir a un centro de trabajo, durante un tiempo determinado y estar en contacto directo, con motivo de ello, con el agresor moral, sea quien sea éste¹²³¹.

Desde esta perspectiva, serían subsumibles en el tipo jurídico-laboral de

¹²²⁹ SERRANO OLIVARES, R., op. cit., pg. 44.

¹²³⁰ OIT (MEVSW/2003/11-Doc), pp. 4 y 10, que sitúa a los clientes y usuarios como sujetos que deben quedar implicados en las estrategias preventivas contra la violencia en los lugares de trabajo.

¹²³¹ Vid. LAFONT NICUESA, L.: “El acoso funcional y contractual en el nuevo proyecto de Ley de reforma del Código Penal”, Actualidad Jurídica Aranzadi, n^o 741/2005, pg. 5.

acoso moral los supuestos en los que la conducta típica sea ejercida por personas no vinculadas directamente a la organización productiva del trabajador acosado, sino a empresas relacionadas con ella por razones de descentralización productiva o externalización de la mano de obra –empresario, directivos o trabajadores de empresas principales, contratistas o subcontratistas o empresas usuarias, en caso de trabajadores en misión de ETT.s-, o, incluso el ejercido por clientes, usuarios, proveedores, que, por motivo u ocasión del trabajo, estén en contacto directo con el trabajador.

De hecho, la doctrina de suplicación ya se está haciendo eco de esta línea de tendencia, pues aunque al delimitar el ámbito subjetivo del acoso moral se haga referencia a “miembros de la empresa”, inmediatamente se efectúa una interpretación laxa de la noción para integrar en ella –a efectos de la estimación del acoso moral- a todo sujeto agresor con relación de “dependencia funcional” de la misma, pese a su pertenencia orgánica a otra entidad, con referencia expresa a trabajadores de empresas de trabajo temporal durante su puesta a disposición en la empresa usuaria o trabajadores de empresas auxiliares durante con ocasión de su prestación laboral en centros de trabajo de la empresa principal¹²³². En tales casos, aparte de la del agresor, la responsabilidad del empleador estaría fundamentada siempre que el acoso, pese a ser ejercido por un sujeto no estrictamente vinculado a la empresa, se consume en un ámbito al que alcanza su poder de dirección y control y en el que, por tanto, pueda ejercer sus potestades organizativas y disciplinarias en defensa de la víctima.

Mayor complejidad entrañan, por el contrario, los supuestos de “acoso externo” protagonizados por clientes o usuarios de la empresa del trabajador, no tanto por la extensión del ámbito subjetivo del tipo que ello comporta –que,

¹²³² Vid. STSJ Canarias 28-3-2007 (AS 1648), siguiendo doctrina de otras sentencias de suplicación del TSJ Madrid y Cataluña, es muy expresiva, en este sentido, al afirmar que el acoso ha de ser “consecuencia de la actividad laboral, implica que sea cometida por miembros de la empresa, entendida ésta en sentido amplio, es decir, por personas que dependan funcionalmente de la empresa, aunque orgánicamente dependan de otra entidad. El ejemplo a tener en cuenta es el de los trabajadores de empresas de trabajo temporal; esto en el desempeño de su trabajo dependen de la empresa usuaria, y en esa situación pueden ser objeto de control. Pero también el supuesto de trabajadores de otras empresas con las que se presta servicios, pues siempre que la empresa de la víctima tenga capacidad de reacción, se le exigirá ésta al amparo del deber de preservación de la integridad física de los trabajadores (art. 4.2.d) ET”. Pronunciamientos anteriores (vid. SS TSJ Navarra 30-04-2001 (AS 1878); 18-05-2001 (AS 1821), habían estimado la pretensión del trabajador-víctima reconociendo acoso moral en el marco de contrata de obras/servicios.

como se ha visto, parece abrirse camino a nivel doctrinal e, incluso normativo-, sino en el plano de la responsabilidad del empresario y en el procesal de la legitimación pasiva de la acción emprendida por la víctima. Sobre esta cuestión no existen precedentes jurisprudenciales específicos sobre acoso moral, pero si antecedentes en supuestos de acoso sexual o de agresiones físicas con vulneración de los derechos fundamentales a la integridad física y moral de la trabajadora, por lo que dada la identidad de *ratio* tutelar, se hace posible una traslación analógica de los argumentos utilizados por el juzgador al tema que nos ocupa.

Así, en un supuesto de acoso sexual a la trabajadora de un establecimiento hotelero por parte de un cliente, la sentencia –que sorprendentemente no entra en la cuestión de existencia de vulneración de derechos fundamentales- aprecia la falta de diligencia adecuada por parte del empresario para impedir los actos de acoso del cliente, y, en consecuencia, una omisión de sus deberes de garante del derecho del trabajador a la consideración debida a su dignidad (art. 4.2.e) ET). En suma, según el juzgador, “sobre el empresario recae el deber de que las circunstancias en que el empleado realice su trabajo no mengüen su dignidad humana, derecho éste de proyección constitucional (art. 10 CE)”, por lo que sin entrar en la cuestión de la responsabilidad del agresor, declara responsable a la empresa y estima la pretensión de extinción contractual al amparo del art. 50 LET¹²³³. Por su parte, el TS también ha tenido ocasión de pronunciarse en similares términos en una interesante y reciente sentencia relativa a un supuesto de agresiones físicas y sexuales a una trabajadora por parte de usuarios del servicio de Biblioteca del Ayuntamiento demandado en la que la actora prestaba servicios. En su resolución el Tribunal aprecia la existencia de “pasividad o escasa diligencia empresarial (que) vulneró no solo el derecho -de naturaleza laboral ordinaria- del trabajador a «su integridad física y una adecuada política de seguridad e higiene» [art. 4.2.d) ET] y a «una protección eficaz en materia de seguridad», higiene y salud en el trabajo [arts. 19 ET y 14.1 LPRL]», sino también -lo que es decisivo a los efectos de que tratamos- su fundamental derecho a la vida y a la integridad física y moral [art. 15 CE] y a la salud [art. 43 CE]”, por lo que

¹²³³ Vid. STSJ Canarias 7-1-1997 (rec. 1335/1997).

estima no sólo la pretensión de extinción indemnizada del contrato ex art. 50 LET, sino la pretensión resarcitoria de una indemnización adicional por los daños psíquicos sufridos por la víctima a cuyo pago condena a la Corporación demandada¹²³⁴. La fundamentación del fallo en ambos supuestos es, mi opinión, perfectamente aplicable *mututis mutandi* a supuestos de acoso moral cometido por terceros (clientes, usuarios, pacientes...) con los que el trabajador haya de tener relación o contacto directo por motivo u ocasión de su prestación de trabajo.

Hasta aquí, los elementos que, mayoritariamente, se consideran inherentes o constitutivos del concepto de acoso moral y, por tanto, de la conducta o tipo antijurídico. No existe, sin embargo, convención acerca del elemento teleológico (subjetivo) y de resultado (daños psíquicos ciertos producidos por el acoso), que parte de la doctrina científica y judicial considera esenciales, mientras que otro sector estima meramente accesorios o accidentales para la calificación del acoso. El debate científico acerca de los elementos básicos del acoso moral se centran pues en ellos.

Respecto al elemento teleológico –propósito, intenciones o finalidad lesiva del agresor – la postura dominante en la doctrina científica¹²³⁵ y la judicial, vinculadas en exceso a los parámetros conceptuales de la psicología y psiquiatría clínicas, lo consideran un perfil constitutivo del acoso moral hasta el punto de convertirse en nuestra práctica forense en el requisito fundamental para su calificación y delimitación respecto de conductas afines, como las de uso arbitrario o abusivo de poderes empresariales o episodios propios de procesos de grave conflictividad laboral. En efecto, para la doctrina de suplicación “la tendenciosidad” o “planificación” del acoso, como ya se comentó, implica que la presión ejercida sobre el trabajador persigue una finalidad determinada, explicitada o no a la víctima; el propósito de agresor es conseguir su denigración laboral, minar su resistencia psicológica y provocar, así, su autoexclusión o abandono de la empresa. Es decir, cualquiera que sea el móvil del acosador, su intención es bien producir el daño por el daño

¹²³⁴ Vid. STSud 20-9-2007 (RJ 8304).

¹²³⁵ Vid., por todos, ARAMENDI SANCHEZ, P.: “Acoso moral: su tipificación jurídica y su tutela judicial”, AS n° 2, 2002, pg. 16.

(psíquico) de la víctima¹²³⁶, o bien causar el daño como medio para obtener el resultado de salida del trabajador de la empresa –temporalmente, mediante una IT, o definitivamente, mediante una IP o el abandono, indemnizado o no, del afectado¹²³⁷.

Con todo, el problema no radica tanto en la exigencia – hasta ahora generalizada – de este elemento subjetivo, cuanto en la prueba del mismo que dificulta la ya de por sí complejidad de la acreditación de la conducta típica¹²³⁸. Como advierte la propia doctrina judicial, la existencia de ese “plan” finalístico que da coherencia y uniformidad al proceso comisivo del agresor debe ser acreditado por la víctima¹²³⁹, pero en materia de prueba, una cosa es exigir la prueba directa (“diabólica”) de un ánimo o móvil malicioso a través de una indagación psicologista en el terreno tan inescrutable como el de la intencionalidad del agresor, y otra muy distinta y más equilibrada, que es la que va generalizándose en la práctica forense, es la exigencia de aportación de meros indicios por parte de la víctima de los que el juzgador pueda inferir la presencia de tal finalidad lesiva al no existir una justificación objetiva y razonable de todas las actuaciones del agresor. Es decir, del propio relato y acreditación de los hechos (actos, medidas adoptadas respecto al trabajador y de la presión psicológica que objetivamente suponen), y en ausencia de prueba en contrario de la necesidad y proporcionalidad de las mismas por parte del

¹²³⁶ En este sentido, STSJ Madrid 29-1-2004 (JUR 234356) considera que el acoso persigue el derrumbamiento psicológico y el “castigo caprichoso y arbitrario” de la víctima

¹²³⁷ Vid. entre otras muchas, SS TSJ Madrid 30-1-2004 (AS 2215) y 17-5-2004 (AS 2165), TSJ Galicia 12-9-2002 (AS 2603); TSJ País Vasco 26-2-2002 (AS 2932), y las más recientes STSJ Canarias 28-3-2007, cit. con cita de la del TSJ Cataluña 17-9-2002, para las cuales “el elemento teológico, me parece fundamental tenerlo siempre presente en toda definición de mobbing, pues si algo caracteriza a éste es el objetivo: que la persona se elimine laboralmente, mediante su ataque psicológico”. En el mismo sentido, STS Asturias 9-11-2007 (AS 2008, 309): “Es necesario recalcar que tales comportamientos son plenamente causales e intencionales: pretendiendo reducir, modificar a la baja y deteriorar el desempeño de un trabajador o trabajadora con vistas a eliminar su empleabilidad o capacidad de ser empleable. Si algo identifica al mobbing, no es la ocurrencia de una presión o un acoso sobre el trabajador, es que dicho acoso o presión sea tendencioso, que busque una finalidad y esa finalidad no sea admisible en nuestro mundo de relaciones laborales.

¹²³⁸ La STSJ Madrid 21-11-2007 (AS 2008, 380) es muy expresiva en este sentido: “Desde el punto de vista jurídico es lo cierto que los hechos que configuran el acoso moral que un trabajador puede padecer en su puesto de trabajo, son muy difíciles de probar por la víctima, dado que el “mobbing” suele presentarse acompañado de un clima de aislamiento respecto de los propios compañeros, y concretarse en actos continuos de hostigamiento que poco a poco van minando la autoestima del trabajador, pero que son solo valorables globalmente y por tanto su delimitación y constatación es una ardua o imposible tarea”.

¹²³⁹ Vid. entre otras muchas, TSJ País Vasco 26-2-2002 (AS 2932), STSJ Canarias 28-3-2007 (AS 1648).

agresor, se deduciría la “tendenciosidad” del acoso¹²⁴⁰.

Aún con esta modulación de la carga probatoria o, mejor, con esta técnica de “objetivación de la prueba” del elemento intencional, sigue resultando criticable el mantenimiento de este requisito toda vez que la motivación y la finalidad del agresor –sea la desestabilización psicológica del trabajador por mera represalia, sea la docilidad o sumisión del trabajador conforme a un modelo autoritario de dirección, sea la mejora de su productividad en la organización, sea su autoeliminación voluntaria sin coste alguno de expulsión de mano de obra excedentaria –, debería ser irrelevante, ya que, si como ha terminado reconociendo indirectamente la doctrina judicial, el acoso moral es normalmente instrumental –persigue la salida del trabajador de la empresa, o en otros términos, “acabar o menoscabar su empleabilidad”-, no hay razón alguna para desechar otras finalidades diversas, incluidas las que tengan que ver con el interés organizativo de la empresa. Por eso, resulta de todo punto reprochable el amplio cuerpo de doctrina judicial que se vale de ese parámetro –la primacía del interés empresarial sobre el componente ofensivo del comportamiento- para distinguir los supuestos de acoso de los calificados como de “ejercicio arbitrario o abusivo de los poderes empresariales”¹²⁴¹, ya que ambos fines no son, en absoluto, excluyentes. A mayor abundamiento ha de apelarse a la doctrina constitucional que ya ha tenido oportunidad de dejar sentado que no cabe la invocación de intereses empresariales, por muy objetivos y amparo constitucional que tengan éstos (art. 30 CE), para justificar actuaciones o medidas contrarias a derechos fundamentales¹²⁴².

Lo decisivo, por tanto, habría de ser la comprobada existencia de

¹²⁴⁰ SS JS nº 32 Barcelona 16-2-2002 (AS 2637), JS nº 2 Pamplona 24-9-2001 (AS 3192), STSJ Cataluña 8-5-2002 (AS 2124), STSJ País Vasco 9-7-2002 (AS 2635); STSJ Madrid 20-1-2004 (JUR 234356); STSJ Murcia 12-1-2004 (JUR 190910); STSJ Madrid 25-6-2007 (AS 3345).

¹²⁴¹ En síntesis la tesis de esta doctrina es que los supuestos de ejercicio arbitrario e incluso violento de los poderes organizativos empresariales distintos del acoso moral, lo que prima es el interés empresarial, ya que el propósito del empleador (o del superior del trabajador) es imponer condiciones de trabajo que favorezcan la productividad y la competitividad, aunque lo sea a base de conductas que por violentas y menoscabantes de la dignidad, resulten por sí mismas vulneradoras de derechos básicos del trabajador, como la dignidad, mientras que en el acoso moral la finalidad que prevalece es causar un daño psíquico al trabajador. Vid., en este sentido, las pioneras a este respecto, SSJS nº 33 Madrid 18-6-2001 (AS 1667); SJS nº 1 Bilbao 22-3-2002 (AS 129); STSJ País Vasco 26-2-2002; o la más reciente, STSJ Aragón 22-12-2005 (AS 629). Para una crítica de este criterio interpretativo desde los inicios de su utilización en la práctica forense, vid. GONZALEZ DE PATTO, R.M.: “La resolución del contrato de trabajo casualizada en *mobbing*. Puntos críticos sustantivos y procesales”, en *Mujer y Trabajo* (coord. Ruiz Pérez), pg. 161.

¹²⁴² Vid. STC 182/2005.

presión laboral a base de graves ataques a la dignidad, imagen, libre desarrollo de la personalidad y/o la integridad moral de la víctima que, en su conjunto, y objetivamente determinen un entorno laboral hostil, humillante y vejatorio para la misma. Una interpretación esta, por otra parte, que entronca en la línea marcada ahora expresamente por las normas comunitarias¹²⁴³, las experiencias comparadas¹²⁴⁴, la noción de acoso laboral positivizada en las leyes 51/2003 y 62/2003 de transposición de las Directivas comunitarias antidiscriminatorias y las previsiones del legislador penal al tipificar el delito de acoso en la proyectada reforma del Código Penal – de particular significación por la prevalencia del dolo como elemento constitutivo de los tipos penales –. En todos estos casos queda patente la irrelevancia conceptual del elemento subjetivo y la prevalencia del resultado: el acoso se produce cuando los comportamientos padecidos por la víctima tienen “como *objetivo o consecuencia* atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo”. Desde esta perspectiva, el elemento subjetivo sería ponderable sólo a efectos de graduación de la responsabilidad administrativa y de la responsabilidad indemnizatoria del acosador, y en su caso, del empleador que tolera el acoso¹²⁴⁵. Por lo demás, la resistencia de nuestros Tribunales a relativizar, sino a obviar, el ingrediente teleológico del acoso moral es contradictorio con la línea de tendencia jurisprudencial objetivadora de otros ilícitos laborales entre los que se encuentran los mismo incumplimientos empresariales que justifican la resolución contractual ex art. 50 LET.

También es objeto de división doctrinal y ahora también judicial, la exigencia del daño a la salud psíquica del trabajador-victima como resultado del acoso moral. La postura hasta ahora mayoritaria de la doctrina de suplicación sobre mobbing es la exigencia de daños psíquicos ciertos causados al trabajador, debiendo acreditarse, además, mediante prueba pericial la

¹²⁴³ Tanto las Directivas antidiscriminatorias citadas, cuanto el Acuerdo Marco Europeo sobre Acoso y Violencia en el Trabajo cit.

¹²⁴⁴ Vid. art. L-122-49 del Código de Trabajo francés; la Ley belga de 2002 que se decantan por prescindir del elemento intencional o teleológico; el acoso se califica mediante la conducta típica de ataque psicológico que, en términos disyuntivos, tenga por objeto o efecto, atentar contra la dignidad o la integridad física o psíquica del trabajador. La Labour Standards Act de Québec (Canadá) –art. 81.18– también opta por un concepto que prescinde de componentes subjetivo-finalistas.

¹²⁴⁵ En este sentido, MOLINA NAVARRETE, C.: “La tutela frente a la “violencia moral” en los lugares de trabajo: entre prevención e indemnización”, *Aranzadi Social* V-2001, pg. 1141. SERRANO OLIVARES, R.: “El Acoso Moral...”, cit., pp. 42.

relación causa-efecto entre éstos y la conducta del empleador¹²⁴⁶. Sin embargo esta postura ha venido siendo objeto de merecida crítica por la doctrina científica mayoritaria que, con razón, sostiene que la antijuricidad de la conducta no puede depender de la resistencia psicológica de la víctima vinculada a sus rasgos de la personalidad y al apoyo recibido por parte de los compañeros de trabajo o en su entorno familiar o amistoso¹²⁴⁷.

Pues bien, quizá haciéndose eco de esta tesis, se va abriendo paso una corriente en la práctica forense de relativización de este requisito a efectos de calificación del acoso moral, afirmándose que ni un grave cuadro patológico del trabajador, aún acreditada su etiología laboral, haya de ser, por sí mismo, determinante de una situación de acoso, ya que éste puede derivar de escenarios de simple conflictividad laboral conjugados con la vulnerabilidad y percepción subjetiva del trabajador; ni que, por otro lado, el acoso esté supeditado a patologías psíquicas de la víctima cuya producción puede ser aleatoria en función de las características personales y sociales de ésta¹²⁴⁸. Y ello es así, fundamentalmente, porque el principal bien jurídico lesionado por el acoso moral es la integridad moral, aunque también pueda entenderse comprometida la integridad psíquica tanto si se produce un daño efectivo a la salud psíquica del trabajador, cuanto no produciéndose - por causa de factores objetivos: duración, reiteración, intensidad de la conducta y/o subjetivos:

¹²⁴⁶ STS (CA) 23-7-2001; STSJ Cataluña 30-5-2001; STSJ Navarra 30-4-2001, STJS Andalucía 11-3-2003, STS (CA) 23-7-2001 (RJ 8027); SJS nº 1 Madrid 18-6-2001, cit.; SSTSJ Cataluña 30-5-2001 (AS 2602) y 28-11-2001 (AS 2002/249); SSTSJ Navarra 30-4-2001 (AS 1878) y 18-5-2001 (AS 1821); STSJ País Vasco 26-2-2002 (AS 163), 24.9.2002 [JUR 2002, 282221] , Sala Social TSJ Madrid, 30.10 [AS 2004, 240] y 29.12.2003 [AS 2004, 329] , Sala Social TSJ Galicia, 2.10.2003 [AS 2003, 3828] , Sala Social TSJ País Vasco, 9.9.2003 [AS 2003, 3510] , Sala Social Granada TSJ Andalucía y 16.11.2004 [AS 2004, 3104] Sala Social TSJ La Rioja), entre otras.

¹²⁴⁷ SERRANO OLIVARES, R., op. cit., pp.42-44; CORREA CARRASCO, M., op. cit., pg. 58-59; BLANCO PEREA y LOPEZ PARADA: “La vía penal integrada en el tratamiento de urgencia del acoso moral en el trabajo”, Revista Jurídica La Ley , 2002-3, pg. 1694; JURADO SEGOVIA: “Sobre la caracterización jurídica del acoso moral en el trabajo a la luz de los pronunciamientos judiciales”, RDS, nº 25, 2004, pg. 203; PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “El acoso moral en el trabajo: perfiles jurisprudenciales”, Tribuna Social, nº 178, 2005, pg. 9; GONZALEZ DE PATTO, R.M. : “Resolución del contrato de trabajo...”, cit., pg. 162. En contra, ROMERO RÓDENAS, M.J.: Protección frente al acoso en el trabajo, Bomarzo, 2004, pg. 34; CONESA BALLESTERO, J y SANAHUJA VIDAL, M.: “Acoso moral en el trabajo: tratamiento jurídico (mobbing)”, AL, nº 30, 2002, pg. 644.

¹²⁴⁸ Vid., entre otras, STSJ Cataluña 11-06-2003 (AS 2516): “No es tan relevante el hecho de que haya informe psiquiátrico o psicológico, es un dato más, importante pero no determinante, ya que de contrario se haría de peor condición a quien tuviere más resistencia, o afrontara de otro modo el mismo conflicto (...)Dicho de otra manera el hecho de que haya una sintomatología depresiva, incluida una baja y un estrés son factores que pueden ser relevantes pero no determina la calificación, pues puede darse acoso sin ellos y puede no darse mediando un perjuicio para la salud.” En el mismo sentido, STSJ Aragón 22-12-2005 (AS 629) y STSJ Madrid 10-12-2007 (JUR 2008, 55493).

personalidad, vulnerabilidad de la víctima -, ya que el acoso comporta una conducta que pone en riesgo o es potencialmente lesiva de la salud mental de la víctima¹²⁴⁹.

Pero aun vinculando el acoso moral, como se ha hecho, al área de protección del derecho a la integridad psíquica – no exactamente coincidente, aunque vinculado a la integridad moral – la consolidación de la tesis de la irrelevancia de la producción del daño psíquico vendría dada por una consolidada doctrina constitucional, reiterada ahora con nuevos perfiles por la STC de 2 de julio de 2007 acerca del alcance o extensión del derecho fundamental ex art. 15 CE¹²⁵⁰. El TC, considera que la vulneración del derecho a la integridad psíquica no exige la consumación de un daño psíquico, sino que es suficiente la justificación del riesgo o peligro de que se produzca el daño para que se desencadene la protección propia del art. 15 CE. Para el TC, por tanto, el comportamiento del empleador afectaría al ámbito protegido por dicho precepto “cuando tuviera lugar existiendo un *riesgo constatado de producción cierta, o potencial, pero justificado ad casum*, de la causación de un perjuicio para la salud” del trabajador, de modo que “para apreciar la vulneración del art. 15 CE en esos casos no será preciso que la lesión de la integridad se haya consumado, lo que convertiría la tutela constitucional en una protección ineficaz ex post , bastando por el contrario que se acredite un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse”¹²⁵¹.

Todos los argumentos esgrimidos confluyen, en fin, en la convicción de que si algún daño debe formar parte del tipo jurídico de acoso moral, debe serlo el moral – que hace referencia al clásico “pretium dolor” (sufrimiento emocional infligido por el acoso), así como al alto juicio de reproche social que merecen los comportamientos vulneradores de derechos fundamentales – y no el psíquico – daño corporal que refiere sólo a patologías psicológicas o psiquiátricas -. De este modo la producción efectiva de daños psíquicos no sería un elemento consustancial del acoso y de la estimación de su existencia

¹²⁴⁹ Para la doctrina más autorizada, el bien jurídico que primariamente se ve comprometido por el acoso moral es la integridad moral, una de las tres vertientes de la “integridad personal” (integridad física, psíquica y moral) positivizada como derecho fundamental en el art. 15 CE. Vid., entre otras muchas obras del autor, MOLINA NAVARRETE, C.: “La justicia contra el acoso moral deja de administrarse con trazos torcidos...”, cit., pg. 182.

¹²⁵⁰ STC 2007, 160, de 2 de julio de 2007

¹²⁵¹ En el mismo sentido, STC 62/2007, de 27 de marzo (RTC 2007, 62) , SSTC 221/2002, de 25 noviembre [RTC 2002, 221] , F. 4, y 220/2005, de 12 de septiembre [RTC 2005, 220].

– en la línea marcada, también, por la definición de acoso formulada por las Directivas comunitarias antiacoso y las Leyes 51/2003 y 62/2003 -, sino que serviría de argumento de refuerzo con un valor puramente instrumental a efectos de prueba de la presión psicológica ejercida y de su intensidad, sin perjuicio, claro está, de su relevancia en el plano de las consecuencias jurídicas del ilícito laboral en orden a la determinación de la responsabilidad indemnizatoria, resultando, por lo demás, imprescindible para activar la tutela público-compensadora a través de la acción protectora de la Seguridad Social mediante su calificación como accidente de trabajo.

Por todo lo anterior, resulta merecido el reproche que se ha cernido sobre el más reciente pronunciamiento del TS sobre acoso moral a través de la sentencia de 17 de mayo de 2005, ya que sin perjuicio de su importantísima aportación al reforzamiento de la tutela antiacoso por la vía del reconocimiento de compatibilidad de la indemnización legales tasada y adicional por lesión de derechos fundamentales, utiliza un doble razonamiento equívoco en relación a los daños inherentes a los supuestos de acoso moral que parece identificar meramente con el daño psicológico. Así, se hace referencia a los daños “inherentes a la lesión del derecho fundamental del trabajador *que se concretan en el padecimiento psíquico* derivado del comportamiento empresarial”, lo que obliga al resarcimiento “de los daños materiales y morales que comporta la enfermedad psíquica que (...) tiene que soportar el trabajador”¹²⁵²; planteamiento del que parece extraerse la falsa conclusión de que el daño psíquico es inherente al acoso moral, en línea con la ya cuestionada y refutada corriente de la doctrina de suplicación en ese sentido y, por otro lado, vincula el daño moral a la enfermedad psíquica que se padece, ignorando la autonomía de estos daños respecto de las secuelas psicológicas del acoso (daños psíquicos- biológicos)¹²⁵³.

A modo de corolario, conviene reiterar que a falta de una tipificación legal del acoso moral en el trabajo y de un concepto interpretativo consolidado en las doctrinas científica y judicial, se torna ya urgente, en aras de la seguridad jurídica precisa para no restar eficacia a la tutela antiacoso, una doctrina unificada del Tribunal Supremo o del Tribunal Constitucional

¹²⁵² STSud 17-5-2006 (RJ 7176) FJ 6º.

¹²⁵³ En este sentido, MOLINA NAVARRETE, C.: ¿ La justicia contra el acoso moral...”, cit. pg. 181.

delimitadora de sus elementos “básicos” o “esenciales”. Así mismo, parece que lo adecuado sea que esta labor se aborde conforme a una técnica de interpretación analógica que exporte al tipo jurídico de acoso moral (genérico) los elementos integradores del tipo/concepto jurídico de acoso moral discriminatorio positivizado legalmente en nuestro ordenamiento por medio de las leyes 51 y 62/2003. Una interpretación analógica del todo procedente dado que enfrentados, en este caso, a una laguna legal de *iure conditio*, es decir a un vacío real de regulación, no cabría una aplicación extensiva del concepto legislativo de acoso discriminatorio, al no existir una identidad de supuestos fácticos, pero sí una identidad de *ratio* o fundamento de la regulación¹²⁵⁴, que alejaría definitivamente de la noción hermenéutica de acoso moral actualmente mayoritaria en la doctrina judicial, los perfiles subjetivos –intencionalidad – y objetivos – daño psíquico cierto – que distorsionan y restan eficacia al sistema de garantías antiacoso y permitiría, además, su ampliación con el arsenal de técnicas previstas en la LET específicamente para el acoso discriminatorio.

IV. LOS BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS Y DERECHOS AFECTADOS. LA CONSABIDA PLURIOFENSIVIDAD DEL ACOSO MORAL

Como es sabido, la determinación de las técnicas de tutela jurídica antiacoso moral depende de la previa definición de los bienes jurídicamente protegidos concernidos y los derechos del trabajador vulnerados en los supuestos de acoso moral. Esta vertiente del tratamiento jurídico del acoso es relevante a nivel teórico, pero también tiene importantes repercusiones prácticas y aplicativas en el plano de la efectividad de la tutela. Así, son bien distintos los efectos de la reconducción de la protección frente al acoso al ámbito de cláusulas o principios generales del ordenamiento – buena fe, abuso de derecho, actos contra legem - , como ha hecho la jurisprudencia italiana, que los efectos de su reconducción al plano de la tutela reforzada propia de los derechos fundamentales, como finalmente se ha hecho en nuestro país por

¹²⁵⁴ MOLINA NAVARRETE, C.: “La compatibilidad de indemnizaciones por acoso moral cuando el trabajador resuelve su contrato: una cuestión pendiente de unificación de doctrina”, RDS, n^o 26, 2004, pg. 160. El autor postula esta aplicación analógica, dado que el vacío regulativo no puede considerarse ni una “laguna ideológica” o de *iure condendo* (ausencia de norma justa) ni un “silencio elocuente” (vacío deliberado del legislador).

parte, primero, de la doctrina de suplicación y, ahora ya de la jurisprudencia unificada del TS. De todos modos, subsiste un debate doctrinal e institucional sobre la base del modo más óptimo de abordar la tutela antiacoso, que bascula entre la atención al derecho (genérico) a la salud (art. 43 CE) y el derecho (específico) a la salud en el ámbito laboral (art. 40.2 CE) y otra corriente que considera como bien jurídico y derecho básico de referencia la dignidad (art. 4.2 e) LET y su proyección constitucional ex art. 10 y 15 CE que reconoce el derecho fundamental a la integridad personal, en cuyo núcleo reside el valor supremo de la dignidad de la persona. Esta dualidad de enfoques puede tener repercusiones aplicativas, no sólo para los funcionarios públicos –para los que resulta determinante¹²⁵⁵ –, sino también para los trabajadores asalariados, dado que el derecho a la salud, al menos en un sentido técnico-jurídico, carece del rango jurídico-formal de derecho fundamental, contrariamente al carácter reconocido a la dignidad por su conexión con el derecho a integridad moral, de naturaleza fundamental en sentido jurídico-formal y jurídico-material.

Entre los bienes merecedores de protección jurídica comprometidos por el acoso moral en el trabajo, existe una amplia convención doctrinal y jurisprudencial en que figuran la dignidad, la integridad moral y potencialmente la integridad física y psíquica y la salud de la persona del trabajador. Todos ellos se reconocen como derechos básicos en el marco de la relación laboral (arts. 4. d) y e) y 19 LET y 14 LPRL), pero todos tienen también una insoslayable proyección constitucional a través de su indisoluble conexión con los arts. 10, 15, 40.2 y 43 CE. Igual convención suscita la tesis de que se trata de un fenómeno pluriofensivo que si en todo caso menoscaba la dignidad (art. 10 CE), y el derecho a la integridad moral (art. 15 CE), es también susceptible de afectar eventualmente a otros derechos fundamentales y en particular a los derechos al honor, intimidad personal y a la propia imagen (art. 18 CE), derecho a la libertad de expresión (art. 20 CE), así como al derecho de igualdad y no discriminación (art. 14 CE) en los supuestos de acoso discriminatorio, todos ellos, derechos fundamentales de la personalidad. Por su

¹²⁵⁵ Ya que de desvincularse la protección del ámbito de la salud laboral y, por tanto, del área de la prevención de riesgos laborales, los funcionarios soportarían una fuerte merma tutelar al carecer la Inspección de Trabajo de competencias sobre la materia en el ámbito de la función pública; vid., al respecto, MOLINA NAVARRETE, C.: “ La tutela frente al acoso moral en el ámbito de la función pública”, cit., pg. 249.

parte, ya se ha apuntado que en sede de legalidad ordinaria, el Estatuto de los Trabajadores (LET) reconoce como derechos básicos del trabajador el elenco de los que resultan afectados por el acoso: art. 4.2) y e) que establecen, respectivamente, el derecho a la igualdad de trato y al respeto de la dignidad y la intimidad; art. 4.2 d) el derecho a una adecuada política de seguridad y salud laboral; y, por otra parte, los arts. 18, 20, 39, 50.1 reconocen la dignidad como límite de los poderes directivos empresariales. Con todo, el recurso a este bloque normativo de legalidad ordinaria para la defensa frente al acoso moral laboral debe efectuarse siempre en clave o desde la lógica de su relevancia constitucional.

Por ello, sin perjuicio de la potencial “pluriofensividad” del acoso moral, la doctrina más autorizada viene enfatizando desde tiempo atrás que el derecho que siempre y primariamente resulta vulnerado es el reconocido en el art. 15 CE: la integridad personal, tanto en su dimensión de integridad moral, como también en la de integridad psíquica, en la medida en que, como bien sostiene el TC (STC 160, 2007), todo comportamiento del empleador que ponga en relevante riesgo, cierto o potencial, la salud psíquica del trabajador – como sucede con el acoso moral –, entra en el área de influencia de dicho precepto, sin necesidad de que el riesgo se actualice con la producción de un daño psíquico. Este es, sin duda, el enfoque adecuado del sistema de protección jurídica antiacoso moral, acogido masivamente por el cuerpo de doctrina de suplicación, indirectamente por el Tribunal Supremo¹²⁵⁶, e, incluso por el legislador penal al tipificar el acoso moral laboral en el bloque normativo dedicado a los delitos contra la integridad moral¹²⁵⁷.

La configuración del acoso moral como conducta contraria y vulneradora del derecho fundamental a la integridad moral, se adecua, sin aristas, a la interpretación dada por la doctrina constitucional al art. 15 CE. Así, el TC tiene sentado en relación con este derecho fundamental que su ámbito de protección abarca la “inviolabilidad de la persona” no sólo contra ataques dirigidos a

¹²⁵⁶ A través del Voto Particular a la STS 17-5-2006 (RJ 7176) y de forma expresa en la más reciente doctrina unificada de la STS ud 27-9-2007 (RJ 8304)

¹²⁵⁷ Vid. proyecto de Ley de reforma del Código Penal que introduce un nuevo apartado al art. 173 CP a tal efecto, en el Título VII, Libro II, dedicado a los delitos de torturas y contra la integridad moral. Para un comentario sobre el correcto enfoque en orden al bien jurídico protegido, vid. LAFONT NICUESA, L.: “El acoso funcional y contractual en el nuevo proyecto de Ley de reforma del Código Penal”, Actualidad Jurídica Aranzadi num. 741/2007, pg. 2

lesionar su cuerpo –integridad física y psíquica – y espíritu –integridad moral – sino también contra “toda clase de intervención en dichos bienes que carezca del consentimiento de su titular”, proscribiendo, en particular, la tortura, los tratos inhumanos o degradantes¹²⁵⁸, que para el TC son, jurídicamente, “nociones graduadas de una misma escala”, de modo que en todos sus tramos entrañan “padecimientos físicos o psíquicos ilícitos y vejatorios para quien los sufre”. Dada, además, la vinculación directa entre integridad personal y dignidad, no caben limitaciones o ponderaciones, de modo que “no resulta constitucionalmente admisible un trato degradante leve” que, en todo caso, determinará una lesión del derecho fundamental¹²⁵⁹. Para la doctrina constitucional forman parte, igualmente, del ámbito del derecho a la integridad personal, el derecho “a que no se dañe o perjudique la salud personal”, sin que ello comporte la exigencia de producción efectiva de daños físicos o psíquicos, sino la mera existencia de un grave riesgo presente o potencial de que dichos daños se produzcan¹²⁶⁰.

En todo caso, el TC ha recordado, recientemente, que sin perjuicio de la concreción de la norma respecto al trato degradante, “el art. 15 CE ampara de forma autónoma el derecho fundamental a la integridad física y moral”, derechos que, junto a su dimensión negativa –proscripción de ataques biológicos y espirituales a la persona – “han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a su plena efectividad”, razón por la que se hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a las injerencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos, cualesquiera que sean éstos, que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada”¹²⁶¹.

Esta interpretación constitucional evolutiva del contenido de derecho a la integridad personal ex art. 15 CE, evidencia que su ámbito comprende la tutela frente a las conductas constitutivas de acoso moral en el trabajo y, en particular, se reconoce como límite intangible al ejercicio de los poderes

¹²⁵⁸ SSTC 120/1990; 117/1990; 215/1994; 207/1996; 119/2001.

¹²⁵⁹ SSTC 137/1990 y 120/1990.

¹²⁶⁰ SSTC 35/1996, de 11 de marzo; SSTC 5/2002, de 14 de enero [RTC 2002, 5], F. 4, y 119/2001, de 24 de mayo [RTC 2001, 119]

¹²⁶¹ STC 170/2007 con cita de STC 119/2001, de 24 de mayo [RTC 2001, 119]

organizativos del empleador en el marco de la relación laboral¹²⁶²; y es que, como ya advirtiera muy tempranamente la doctrina más autorizada¹²⁶³, sin perjuicio de que éste determine, también, un atentado o menoscabo de la dignidad de la persona del trabajador, su alcance lesivo es de mayor envergadura, comprometiendo de forma directa y relevante los bienes protegidos por aquel derecho fundamental.

Sin embargo, una buena parte de la doctrina científica y judicial, e incluso la más reciente doctrina unificada del TS¹²⁶⁴, viene incurriendo en una incorrecta construcción al insistir en localizar la antijuridicidad constitucional del acoso moral en la lesión de la dignidad ex art. 10.1 CE, lo que conlleva incluso el riesgo de desenfocar el fundamento de la tutela dirigiéndolo a sede de legalidad ordinaria (art. 4.2.e) LET)¹²⁶⁵. Téngase en cuenta, en este sentido, que en nuestro ordenamiento jurídico constitucional, a diferencia de otros ordenamientos comparados, la dignidad ex art. 10 CE no aparece configurada como un derecho fundamental ni, tan siquiera, como un derecho subjetivo, al menos desde la perspectiva técnico-jurídica¹²⁶⁶. La dignidad, en nuestro sistema constitucional, es un valor axiológico o principio general que, además de operar como fundamento del orden constitucional, reside en el núcleo de todos los derechos de la personalidad o fundamentales, incluido el derecho a la integridad moral, con el que guarda una especial y directa relación sin que por

¹²⁶² STC 160/2007, de 2 de julio.

¹²⁶³ MOLINA NAVARRETE, C., en toda su obra sobre acoso moral.

¹²⁶⁴ STS 17-5-2006 (RJ 7176), FJ 6^o : “negar en el presente caso que se ha producido con la conducta empresarial un atentado al *derecho fundamental a la dignidad personal del trabajador* demandante y una propia y verdadera actuación de acoso laboral, sería desconocer la realidad de la situación enjuiciada...”.Igualmente en la doctrina judicial, vid. SJS Pamplona-Navarra 23-8-2007 (PROV2007\316084): “La cláusula general contenida en el art. 10, 1 CE sobre la dignidad impone una afirmación sobre la prioridad de la persona (de todos y cada uno de los individuos) sobre el Estado y las organizaciones, también la empresarial. *Es, junto al derecho a la vida, el primero y más importante de los derechos del hombre*, de tal forma que todos los demás que se tienen por “fundamentales” lo son precisamente porque tienen como punto de referencia esa dignidad de la “persona”; STSJ Madrid 10-12-2007 (JUR 2008, 55493) : “Los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Española (RCL 1978, 2836) que se pueden ver violados por el acoso moral son, principalmente, la dignidad de la persona, como presupuesto básico de tales derechos, pero, también, su libertad personal, su integridad física y moral, su intimidad, su honor y, asimismo, otros valores, constitucionalmente protegidos, como son el de la salud laboral y el de la higiene en el trabajo”.

¹²⁶⁵ Para una crítica a esta reconducción a la dignidad como bien jurídico afectado por el acoso moral, vid. MOLINA NAVARRETE, C.: “La justicia contra el acoso moral..” cit., pg. 180; FERNANDEZ LOPEZ, M.F.: “El acoso moral en el trabajo, ¿una nueva forma de discriminación?”, RDS, n^o 19, 2002, pg. 60.

¹²⁶⁶ Sobre la inhabilidad de la dignidad como concepto autónomo susceptible de promover recursos de amparo y su mera instrumentalidad para verificar si sus exigencias (de la dignidad) se han respetado en relación con los derechos fundamentales que informa, vid., entre otras, SSTC 120/1990; 116/1999.

ello pueda llegarse a la equiparación entre ambas nociones¹²⁶⁷; pero esto no significa que pueda operar como argumento autónomo en la invocación de derechos fundamentales. Por otra parte, *sensu contrario*, no toda conducta atentatoria de la dignidad producida en el marco laboral tiene que ser vulneradora de la integridad moral, como bien ha puesto de manifiesto la doctrina judicial, al afirmar que si bien la legislación laboral contempla la dignidad como un derecho de los trabajadores (art. 4.2.e) LET) que opera como límite de los poderes empresariales (arts. 20. 39, 41, 50.1 LET), “las referencias legislativas concretas de la dignidad no tienen como única intención ni deben ser interpretadas como la expresa manifestación de la protección de derechos fundamentales en el ámbito laboral. (...) Por el contrario, tales referencias a la dignidad pueden entenderse también dirigidas a proteger una serie de realidades que, en ocasiones, no son fácilmente susceptibles de encuadrarlas en el ámbito protegido por un derecho fundamental”¹²⁶⁸, lo que no obsta para que operen, en tales casos, las técnicas de tutela de legalidad ordinaria previstas en la LET (arts. 17, 20.3, 39.3, 50), LISOS (art. 8.11 y 13 bis).

No resulta tampoco del todo correcta la localización unívoca del fundamento de la tutela constitucional frente al acoso moral en el ámbito del derecho generico a la salud (art. 43 CE) o en el derecho específico a la salud laboral (art. 40.2 CE), aunque de ello devendría la indiscutible puesta en valor a tal efecto de la legislación laboral preventiva (LPRL). Y esto es así, ya que, aparte de no tratarse el derecho a la salud de un derecho fundamental en sentido técnico-jurídico y, por tanto, carente de protección reforzada, el acoso vulneraría el derecho constitucional a la salud sólo cuando el riesgo de su quebranto se actualizase con un daño físico o psíquico cierto cuya relación de causalidad con aquél se acreditase fehacientemente; un daño éste, por cierto, que, como ya se ha argumentado, no debe considerarse inherente a la noción de acoso moral.

¹²⁶⁷ Así lo establece expresamente el Voto Particular de la STS 17-5-2005, cit., corrigiendo la postura mayoritaria, al corroborar que la conducta de acoso supone una “ lesión de un derecho fundamental, que sería sin duda el derecho a la integridad moral que recoge el art. 15 de la Constitución, pues la dignidad de la persona no es propiamente un derecho fundamental, aunque, según el art. 10 de la Constitución, sea fundamento del orden constitucional”. Vid. al respecto, MOLINA NAVARRETE, C.: “La justicia contra el acoso moral...”, cit. pg. 180.

¹²⁶⁸ STS C. Valenciana (CA) 25-9-2001 (RJCA 548/2002)

No obstante esta afirmación ha de ser matizada a la luz de la doctrina del TC¹²⁶⁹, toda vez que siendo consustancial al acoso moral la generación de un *grave riesgo*, al menos potencial, *para la salud* del trabajador que lo padece, de este modo, el bien jurídico que vuelve a emerger como referencia es la integridad personal ex art. 15 CE en su conexión ahora con el derecho a la salud.

Distinto enfoque procede, en cambio, en los supuestos de acoso (moral) discriminatorio introducidas en nuestra legislación a través de las Leyes 51/2003 y 62/2003; esta última, transponiendo las directivas comunitarias antidiscriminatorias modifica diversos preceptos de la LET, TRLISOS y LPL para introducir la interdicción del acoso laboral discriminatorio y un sistema de tutela jurídico-laboral del trabajador. Ya se ha comentado que en el acoso discriminatorio el derecho de referencia, primaria y sustancialmente comprometido es el de igualdad y no discriminación ex art. 14 CE, ya que aquí el juicio de mayor reproche se desplaza al plano discriminatorio, sin perjuicio de que para dar cumplida efectividad al móvil discriminatorio el acosador se valiera instrumentalmente de una conducta subsumible en el tipo del acoso moral genérico, en cuyo caso, nos situaríamos en un escenario de, al menos, una dualidad lesiva: derecho a la igualdad ex art. 14 CE y derecho a la integridad moral (art. 15 CE).

Pueden, en fin, presentarse supuestos en que la conducta padecida por el trabajador, pese a sus claros perfiles de presión psicológica, reiteración, vejación y humillación, no reúnan todos los elementos constitutivos del acoso moral tipificado por vía interpretativa en el cuerpo de doctrina judicial existente - básicamente, el requisito teleológico - aunque, sin que ello impida, no obstante, la reconducción de la conducta sufrida por el trabajador al ámbito de

¹²⁶⁹ STC 35/1996, de 11 de marzo, SSTC 5/2002, de 14 de enero, 119/2001, de 24 de mayo, 62/2007, de 27 de marzo y STC 160/2007, de 2 de julio. Para esta doctrina constitucional, “Esta última concreción de la tutela propia de la integridad personal, en consecuencia, no implica situar en el ámbito del art. 15 CE una suerte de cobertura constitucional frente a cualquier orden de trabajo que en abstracto, apriorística o hipotéticamente pudiera estar contraindicada para la salud; supone únicamente admitir que una determinada actuación u omisión de la empleadora (...) podría comportar, en determinadas circunstancias, un riesgo o daño para la salud de la persona trabajadora cuya desatención conllevara la vulneración del derecho fundamental citado. En concreto, como precisó la propia STC 62/2007, de 27 de marzo (RTC 2007, 62), tal actuación u omisión podría afectar al ámbito protegido por el art. 15 CE cuando tuviera lugar existiendo *un riesgo constatado de producción cierta, o potencial pero justificado ad casum*, de la causación de un perjuicio para la salud”. Vid. SSTC 62/2007, de 27 de marzo y, siguiendo su doctrina, STS ud 27-9-2007 (RJ 8304).

protección del derecho fundamental a la integridad moral. En algunas ocasiones tales situaciones son consecuencia de la interpretación restrictiva que respecto al acoso moral sigue prevaleciendo en la doctrina judicial que persiste en la consideración como elemento esencial del mismo, como ya se dijo, la “tendenciosidad” o voluntad deliberada de dañar, traducida en el consabido “plan sistemático” del acosador, de modo que la falta de prueba de esta intencionalidad dañina es la que proscribiera la calificación de los hechos como acoso, limitándose generalmente el Juzgador a desestimar la pretensión del trabajador sin más o, en el mejor de los casos, recurriendo al socorrido argumento del “ejercicio arbitrario y abusivo de los poderes empresariales”. Probablemente este indeseable debilitamiento de la tutela antiacoso moral sea fruto de la inseguridad jurídica derivada del hecho de no haberse decantado aún un concepto definitivo de acoso moral por parte del legislador y, sobre todo, de la omisión por parte del Tribunal Supremo de una ya imprescindible delimitación de los elementos estructurales o constitutivos del tipo jurídico que unifique la dispersa y a veces contradictoria doctrina de los Tribunales de instancia y suplicación¹²⁷⁰, con pronunciamientos –mayoritarios- aferrados a la noción restrictiva/subjetiva de acoso moral “tendencioso”, frente a otros –minoritarios – que la reconducen a los perfiles objetivos del acoso discriminatorio mediante la oportuna aplicación analógica del concepto de acoso moral discriminatorio, que desde aquí se ha postulado.

No obstante, algunos pronunciamientos parecen marcar lo que podría ser una corriente de neutralización de este resquicio que se abre a la pérdida o minoración de la protección del trabajador frente a comportamientos empresariales atentatorios contra la dignidad e integridad moral, por la vía de desestimación de la calificación de acoso moral al no resultar acreditado el cumplimiento de aquel requisito finalístico, pero estimando, no obstante, la existencia de lesión de derechos fundamentales: derecho al honor (art. 18 CE)¹²⁷¹ o, conjuntamente, derecho al honor y derecho a la integridad moral (art. 15 CE), ambos en relación con el art.10.1 CE¹²⁷², con lo que la efectividad y

¹²⁷⁰ En este sentido, MOLINA NAVARRETE, C.: “La justicia contra el acoso moral...”, cit., pg. 178.

¹²⁷¹ STSJ Cataluña 21-11-2003 (AS 671)

¹²⁷² SJS nº 2 Navarra-Pamplona 23-08-2007 (PROV 2007\316084). En ella, el Juzgador de instancia reconoce expresamente que la desestimación de la calificación de acoso moral de los hechos enjuiciados es consecuencia del concepto subjetivo imperante en la actualidad en la doctrina judicial – “Para que

alcance de la tutela jurídico-constitucional se equiparan. Conforme a los términos de esta postura, determinadas decisiones empresariales (del empleador o de sus directivos), aunque sean aisladas – es decir sin necesidad de la presencia de un proceso comisivo complejo y reiterado – , que supongan una grave degradación funcional con desconocimiento de las aptitudes, formación y, en definitiva de su patrimonio profesional, con menoscabo de su reputación social y descrédito profesional, sin que se acredite justificación razonable, pueden llegar a ser contrarias al derecho al honor y, además, si son susceptibles, objetivamente – es decir, conforme a las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento (STC 170/1994, de 7 de junio) – , de minar el equilibrio psicológico y crear sentimientos de humillación y vejación en el trabajador y suponer un riesgo, real o potencial, de quebranto de su salud psíquica, serían constitutivas también de una transgresión del derecho a la integridad moral. Tal argumentación sirve de base, en mi opinión, a una acertada técnica hermenéutica para la superación de las debilidades derivadas de la falta de consolidación del concepto de acoso moral a nivel legal y jurisprudencial, y abre una nueva e interesante vía para la relectura o reinterpretación funcional en clave constitucional del art. 50. 1.a) LET, que desde este trabajo se postula, orientada a la protección más efectiva de los derechos de la personalidad del trabajador.

exista es necesario que concurra un elemento de reiteración o sistematicidad en el trato degradante. Es esencial al mismo (al menos en el estado actual de la doctrina jurisprudencial sobre el tema), el "carácter complejo, continuado, predeterminado y sistemático" de la agresión"-, lo que no le impide reconducir la conducta empresarial padecida por el trabajador igualmente al ámbito protegido por el derecho fundamental a la integridad moral: (...) "Se trata de decisiones que, sin ser conceptualmente constitutivas de acoso laboral, tanto en su consideración contextual o global como individualmente consideradas, son contrarias a los derechos fundamentales al honor y a la integridad moral del actor y gravemente lesivas de su dignidad personal".

V. LA PLURALIDAD DE TÉCNICAS JURÍDICO-LABORALES DE TUTELA ANTIACOSO: UNA PANORÁMICA GENERAL. ESPECIAL REFERENCIA A LA TUTELA JUDICIAL A TRAVÉS DE LA MODALIDAD PROCESAL DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Se ha comentado ya que el hecho de la inexistencia de una tipificación legal del acoso moral laboral en España, los órganos jurisdiccionales del orden social, junto a la Ciencia Jurídica, no sólo han efectuado una aportación relevante, pese a sus deficiencias, en orden al concepto o, al menos, la delimitación de los elementos constitutivos del tipo acoso moral, sino que sirviéndose de técnicas previamente existentes en nuestro ordenamiento jurídico han arbitrado un sistema de tutela frente a las prácticas de acoso moral en el trabajo, en un buen ejemplo de interpretación “evolutiva” y a veces “correctora” o “superadora” del Derecho legal vigente¹²⁷³.

Este proceso, aun inacabado, que bien podría calificarse pese a sus desenfoces y carencias, de “desarrollo creador del Derecho”¹²⁷⁴ funcional aquí para la proscripción y protección frente al acoso moral laboral, ha decantado un sistema complejo o plural de protección jurídica frente al acoso moral – en simetría al carácter pluriofensivo de la conducta antijurídica– que ha sido el impulsor de las últimas reformas legales en esta materia. Se descarta aquí, sin embargo, el análisis de la tutela preventiva, la tutela represivo-sancionadora, la tutela público-compensadora y la tutela reparadora, ya que desbordaría los límites de un estudio centrado en el art. 50 LET como mecanismo de tutela reparadora antiacoso, si bien caben algunos apuntes al respecto.

En cuanto a la tutela preventiva, para un sector doctrinal implica el enfoque más correcto para abordar la protección de los trabajadores frente al acoso moral, dado que, de este modo, el factor de riesgo se podría evitar o, al menos, controlar y con ello eliminar o minimizar los daños psíquicos, morales e, incluso físicos que pueda ocasionar. Este enfoque se articula sobre la base, claro ésta, de que uno de los derechos de referencia comprometido por el AMT

¹²⁷³ Para este papel de la jurisprudencia en la “reconstrucción” del sistema jurídico, vid. LARENZ, K.: La metodología de la Ciencia del Derecho, Ariel, 1994 y BOBBIO, N.: Teoría General del Derecho, Debate, 1990.

¹²⁷⁴ Conforme a la teoría de LARENZ, K., op. cit., pg. 360.

es el de protección de la salud y seguridad laboral (4.2.d) LET y 40.2 CE). Sólo de este modo el acoso podría calificarse de riesgo del trabajo (riesgo profesional) determinando la puesta en valor de la legislación preventiva (LPRL y normas de desarrollo) y el conjunto de obligaciones empresariales que ésta comporta en aras de la protección de los trabajadores frente a cualquier riesgo derivado del trabajo. Muchos son los problemas de orden dogmático y aplicativos que suscita este enfoque, pero valga decir de modo muy somero que ha sido asumido por la UE¹²⁷⁵, también de forma unánime por la doctrina clínica y por un relevante sector de la doctrina iuslaboralista que, sin perjuicio de las limitaciones en tal sentido del bloque normativo preventivo, sostiene la tesis de que el AMT y los demás riesgos psicosociales están comprendidos en el ámbito objetivo de nuestra vigente normativa preventiva: LPRL y RSP, a base de una interpretación evolutiva de la misma¹²⁷⁶. La doctrina judicial, sin embargo, no se muestra uniforme en esta materia, dividiéndose entre una postura mayoritaria que rechaza la incardinación del acoso en la noción de riesgo profesional y, en otros casos, aún identificándolo como tal, no lo considera comprendido en el ámbito de protección de la legislación preventiva

¹²⁷⁵ La Resolución del Parlamento Europeo sobre acoso en el lugar de trabajo de 2001 (2001/2339 (INI) según la cual la eficacia de la política preventiva exige la inclusión de medidas de prevención de “los riesgos sociales como el estrés laboral, el acoso en el trabajo,,,”; La Comunicación CE, de 11-3-2002 “Cómo adaptarse a los cambios de la sociedad y en el mundo del trabajo: una nueva estrategia comunitaria de salud y seguridad (2002-2006) pone de manifiesto la necesidad de una actuación legislativa preventiva para combatir contra el acoso psicológico y violencia en el trabajo; en la misma línea la nueva Estrategia europea sobre seguridad y salud laborales 2007-2012 (Comunicación CE “Mejorar la calidad y productividad en el trabajo: estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo 2007-2012, COM (2007) 62, final), se apunta a la emergencia de “nuevos factores de riesgo”, entre los que se citan “la violencia en el trabajo, incluido el acoso moral y sexual”. Finalmente se ha optado por una técnica regulativa carente de valor normativo (soft law) mediante su reconducción al diálogo social europeo; fruto de esta opción político-jurídica se adopta en primer lugar el Acuerdo Marco Europeo sobre estrés laboral de 2004 y, más recientemente, el Acuerdo Marco Europeo sobre Acoso y Violencia en el Trabajo de 26 de abril de 2007 cuya implementación se confía a la autonomía colectiva en cada Estado miembro.

¹²⁷⁶ En este sentido, desde el principio la postura, recurrente en toda su obra, de MOLINA NAVARRETE, C.: “Una nueva patología de gestión...”, cit., pg. 6; “Del silencio de la Ley...”, cit.; “La tutela frente al acoso moral en el ámbito de la función pública...”, cit., pg. 255. Vid., así mismo, entre otros, GONZALEZ DE PATTO, R.M.: “El síndrome de desgaste personal o burn out y las técnicas jurídico-laborales de tutela. Reflexiones en torno a la sentencia del Juzgado de lo Social nº 16 de Barcelona de 27 de diciembre de 2002”, AL, nº 35, 2003, pg. 631; ROMERO RÓDENAS, M.J.: Protección frente al acoso moral en el trabajo, Bomarzo, 2005, pp. 52-53; SERRANO OLIVARES, R. op. cit; IGNACIO MARCOS, J Y MOLINA NAVARRETE, C.: “El recargo de prestaciones por infracción preventiva y el acoso moral en el trabajo: razones para corregir un nuevo «error judicial», Actualidad Jurídica Aranzadi num. 726/2007, Bib 2007/116, pg. 4-6.; PEDROSA ALQUEZAR, S.I., op. cit., pg. 110-112; LUELMO MILLAN, M.A.: “Acoso moral mobbing...”, cit., pg. 15-17; IGNACIO MARCOS, J Y MOLINA NAVARRETE, C.: “El recargo de prestaciones por infracción preventiva y el acoso moral en el trabajo: razones para corregir un nuevo «error judicial», Actualidad Jurídica Aranzadi num. 726/2007, Bib 2007/116, pg. 4-6.

al no contemplar obligaciones específicas al respecto y otra corriente, aun embrionaria, que tomando con referencia la NTP 476/1998 INSHT consideran que en las obligaciones legales preventivas, aun genéricas, del empresario están comprendidos el acoso moral, estrés laboral y demás riesgos psicosociales¹²⁷⁷.

Por lo que concierne a la tutela público-compensadora a cargo de la acción protectora de la Seguridad Social, sólo recordar que, usualmente, las conductas de mobbing, producen secuelas psico-físicas en el trabajador que lo padece, si bien la producción efectiva de este daño no deber ser considerada como elemento básico o constitutivo del concepto de acoso moral, sino sólo un factor incidente en el plano de las consecuencias jurídicas del tipo¹²⁷⁸. Ahora bien, cuando se trata de la puesta en valor del sistema de protección social, a través de la acción protectora de la Seguridad Social respecto al trabajador acosado, la existencia del daño psíquico y/o físico se torna en presupuesto o requisito sustancial (art. 38 TRLGSS). En este caso, pues, la tutela reparadora del acoso dispensada desde el ámbito de la Seguridad Social se activa *ex post*, es decir cuando el acoso se ha actualizado y los daños biológicos se han producido por ausencia o fracaso de medidas preventivas eficientes en la empresa. Pues bien, en la doctrina científica¹²⁷⁹, como también muy

¹²⁷⁷ STS, Sala de lo Social, 8 de octubre de 2001 (RJ 2002, 1424) ; para un supuesto de estrés laboral, SJS nº 32 Madrid, 14-1-2005 (AS 1152), confirmada por STSJ Madrid 5-10-2005 (AS 2555); para los supuestos de acoso moral, STSJ Andalucía 19-4-2004 (2051); STSJ Cantabria 15 de junio de 2006 (AS 2006, 2083); STSJ Madrid 10-12-2007 (JUR 2008 5593). Muy ilustrativa resulta por su argumentación en este sentido, STS ud 27-9-2007 (RJ 8304), si bien para un caso de agresiones y acoso sexual a una trabajadora por parte de usuarios de la empleadora resultado del incumplimiento empresarial del deber general de seguridad ex art. 14 LPRL y las obligaciones preventivas específicas de la citada norma, por lo que se reconoce a la trabajadora afectada el derecho a una indemnización adicional a la extintiva por los daños físicos y psíquicos producidos. En el mismo sentido, Voto Particular a la STSJ País Vasco 8-5-2007, cit. con pormenorizada lectura de las obligaciones legales preventivas en clave funcional de protección de los trabajadores frente al acoso y demás riesgos psicosociales.

¹²⁷⁸ Otra doctrina plantea, en este sentido, un enfoque diverso que supondría un “concepto propio” de acoso para este sector del ordenamiento en donde factores como la intencionalidad y el carácter perdurable y reiterativo serían irrelevantes; vid. OLARTE ENCABO, S.: “La incidencia del acoso moral en el ámbito de la Seguridad social..”, cit. pg. 158.

¹²⁷⁹ MOLINA NAVARRETE, C.: “Una nueva patología de la gestión...”, cit., pg. 27; GONZALEZ DE PATTO, R.M.: “La resolución del contrato casualizada en mobbing...”, cit., pg. 164 y “El síndrome de desgaste personal ...”, cit.; OLARTE ENCABO, S.: “La incidencia del acoso moral en el ámbito del sistema de Seguridad Social: hacia la equiparación de las enfermedades psicolaborales”, en *Acoso Moral en el Trabajo*, 2005.

tempranamente en la doctrina de suplicación¹²⁸⁰ ha sido casi unánime su consideración como contingencia profesional a efectos de aplicar a la víctima la protección privilegiada que el sistema de Seguridad Social procura a los riesgos profesionales previa prueba del daño biológico y de la etiología laboral del mismo. Sin embargo es constatable, a la vista de la litigiosidad vinculada a la calificación de la contingencia en los casos de acoso moral, la resistencia de las Mutuas, e incluso del INSS, al reconocimiento del origen profesional de la IT del trabajador a consecuencia del acoso sufrido, lo que en el caso de las Mutuas obedece a los mayores costes que implica su calificación de accidente de trabajo y a que ello implica la indirecta imputación a la empresa cliente de conductas activas o de tolerancia del acoso.

Pero, con todo, el sistema de responsabilidad empresarial por los daños que pueda generar el acoso en la víctima no tiene por qué agotarse con las prestaciones a cargo del sistema de Seguridad Social por contingencia profesional. En efecto, si el riesgo de acoso se actualizase con producción de daños biológicos y morales al trabajador como consecuencia del incumplimiento empresarial de las obligaciones preventivas genéricas de la LPRL, la reparación podría completarse por la vía de la exigencia de responsabilidad “civil” culposa de empleador conforme al art. 1101 o art. 1902 CC (responsabilidad contractual o extracontractual o aquiliana, respectivamente, como hasta ahora sostenía la jurisprudencia civil), en búsqueda de la correspondiente indemnización adicional a la reparación representada por las prestaciones de Seguridad Social e, incluso, por un eventual recargo de prestaciones que resulta aplicable, como también ha reiterado la jurisprudencia social, de conformidad con una lectura sistemática de los arts. 123.3 TRLGSS y 42 LPRL, sin perjuicio de las restantes responsabilidades que puedan exigirse al empleador infractor de las medidas preventivas. En definitiva, pues, como bien sintetiza la más reciente doctrina unificada de la Sala Cuarta del TS¹²⁸¹, el sistema de responsabilidad por accidente de trabajo (AT) se estratifica en tres niveles compatibles y

¹²⁸⁰ Vid. las pioneras SSTSJ Navarra 30 de abril (AS 1821) y 18 de mayo de 2001 (AS 1878) ; STSJ Cataluña 30 de mayo 2001 y entre otras más recientes, SSTSJ Extremadura 16-12-2003 (AS 653), Cantabria 17-3-2004 (AS 1050), Navarra 24-3-2004 (AS 1072).

¹²⁸¹ SSTS ud Tribunal Supremo de 17-7-07, RCUUD 513/2006 (RJ 2007, 8300) y 17-7-07, RCUUD 4367/2005 (RJ 2007, 8303); 30-1-2008.

complementarios: la responsabilidad objetiva, con la indemnización tasada que representan las prestaciones de Seguridad Social; el recargo de prestaciones, «ex» art. 123 TRLGSS, cuando concorra un plus de reprochabilidad por incumplimiento de las reglas técnicas impuestas como medidas de seguridad; y, por último, como cierre del sistema, “la responsabilidad civil de naturaleza contractual [art. 1101 CC] o extracontractual [art. 1902 CC], por concurrir culpa o negligencia empresarial”. Este último enfoque relativo a la reparación complementaria de los daños derivados de AMT, es de gran interés funcional respecto al alcance reparador que haya de darse al art. 50 LET cuando sea ésta la vía elegida por el trabajador, en particular, en el plano de las pretensiones indemnizatorias que puedan ejercerse al hilo de la acción resolutoria cuando la dimisión inducida o provocada se haya visto acompañada de daños biológicos inherentes al accidente de trabajo, además de los daños morales inherentes al ATM, ya que en estos supuestos corresponderá, como más adelante se verá, la exigencia de una indemnización adicional a la tasada legalmente.

En lo atinente a la tutela punitivo-sancionadora, baste decir muy sucintamente que hasta la modificación operada en la LISOS por la Ley 62/2003, las conductas de acoso moral laboral carecían de una tipificación específica en el ámbito de las infracciones laborales, así como en el plano de las infracciones en materia preventiva, en orden a su represión y sanción por parte de la Administración Laboral. No obstante, la tutela represiva del acoso en el ámbito sancionador administrativo laboral se ha venido efectuando a través de su subsunción en los tipos generales previstos en los arts. 7.10 LISOS: “actos u omisiones que fueren contrarios a los derechos de los trabajadores reconocidos en el artículo 4 de la LET” y 8. 11 LISOS “actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores”, configurado el primero, como falta grave y el segundo, como falta muy grave. Sin perjuicio de lo anterior, la citada Ley 62/2003 ha llevado a cabo, como se sabe, una tipificación específica del acoso laboral, si bien limitada al acoso moral discriminatorio, introduciendo un nuevo apartado 13 bis al art. 8 en el que se configura, así mismo, como falta empresarial muy grave “el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual, cuando se produzcan

dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo”.

Con todo, y sin perjuicio de la operatividad de los mecanismos de tutela examinados, si el acoso laboral del trabajador termina actualizándose, bien por la carencia de medidas preventivas adecuadas, bien por el fracaso de las mismas debido al componente subjetivo o interpersonal que, sin perjuicio del organizacional, presenta el acoso laboral, el trabajador afectado, más allá de la recompensa relativa representada por la actuación punitiva de la Administración Laboral –que, aunque lo pretenda, no garantiza un efecto inhibitorio de la conducta ilícita sancionada– y de la compensación monetaria (y asistencial) representada por las prestaciones económicas de Seguridad Social, por privilegiadas que sean éstas al derivar de contingencia profesional, buscará amparo judicial para el cese del acoso, la recuperación de las condiciones de trabajo previas a su inicio y el resarcimiento integral de los daños sufridos a consecuencia del mismo, siempre que su decisión sea la continuidad en la empresa y la exigencia in natura de la efectividad de sus derechos, o bien alternativamente, la salida de la empresa “con condiciones” que pasan, principalmente, por la reparación también integral y proporcionada a los plurales daños ocasionados por el AMT. Esta tutela jurisdiccional la puede obtener, respectivamente, a través de dos cauces procesales: el procedimiento de tutela de derechos fundamentales o la resolución judicial del contrato de trabajo al amparo del art. 50 LET.

Este último será, en efecto, la vía adecuada cuando el deterioro del clima laboral así como las secuelas psíquicas y morales derivadas del trato contrario a la dignidad e integridad personal determinen que el trabajador perciba como inviable el restablecimiento normal del clima y la convivencia laboral y decida la marcha de la organización mediante de la ruptura del contrato de trabajo en base a la facultad que a tal efecto le confiere el art. 50 LET justificada, aquí, en el incumplimiento contractual grave y culpable del empleador que acosa o consiente el acoso o actúa negligentemente en orden a su prevención. En esta segunda hipótesis – la extintiva del contrato – las pretensiones inhibitoria y repositoria no tienen cabida dado que su operatividad se vincula a la permanencia de la relación laboral, pero, sin embargo, deben ser plenamente

aplicables, como se verá, las garantías procesales y la de resarcimiento íntegro de los daños, cualquiera que sea su índole, producidos por el acoso laboral que es, justamente, la causa justa ex art. 50.1 LET que induce al trabajador a la resolución contractual y con ello a la pérdida del empleo.

La tutela judicial antiacoso cobra, así, un protagonismo excepcional en el sistema de protección jurídica del trabajador-víctima ya que la tutela real o sustantiva reside en la restitución del derecho o derechos lesionados, la reparación de los efectos que la conducta ilícita implica sin que ello obste a la conservación del empleo en la empresa; por ello habrá de comprender, como se ha dicho, técnicas de tutela inhibitoria, repositoria y resarcitoria ya que la finalidad de esta protección es, respectivamente, el cese inmediato de la conducta antijurídica, la anulación de los actos lesivos y la reposición de la situación personal y laboral del trabajador existente con anterioridad a su inicio y el resarcimiento íntegro de los daños causados¹²⁸². No obstante, conviene precisar que el recurso a esta vía de tutela judicial no se constriñe a los supuestos en que el trabajador desea permanecer en la empresa, ni tampoco se condiciona legalmente a la pervivencia de la relación laboral, sino que es plenamente operativo también, como la práctica forense evidencia, en los supuestos en que el contrato de trabajo ya se ha extinguido, bien por la declaración de incapacidad permanente del trabajador a consecuencia de las secuelas del acoso¹²⁸³, bien tras una dimisión provocada ex art. 50 LET anterior en la que, a falta de alegación de lesión de derechos fundamentales, no se obtuvo el resarcimiento íntegro de los daños producidos por el acoso más allá de la indemnización legal tasada de despido improcedente prevista en el precepto.

En este orden de ideas, la acción del trabajador, dado que el AMT implica, indefectiblemente, la vulneración del derecho fundamental a la

¹²⁸² Ciertamente es que esta triple protección de la víctima de acoso laboral puede recabarse por medio de técnicas extrajudiciales de solución de conflictos, ya sean autocompositivas –mediación, conciliación–, ya sean heterocompositivas –arbitraje– que, primordialmente serían implementables en la fase inicial del acoso y previamente al recurso a las técnicas de protección judicial. Vid. en este sentido, MARTINEZ ABASCAL, V.A.: “La protección extrajudicial frente al acoso moral”, T.L., nº 92, 2007, pp. 70 y ss. Pero bien cuando el acoso moral esté ya en una fase avanzada de su desarrollo, bien cuando el acosador sea el propio empresario o directivos de su “staff” de confianza, su virtualidad y eficacia se reduce considerablemente por no hablar de su inviabilidad por mucha que sea el compromiso y la beligerancia que asuman los representantes legales y sindicales de los trabajadores en la empresa afectada.

¹²⁸³ Para supuesto de exigencia de responsabilidad por daños desde la situación de IPA derivada de acoso, vid. STSJ Andalucía de 19 abril 2004 (AS\2004\2051)

integridad moral podría discurrir por dos cauces procesales: la modalidad de tutela de derechos fundamentales o procedimiento de amparo ordinario (ex art. 175 y ss. LPL), que resulta el más adecuado dado el conjunto de garantías procesales específicas que lleva anudado, aunque, potestativamente, podría acudir al cauce del proceso laboral ordinario (art. 76 y ss. LPL)¹²⁸⁴, menos garantista procesalmente aunque presenta la ventaja de permitir al trabajador demandante la invocación de derechos de legalidad ordinaria además de la del derecho (o derechos fundamentales) afectados por el ATM, invocación dual que es inviable en el caso del proceso de tutela dado su ámbito de cognición estrictamente limitado al conocimiento de la lesión de derechos fundamentales, con la salvedad de los supuestos en que la lesión se invoque en un contexto de despido o dimisión provocada, supuestos en que por obra de la remisión obligatoria ex art. 182 LPL a las modalidades procesales correspondientes por razón de la materia, la cognición, como se verá, se torna plena pudiéndose por tanto ya entrarse en el enjuiciamiento de vulneraciones de legalidad ordinaria.

El procedimiento especial de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales – o procedimiento laboral de amparo ordinario – es el cauce procesal que procura mayor eficacia y efectividad para la formulación de la triple pretensión - nulidad de todas las medidas constitutivas del acoso, reposición en la situación anterior a su inicio y resarcimiento de daños causados. Desde tiempo atrás la posibilidad de vehiculizar las demandas por acoso laboral por este procedimiento ha sido la solución postulada unánimemente por las doctrinas judicial y científica habida cuenta de la proyección constitucional inherente al acoso, tesis que ahora se ve reforzada a la vista de la nueva redacción dada al art. 181 LPL por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre (art. 40.2) que incorpora de modo genérico la prohibición del “acoso”, sin adjetivación alusiva a ninguna modalidad del mismo –que llevara a pensar que la referencia se dirija únicamente al acoso discriminatorio – , como

¹²⁸⁴ El carácter potestativo del procedimiento laboral de amparo ordinario y la duplicidad de cauces procesales para recabar la tutela de derechos fundamentales ha sido reconocido por doctrina reiterada del TS que a su vez recepciona doctrina constitucional (SSTC 31/1984, 90/1986, 90/1997 y 116/2001, entre otras.). En la doctrina vid., al respecto, Vid. GARATE CASTRO, J, op. cit. pg. 57 y ARAMENDI SANCHEZ, P.: “Las dos vías procesales para la tutela de derechos fundamentales”, cit., pg. 1108; BEJARANO HERNANDEZ, A: “Indemnización de daños y perjuicios derivados de vulneración de derechos fundamentales”, RDS, nº 33, 2006, pg. 71; SAN CRISTOBAL VILLANUEVA, J.M.: “La tutela de los derechos fundamentales y el acoso moral”, Justicia Laboral, nº 2004, pg. 38.

una de las situaciones que gozan de especial protección a través de esta modalidad procesal.

La idoneidad de este cauce procesal de tutela antiacoso, pero ante todo su funcionalidad en la reconstrucción interpretativa de la figura de la dimisión provocada ex art. 50 LET como mecanismo de protección frente al AMT y demás conductas empresariales lesivas de derechos fundamentales, objeto de estudio en este trabajo, obliga a un análisis de su régimen jurídico y, en particular, una referencia al bloque de garantías extraordinarias que aporta este procedimiento: preferencia y sumariedad (art. 177 LPL), intervención preceptiva del Ministerio Fiscal (art. 178.2 LPL), la regla de modulación de la carga de la prueba (art. 179.2 LPL), todas ellas, como se verá, susceptibles de exportación al procedimiento resolutorio ex art. 50 LET y, en todo caso, el reconocimiento simultáneo de la indemnización que proceda por los daños materiales (concernientes al estatuto patrimonial y biológico) y morales (lesión atinente a bienes inmateriales como los sentimientos, la dimensión espiritual, el honor, el prestigio personal, las relaciones sociales, familiares y lúdicas) irrogados al trabajador por el acoso (art. 180.1 LPL). No obstante, por razones sistemáticas sólo se realizará ahora un breve comentario acerca de la modulación del *onus probandi* y del resarcimiento de los resultados lesivos del acoso, ya que ambas cuestiones serán objeto de un análisis más profundo, como se ha dicho, en el marco del procedimiento de resolución contractual ex art. 50 en los supuestos en que la facultad resolutoria del trabajador se funde en acoso moral.

En lo que concierne a la primera cuestión –la modulación de la carga de la prueba–, la exigencia legal (art. 179.2 LPL) implica que el trabajador que alega el acoso y la consecuente vulneración del derecho a la integridad moral y, en su caso, otros derechos fundamentales que complementariamente puedan verse afectados, no tiene que aportar la prueba plena de tal vulneración, sino la simple aportación de indicios la violación del derecho, y una vez aportados dichos indicios o principios de prueba corresponde al demandado (empresario y/o trabajador acosador) la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas aportadas y de su proporcionalidad. Ello determina que al trabajador le bastará aportar indicios del acoso y, en consecuencia, de la violación de derecho fundamental comprometido para que recaiga sobre el empleador la carga

probatoria de la justificación objetiva y razonable (necesidad y proporcionalidad) de su conducta respecto al trabajador demandante, cuestión que contribuye a suavizar la principal dificultad de activación de las técnicas de tutela judicial frente el acoso moral: la acreditación de la conducta agresora¹²⁸⁵.

A ello se suma la ventaja de poder ejercitar conjuntamente a la pretensión de cese y nulidad de la conducta acosadora, la reclamación de la indemnización de los daños materiales (concernientes al estatuto patrimonial y biológico) y morales (lesión atinente a bienes inmateriales como los sentimientos, la dimensión espiritual, el honor, el prestigio personal, las relaciones sociales, familiares y lúdicas) irrogados al trabajador por el acoso. Para su cuantificación, los Tribunales del orden social disponen de un amplio margen de discrecionalidad, aunque con carácter orientativo y potestativo cabe acudir al Baremo Anexo al Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, al igual que se hace, tal y como se vio, en los casos de reconocimiento de responsabilidad civil adicional del empleador por AT¹²⁸⁶.

No obstante, la última corrección de la doctrina jurisprudencial unificada sobre los requerimientos relativos a la indemnización correspondiente para la reparación de los daños producidos por la lesión de derechos fundamentales

¹²⁸⁵ El desarrollo del principio de la carga de destruir la apariencia de vulneración de derechos fundamentales arranca de la sentencia del Tribunal Constitucional 38/1981, que resalta la importancia de las reglas de distribución de la carga de la prueba para la efectividad de la tutela de los derechos fundamentales y se prolonga en constante doctrina, que establece que cuando se alegue que una decisión empresarial encubre en realidad una conducta lesiva de los derechos fundamentales, incumbe al empresario la carga de probar que su actuación obedece a motivos razonables extraños a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental, si bien para que juegue en el citado sentido la carga probatoria, el trabajador ha de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona sus derechos fundamentales 53, entendiéndose que tal indicio no lo constituye la mera alegación de la vulneración del derecho fundamental, sino que corresponde al trabajador demandante aportar un principio de prueba dirigido a poner de manifiesto la dimensión discriminatoria o vulneradora de derechos fundamentales de la decisión impugnada, de forma que, acreditados hechos o circunstancias que despierten la sospecha de esa perversa actuación empresarial, se traslada al empresario la exigencia de una auténtica carga probatoria que lleve a la convicción del juzgador la certeza de que la decisión empresarial fue absolutamente extraña a todo propósito discriminatorio o atentatorio a los derechos fundamentales. Este principio está hoy ya tan arraigado que su aplicación, antiguamente considerada dificultosa y frecuentemente vinculada a la exigencia de prueba diabólica, se halla procesalmente positivizado en el ya citado 179.2 de la LPL y se aplica con toda normalidad. Vid. SS. TC 87/1998 y 74/1998; 90/1997; 114/1989 y SS. TS de 9.2.1996 (RJ 1996\1007) y 15.4.1996 (RJ 1996\3080).

¹²⁸⁶ Las recientes SSTs Sud 17-7-2007 (RJ 8300 y RJ 8303) reiteran la doctrina acerca del carácter orientativo y potestativo de este baremo en orden a determinar las indemnizaciones por daños y perjuicios adicionales en AT.

supone un nuevo obstáculo en la difícil singladura que emprende el trabajador para conseguir el resarcimiento íntegro de los daños generados por el AMT. En efecto, conforme a la vigente jurisprudencia del TS, la existencia de todos los daños –incluidos los de naturaleza moral – derivados de la afectación de derechos fundamentales han de ser probados por el trabajador y aportados los elementos clave para determinar el montante indemnizatorio para su resarcimiento, en abandono de la inicial doctrina de la automaticidad de los daños derivados de derechos fundamentales (en particular los morales) y la consecuente automaticidad de la indemnización resarcitoria. Aunque éste será un tema objeto de comentario detallado en el marco de la dimisión provocada casualizada en AMT, valga por ahora recordar que la primigenia tesis jurisprudencial del TS venía a sostener que la vulneración de un derecho fundamental judicialmente declarada exime de la prueba del daño para que nazca el derecho al resarcimiento, puesto que «una vez acreditada la vulneración del derecho fundamental se presume la existencia del daño y debe decretarse la indemnización correspondiente»¹²⁸⁷ y que posteriormente se produce un cambio radical de la doctrina unificada del TS –fuertemente contestado en la doctrina científica por su carácter restrictivo¹²⁸⁸– que, sobre la base del completo deslinde de lesión (del derecho fundamental) y daños, pasa a exigir al demandante en los procesos de tutela de derechos fundamentales la acreditación de los daños derivados del acto lesivo –incluidos los morales – y la alegación y justificación de las bases y elementos clave de la indemnización reclamada, de modo que quede acreditada «una mínima base fáctica» que permita delimitar tal indemnización¹²⁸⁹.

Resta, por último, una referencia al problema de la legitimación pasiva en el proceso de tutela cuando el acosador no sea el empleador, sino un

¹²⁸⁷ Vid. STS 9-6-1993 e, en igual sentido, STS 8-56-1995 en relación ambas con supuestos de lesión del derecho de libertad sindical, aunque extensible la doctrina a los restantes derechos fundamentales. Esta tesis de la indemnización automática probablemente fue acuñada bajo el influjo de la presunción del perjuicio siempre que se acreditara la intromisión ilegítima del honor, la intimidación personal y familiar y la propia imagen, tal como prescribe el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, reguladora de la protección civil de estos derechos.

¹²⁸⁸ Vid. VALLE MUÑOZ, F.A.: “La reparación de las consecuencias ilícitas del comportamiento antisindical: la indemnización procedente”, AL, n° 41, 1999, pp. 804 y ss.; CARDENAL CARRO, M.: La indemnización en los procesos de tutela de la libertad sindical, Cuadernos de Aranzadi Social, n° 23, 2005, pp. 40 y ss.

¹²⁸⁹ Cfr., entre otras, las SSTs de 22-7-1996 (RJ 6381), 20-1-1997 (RJ 620); 9-11-1998 (RJ 8917) y 28-02-2000 (RJ 2242), todas ellas también en relación directa con la libertad sindical.

compañero de trabajo –superior jerárquico o no- (acoso horizontal) y el de la competencia del orden jurisdiccional social en caso de concurrencia de responsables del acoso que resulta de enorme interés funcional a los efectos de este estudio, ya que la solución hermenéutica que ahora se postule al respecto será en gran medida trasladable al procedimiento de resolución contractual a instancia del trabajador acosado ex art. 50 LET. En este escenario, cabe plantear básicamente tres cuestiones: la legitimación pasiva del empleador en el proceso, la del trabajador acosador y, caso de demandarse conjuntamente a ambos, se plantea el problema de si con el llamamiento de este último se produciría una incompetencia de la jurisdicción social conforme a lo establecido en el art. 2.1.a) LPL.

En lo que concierne a la primera cuestión (legitimación pasiva del empleador), es convención unánime en doctrina y jurisprudencia la legitimación pasiva del empleador en los procesos por acoso no empresarial, esto es, el ejercido por otro trabajador de la empresa, solución hermenéutica esta fundada en dos órdenes de motivos: Primero, el acoso se produce en la empresa, esto es, en el ámbito de dirección y control del empresario en el que él es, por imperativo legal, el garante de la efectividad de los derechos laborales básicos de sus trabajadores a la dignidad, intimidad y salud laboral, ex arts, 4.2 y 19 LET y 14 LPL, conculcados por el acoso, así como de los que son su trasunto en sede constitucional: los derechos fundamentales a la integridad física, psíquica y moral ex art.10, 15 CE; de modo que, si conociendo el acoso, o teniendo fundadas sospechas de su existencia, no lo evita ejerciendo diligentemente sus poderes organizativos y disciplinarios y/o cumplimiento diligentemente sus deberes preventivos en materia de riesgos psicosociales, incurre en un incumplimiento contractual y en responsabilidad de esta naturaleza¹²⁹⁰. Y segundo, aun en el caso de desconocimiento por el

¹²⁹⁰ Con todo, el desconocimiento de la empresa como criterio de exculpación de responsabilidad, tal y como vienen haciendo los Tribunales en general – con alguna excepción destacable, cual la STSJ Madrid 26-06-2007 (AS 2964) que apela al deber de seguridad incumplido por la empresa para imputarle la responsabilidad por el AMT- y se establece legalmente en la LISOS a los efectos particulares de responsabilidad administrativa, debe ser manejado, a mi entender, de modo restrictivo, dado que el acoso – no se olvide un proceso de presión psicológica de duración prolongada y recurrencia - se actualiza en el contexto de las relaciones laborales desarrolladas en la empresa respecto de las que el empresario ostenta un poder de dirección y control, por lo que el desconocimiento empresarial podría, incluso, serle imputable a título de culpa, es decir denotaría negligencia de la empresa por desconocer de la existencia de un ilícito que se produce dentro de su ámbito de control que la haría responsable salvo que demuestre que

empleador del acoso, podría apelarse, como sostiene alguna doctrina y ciertos pronunciamientos de suplicación, a su imputabilidad por responsabilidad extracontractual ex art. 1903.4 CC por los daños causados por los trabajadores a su servicio, al no haber desplegado toda la diligencia necesaria y suficiente en la elección (culpa in eligendo) y/o control de la actuación lesiva de los mismos (culpa in eligendo)¹²⁹¹.

En lo que respecta a si la acción de tutela puede (o debe) dirigirse también contra el trabajador autor del acoso (legitimación pasiva en el AMT horizontal) y si, en este caso, podría esgrimirse la excepción de incompetencia de jurisdicción al no tratarse de una cuestión directa entre empresario y trabajador (art. 181 en relación con art. 2 a) LPL), se trata de una cuestión que ha resultado más controvertida pero que ya ha sido resuelta en la doctrina

dicho desconocimiento no le es imputable. Vid. en este sentido respecto al acoso sexual, ALTÉS TÁRREGA, J. A. : El acoso sexual en el trabajo, Valencia, Tirant lo Blanch, (2002), pg. 368. En otras palabras, a efectos de la exculpación de la empresa el criterio no debe ser el mero desconocimiento del acoso sino la imputabilidad del mismo, esto es, la imposibilidad de conocer su existencia. Por lo demás, esta imposibilidad de conocimiento del ilícito no debe presuponerse, sino que será la empresa quien deba acreditarla. Es decir, habría de ser el empresario el que acredite que ha desplegado la diligencia debida para prevenir o, en su caso, detectar reprimir el acoso que ejerce sobre el trabajador otro de sus empleados, sobre la base de una inversión de la carga probatoria establecida para la responsabilidad extracontractual del art. 1903 CC, sin perjuicio de la ponderación de las circunstancias concurrentes, como la dimensión del centro de trabajo, la duración del hostigamiento, la notoriedad de algunos de los actos integrantes del acoso etc... Desde esta perspectiva, resulta reprochable el planteamiento de algunas sentencias (p.e. STSJ Madrid núm. 317/2003 (Sala de lo Social, Sección 5ª) de 1 de abril (PROV 2003, 236860), STSJ Cataluña núm. 4847/2001 (Sala de lo Social), de 6 junio (AS 2001, 1661) STSJ País Vasco 2259/2001, de 18 de septiembre (PROV 2001, 322644) que hace recaer sobre la víctima la carga de acreditar que la empresa era conocedora del acoso sufrido, además de que, en paralelo a lo establecido por la doctrina judicial para el acoso sexual (STSJ Cataluña 4847/2001 (Sala de lo Social) de 6 junio (AS 2001, 1661), no debe considerarse exigible la denuncia por parte de la víctima, ya que «... la esperanza de que esta situación termine y el lógico temor que produce desvelar y hacer públicas situaciones de esta naturaleza, justifican más que sobradamente el que en muchas ocasiones el acoso sexual se venga soportando en silencio, pese a ser absolutamente indeseado e indeseable y de ninguna forma tolerado o consentido». Resulta igualmente criticable la doctrina constitucional (STC 74/2007, 16 de abril) que rechaza abordar la ponderación de esta pauta de exculpación del empleador en los supuestos de acoso por entender, a mi juicio erróneamente, que se trata de un aspecto carente de relevancia constitucional, cuando por el contrario incide claramente en la efectividad del derecho a la integridad moral vulnerado en el acoso.

¹²⁹¹ Para este enfoque de la dualidad de responsabilidades, vid. entre otras, STSJ Aragón 30-6-2003, AS 2227. La más reciente STC 74/2007 (RTC 2007, 74) respecto de la extensión de responsabilidad a la empresa, deja abierta esta opción, aunque sin decantarse por alguna de las alternativas: la contractual por incumplimiento de las obligaciones genericas de prevención de riesgos laborales o extracontractual, derivada de la responsabilidad por actos de sus dependientes del art. 1903 CC, por no tratarse de una cuestión de su competencia, sino del juzgador de instancia: “no correspondiendo a este Tribunal enjuiciar, en términos de legalidad ordinaria, la posible extensión de responsabilidad a la empresa ya sea por infracción de su deber de prevención previsto en la legislación laboral o, mediante la aplicación del art. 1903 del Código civil (LEG 1889, 27) (CC), por la existencia de culpa in vigilando o in eligendo...” . Para SERRANO OLIVARES destaca la prevalencia de los deberes preventivos de la LPRL y por ello entiende que la responsabilidad del empresario frente a los acosos entre trabajadores es contractual y no la derivada del art. 1903.4 CC (RCL 1994, 1825) ; vid. SERRANO OLIVARES, R.: «La indemnización por los daños y perjuicios derivados del acoso moral: una lectura constitucionalmente orientada de la responsabilidad civil por daños» en PUMAR BELTRÁN, N. (Coord.) (2006): La responsabilidad laboral del empresario: siniestralidad laboral, Albacete, Bomarzo, pgs. 292 y 293.

judicial y constitucional respecto del acoso sexual en términos – positivos en cuanto a la legitimación pasiva del acosador, y negativos en lo atinente al tema competencial¹²⁹²- extrapolables íntegramente al acoso moral laboral, tal y como revela la postura dominante al respecto en doctrina y jurisprudencia¹²⁹³. Para empezar, la vulneración de derechos fundamentales en general y en particular los que se ven comprometidos con el AMT, son, tal y como tiene sentado la doctrina constitucional, derechos erga omnes susceptibles de ser vulnerados tanto por los poderes públicos como por particulares, sin que sea, por lo demás, “cuestionable que las lesiones de derechos fundamentales de los trabajadores pueden producirse como consecuencia de actuaciones no sólo del empresario o de quienes ejercen los poderes del empresario en la empresa, en particular de los superiores y mandos jerárquicos, sino también de los restantes trabajadores”¹²⁹⁴. Desde ese presupuesto, la ampliación de la demanda por acoso dirigiéndola también al trabajador acosador se hace aconsejable por varias razones: en primer lugar por razones prácticas de justicia material y economía procesal: se evita con ello que pudiera alegarse por parte del acosador indefensión y, por tanto, lesión del derecho de tutela judicial efectiva

¹²⁹² En la doctrina, vid. REY GUANTER, S. del (1993): «Acoso sexual y relación laboral», Relaciones laborales núm. 1/1993, pgs. 254; LOUSADA AROCHENA, J. F. (1996): (1996): El derecho de los trabajadores a la protección frente al acoso sexual, Granada, Comares, pg. 211 y 212, y ALTÉS TÁRREGA, J. A. (2002): El acoso sexual en el trabajo, Valencia, Tirant lo Blanch, pg. 227. En la doctrina judicial, vid. entre otras favorables a esta interpretación: STSJ Galicia de 22 abril 1994 (AS 1994, 1774) , de 23 de julio de 1994 (AS 1994, 2861) y de 17 de febrero de 1995 (AS 1995, 597) . Otras sentencias posteriores en esta línea son , por ejemplo: SSTJ Navarra de 5 de febrero de 1998; Murcia de 16 de marzo de 1998 (AS 1998, 948) y de 6 de abril de 1998 (AS 1998, 2255) ; Galicia de 20 de septiembre de 1996 (AS 1996, 2775) y de 20 de marzo de 1998 (AS 1998, 337) ; Cataluña núm. 8805/2000 (Sala de lo Social), de 27 octubre (AS 2000, 4546) , de 6 de junio de 2001 (AS 2001, 1661) y Cataluña núm. 4393/2002, de 11 de junio (AS 2002, 2417) ; Canarias, Las Palmas, núm. 741/ 1998, 29 de septiembre (AS 1998, 4284) ; Galicia de 2 de mayo de 2002; Galicia de 29 de abril de 2005 (AS 2005, 1511) ; Comunitat Valenciana núm. 3786/2005, de 29 noviembre (AS 2006, 3016). Definitivas en este sentido SSTC 74/2007, de 16 de abril y STC 250/2007 de 17 de diciembre (RTC 2007, 250).

¹²⁹³ Vid. entre otros, SERRANO OLIVARES, R. (2005): El acoso moral en el trabajo, Madrid, CES, pg. 198; VALLEJO DACOSTA, R. (2005): Riesgos psicosociales: Prevención, reparación y Tutela sancionadora (BIB 2005, 2051) , Elcano, Thonson.- Aranzadi, pg. 83 y RUIZ CASTILLO, M. M. (2004): «La vertiente jurídica del acoso moral en el trabajo: una aproximación al panorama actual», Relaciones Laborales 1/ 2004, pg. 489. ALTÉS TÁRREGA, J.A.: El acoso del trabajador en la empresa, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, pg. 85. También es mayoritaria esta tesis en la doctrina judicial, SSTJ: Canarias, Las Palmas, núm. 635/2003, de 28 de abril (AS 2003, 3894) y 29 de marzo de 2007 (AS 2007, 1973) ; Madrid, núm. 81/2004, de 30 de enero (AS 2004, 2215) ; Aragón núm. 1146/2005, de 22 de diciembre (AS 2006, 629) ; Canarias, Las Palmas, núm. 75/2006, de 3 de febrero (AS 2006, 731); Andalucía 21 de marzo de 2007 (2007, 3504).

¹²⁹⁴ Vid. precisamente para un supuesto de acoso moral horizontal, STC 74/2007, de 16 de abril, que anula por “irrazonable y contradictoria” la STSJ Madrid de 1 de abril de 2003 que exculpó al trabajador acosador codemandado por entender, sin mayor argumentación y pese a considerar probado el acoso ejercido, que un trabajador, por el hecho de serlo, no podía ser autor de una vulneración del derecho fundamental a la integridad moral ex art. 15 CE, lesión que sólo podría ser imputable a los empleadores. En relación con los supuestos de acoso sexual, sostiene esta misma tesis de la legitimación pasiva del compañero acosador la STC 224/1999, de 13 de diciembre [RTC 1999, 224] y la más reciente STC 250/2007 de 17 de diciembre.

al ser identificado como autor de la conducta ilícita de acoso en un pleito en donde no es parte y en el que, por consiguiente, no puede alegar ni aportar prueba alguna en su defensa. En segundo lugar, permite la condena solidaria de ambas partes implicadas – una por omisión, la empresa negligente y otra por acción, el trabajador acosador- al pago de la indemnización que resarza de los daños causados, evitando así la necesidad de acudir a otro proceso con sede en otro orden jurisdiccional (civil) que rompería la unidad de la causa, podría dar lugar a pronunciamientos contradictorios respecto al fondo de la cuestión e, incluso, a duplicidad de indemnizaciones resarcitorias. En tercer lugar, el acoso realizado por un trabajador contra otro (o contra el empresario) supone un ilícito laboral -como prueba el hecho de la tipificación del acoso moral discriminatorio como causa de despido disciplinario ex art. 54. 2.g) LET – que, por tanto, habrá de dirimirse a la luz de la normativa laboral, toda vez que no se trata de una conducta ajena a la prestación de trabajo, sino, al contrario, una vicisitud incardinada en la dinámica propia de la relación laboral de víctima y victimario.

Hasta ahora lo que la doctrina judicial y constitucional venía admitiendo era la ampliación, meramente postestativa, de la demanda por responsabilidad del trabajador acosador, pero en ningún caso la ampliación de la demanda se había considerado un requisito para la válida constitución de la relación jurídico-procesal, esto es como un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario¹²⁹⁵. No obstante, una recientísima sentencia del TS Social (Sala General)¹²⁹⁶ ha terciado en este aspecto sentando en este punto la doctrina del

¹²⁹⁵ STSJ Aragón 30-06-2003 (AS 2003, 2227), STSJ Castilla-La Mancha de 20 de abril de 2006 (AS 2006, 1210), STSJ Andalucía, Sevilla, núm. 1587/2007 (Sala de lo Social, Sección 1), de 8 mayo (AS 2007, 1987); STSJ Canarias 29-3-2007 (AS 1973). Sólo alguna resolución aislada opta por la decisión contraria, vid. STSJ Canarias, Las Palmas, núm. 33/2001 (Sala de lo Social), de 26 enero (AS 2001, 2085) . En este caso se aprecia de oficio la nulidad de la sentencia de instancia al haberse rechazado en aquélla la posible concurrencia de litisconsorcio pasivo necesario, por lo que se apercibe al demandante para que amplíe la demanda contra las personas físicas protagonistas de los hechos y compañeros de trabajo. Por su parte, la doctrina mayoritaria se muestra favorable al citado criterio jurisprudencial contrario al litisconsorcio pasivo; vid. ROMERO RODENAS, M. J. (2005): Protección frente al acoso en el trabajo. Albacete, Bomarzo, Básicos de Derecho Social 2, 3ª ed.; pg. 80; MOLINA NAVARRETE, C. (2007): La tutela judicial frente al acoso moral en el trabajo: de las normas a las prácticas forenses, Albacete, Bomarzo, pg. 22 y NAVARRO NIETO, F. (2007): op. cit., pg. 144 y 145. En contra, defendiendo la tesis del litisconsorcio pasivo, ALTÉS TÁRREGA, J.A.: El acoso del trabajador en la empresa, cit., pg. 88; VALLEJO DACOSTA, R.: Riesgos psicosociales: Prevención, reparación y tutela sancionadora, Aranzadi, 2005, pg. 83.

¹²⁹⁶ Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia de 30 Ene. 2008, rec. 2543/2006, que casa y anula la STSJ Castilla-La Mancha, de 20 Abr. 2006, Rec. 269/2006 (AS 1210) por haber acogido la excepción de litisconsorcio pasivo necesario por no haberse codemandado el trabajador autor del acoso.

litisconsorcio pasivo que comprende al trabajador al que se le imputa la conducta de acoso. Para el TS “todas las conductas y actuaciones relativas al mismo (el acoso), sea quien sea el autor de las mismas, forman un todo unitario, constituyen una realidad claramente cohesionada.(....) Y este carácter unitario exige también un tratamiento procesal unificado” (...) que “obliga a que su enjuiciamiento se lleve a cabo en un mismo proceso.” (...) Si bien, “el núcleo esencial y básico está formado por los actos del acosador constitutivos del «mobbing». Por eso no parece aceptable que la acción que se ejercita en defensa de esos derechos fundamentales vulnerados, se dirija únicamente contra alguno o algunos de los posibles responsables secundarios, cuya implicación en el acoso es mucho menos relevante y trascendente, y que, en cambio, no se dirija contra el verdadero acosador, contra el causante real, propio y directo del «mobbing». Estas circunstancias valoradas desde la perspectiva de la funcionalidad de la figura del litisconsorcio pasivo (ex art. 80.1.b) LPL) en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (ex art. 24 CE) de las personas cuyos derechos e intereses queden afectados por la acción y pretensiones debatidas en el proceso (STS 16 de julio del 2004 (Rec. nº 4165/2003), conducen al TS a establecer la necesidad de demandar al trabajador a los que se le imputan en la demanda de tutela la conducta de de acoso (litisconsorcio pasivo necesario).

Finalmente queda el escollo de la competencia jurisdiccional del orden social en los supuestos en que se codemande al trabajador, ya que, como se sabe, pese a que el art. 180.1 LPL establece que dentro del proceso de tutela (de la libertad sindical) se pueda demandar a «cualquier persona», expresión que podría comprender a otros trabajadores, el art. 181 LPL matiza que cuando se trate “de demandas de tutela de otros derechos fundamentales, incluida la prohibición (...) del acoso” se tramitarán por el citado procedimiento las demandas que “se susciten en el ámbito de las relaciones atribuidas al conocimiento del orden social”. Parece inferirse del precepto que no es tanto la naturaleza de fundamental del derecho lesionado la que determina dicha competencia, sino la naturaleza de la relación jurídica en la que se produce la lesión. Es decir, el art. 181.1 LPL parece reenviar en los procesos de tutela de

otros derechos fundamentales y, en concreto, de los comprometidos por acoso, al art. 2.1 LPL, donde no se contempla en principio la competencia del orden jurisdiccional laboral en los conflictos que surjan entre los trabajadores¹²⁹⁷.

No obstante hay argumentos, a mi entender, de mayor solidez para fundamentar una solución distinta favorable a la competencia del orden jurisdiccional social en los supuestos de acoso horizontal. Primero, el carácter abierto de este último precepto de la Ley adjetiva y del concepto de “conflicto de trabajo” del art. 1.1 LPL. Segundo, la concepción del AMT, como se ha visto, no como un mero conflicto personal, sino contextualizado en el centro de trabajo, en conexión directa con la relación laboral y con ocasión de la prestación de servicios de ambos trabajadores – víctima y victimario –, es decir, vinculado a la órbita del contrato de trabajo, más aún si el acosador es un superior jerárquico que se prevalece de su competencias de mando para ejercerlo, son argumentos favorables a la aplicación del criterio del “ilícito laboral” en el acoso horizontal que implica, de acuerdo con consolidada jurisprudencia, que cuando los daños al trabajador sean consecuencia de la infracción de una norma reguladora del contrato de trabajo -ya sea estatal o colectiva – el conflicto habrá de dirimirse conforme a la normativa laboral y ante la jurisdicción social. Si a esto se une esa interpretación amplia y flexible del art. 181.1 en relación con el 2.1.a) y 1.1 LPL que se ha postulado, queda suficientemente fundamentada la solución interpretativa de que el conocimiento del conflicto ha de corresponder a la jurisdicción social, siendo esta, en efecto, la solución adoptada por la doctrina judicial que, como se ha dicho, mayoritariamente – al igual que la científica – se decanta por la competencia del orden social en estos supuestos¹²⁹⁸, tesis que muy

¹²⁹⁷ En la doctrina científica mantiene esta tesis CAVAS MARTINEZ, F.: El proceso laboral de tutela de la libertad sindical y otros derechos fundmenentales, Thomson-Aranzadi, 2004, pg. 258; GORELLI HERNÁNDEZ, J. y GOMEZ ALVAREZ, T.: “El acoso laboral: perspectivas jurídico-laborales”, Iustel, nº 2, 2003, pg. 29.

¹²⁹⁸ Son excepcionales los pronunciamientos que optan por aceptar la excepción de incompetencia de jurisdicción laboral, vid., p.e. STSJ País Vasco 2259/2001, de 18 de septiembre y, por el contrario mayoritarios los de la jurisdicción civil declarándose incompetente, vid. SAAPP Zaragoza núm. 7/2005 (Sección 2ª) (recurso 417/2004) de 10 enero (PROV 2005, 50231) , AAP Madrid Sección11 (Recurso 36/2006) de 03 de mayo de 2006 y AAP Tarragona (Recurso 409/20005) de 5 de octubre de 2006 (AC 2007, 812) . Asumen la competencia del orden social para supuestos de acoso sexual horizontal: SSTSJ Andalucía 24-07-2003 (JUR 220180) y 6-02-2004 (JUR 132737); Galicia 29-04-2005 (AS 1511) y para un supuesto de acoso moral, STSJ Madrid 31-03-2006 (JUR 162506). En la doctrina científica es mayoritaria la postura favorable a la competencia del orden social para el acoso sexual y para el acoso moral; vid. MARAGALL, J.A.: “El tratamiento en el proceso laboral de los riesgos psico-sociales: la

recientemente se ha visto refrendada, con los mismos fundamentos más arriba esgrimidos, por la doctrina unificada establecida por la ya aludida sentencia TS (Sala 4^a) de 30 de enero de 2008¹²⁹⁹.

La solidez de los argumentos esgrimidos anteriormente a favor de la competencia de la jurisdicción social en las acciones de tutela frente al acoso horizontal contrastan con los que sustentan la tesis mantenida por la reciente sentencia de la Sala Civil del TS de 15 de enero de 2006¹³⁰⁰ – en la que cambia su doctrina sobre competencia jurisdiccional en materia de responsabilidad por AT para atribuirla con carácter general al orden social – respecto a los supuestos de concurrencia de responsables del AT, cuya eventual extrapolación a los supuestos de acoso horizontal con demanda del trabajador acosador conviene que sea ahora objeto de reflexión. En este importante pronunciamiento que pretende acabar con la “guerra” de jurisdicciones en supuestos de exigencia de responsabilidad adicional por AT, se comienza por retomar el argumento de la preeminencia del criterio del “ilícito laboral” a efectos de deslindar el ámbito competencial de las respectivas jurisdicciones – social y civil –, criterio que, como se sabe, implica que cuando la obligación de cuyo incumplimiento deriva la lesión del trabajador venga impuesta por la normativa laboral la competencia corresponde al orden social.

experiencia del acoso moral. Puntos críticos”, pg. 429; SERRANO OLIVARES, R.: El acoso moral en el trabajo, cit., pg. 198; ROMERO RÓDENAS, M.J.: Protección frente al acoso moral en el trabajo, cit., pg. 78; NAVARRO NIETO, F.: La tutela jurídica frente al acoso moral laboral, Thomson-Aranzadi, 2007, pg. 148; ALTES TÁRREGA, J.A.: El acoso del trabajador en la empresa, Tirant lo Blanch, 2008, pg. 88.

¹²⁹⁹ Vid. STSud de 30-01-2008, rec. 2543/2006, cit., (FJ 5^o) que llega a esta solución sobre la base, así mismo, de una interpretación amplia de los arts. 181, 1.1, 2.a) LPL, con cita y reproducción parcial en su fundamentos jurídicos de la doctrina constitucional al respecto en materia de acoso sexual (STC 250/2007 de 17 de diciembre) que considera de todo punto aplicable, por analogía, al acoso moral. Para el TC, en efecto, “no es razonable desvincular la acción ejercitada del orden social sobre la base de que el comportamiento acosador del trabajador demandado era «una actuación personal y ajena a la relación laboral» (...) <<ya que el acoso sexual, cuya realidad quedó probada en la instancia, se produjo en conexión directa con la relación laboral, al llevarse a cabo, en primer lugar, con ocasión de la prestación del trabajo de la actora y del ejercicio por el demandado de las funciones inherentes a su cargo y, en segundo lugar, en el centro de trabajo donde uno y otro coincidían en la realización de sus respectivos cometidos». Por estas razones anula la sentencia de suplicación dado que “la recurrente planteó una controversia atribuible a la jurisdicción social y que, al no haberlo apreciado así, la Sala realizó una interpretación del orden material de competencias entre los distintos órdenes jurisdiccionales desconociendo el derecho de la actora a la utilización del cauce procesal predeterminado por la ley para recabar la tutela de los derechos fundamentales que se le habían quebrantado en el ámbito de su relación laboral»

¹³⁰⁰ STS Civil de 15 Ene. 2008, rec. 2374/2000.

Esta línea argumental que, por lo que aquí respecta, vendría a coincidir con la solución mantenida por el TC y el TS (Social) acerca de la competencia del orden social cuando se codemande, junto al empresario, al trabajador agente directo del acoso¹³⁰¹, termina desvirtuándose, sin embargo, cuando la Sala Primera corrige su argumentación inicial y termina apelando a la vis atractiva de la jurisdicción civil para atribuirse la competencia de conocimiento del litigio cuando, junto al empleador, se codemanda a otro trabajador o a terceros (coagentes del daño al trabajador) que no se encuentren vinculados al perjudicado por un contrato de trabajo. En otras palabras, la Sala Civil después de haber pretendido con este cambio de doctrina resolver la guerra entre jurisdicciones en materia de responsabilidad por daños al trabajador –al menos en materia de AT – a favor de la jurisdicción social, mantiene abierta la vía civil precisamente cuando se trate de supuestos de concurrencia de agentes del daño y siempre que alguno de ellos carezca de vínculo jurídico-laboral con el trabajador perjudicado demandante; una vis atractiva que, además, ante la inviabilidad de escindir la causa, afectaría también a la acción ejercida contra el propio empleador¹³⁰². Se trata de una solución hermenéutica ésta última discutible, ya que si la acción principal es la dirigida contra el empleador y corresponde al orden social, probablemente el juego de la *vis atractiva* –al que apela la sentencia – debería jugar en estos casos en sentido inverso al postulado, esto es, a favor de la jurisdicción social por ser la competente respecto de la acción principal de responsabilidad, si lo que se pretende es que las pretensiones no se ventilen en procedimientos separados¹³⁰³. En conclusión, la extrapolación de esta tesis al ámbito de la responsabilidad por daños derivados del AMT debe ser rechazada de plano al chocar frontalmente

¹³⁰¹ Vid. STS Civil de 15 Ene. 2008, cit.: “para deslindar la competencia es decisivo determinar si el daño se imputa a un incumplimiento laboral o bien a una conducta ajena totalmente al contrato de trabajo. En el ilícito laboral el fundamento para imputar la responsabilidad se halla en la infracción de una norma reguladora de esta materia, ya sea estatal o colectiva”... Por ello, para que sea competente la jurisdicción civil, el daño ha de deberse a normas distintas de aquellas que regulan el contenido de la relación laboral, puesto que, cuando exista un incumplimiento de dicha relación, deberá declararse la competencia de la jurisdicción social”

¹³⁰² «si bien es cierto que se ha producido un incumplimiento del contrato de trabajo, al haber sido demandadas (...) personas completamente ajenas al mismo (...) en virtud del de la *vis atractiva* de la jurisdicción civil establecida en el art. 9.2 LOPJ debe declararse la competencia» de la jurisdicción civil, al «no poder dividirse la causa» (FJ 6.º), STS Civil de 15 Ene. 2008, rec. 2374/2000, cit.

¹³⁰³ En este sentido, vid. IGLESIAS CABERO, M.: “Las indemnizaciones adicionales por accidentes de trabajo: puntos críticos”, AL nº 10, mayo 2008.

con la mayor solidez de la argumentación de la reciente doctrina unificada del TS (Social) acabada de citar y de la ya consolidada del TC sobre acoso horizontal que se han comentado con anterioridad¹³⁰⁴.

Además de esta vía reactiva que usualmente se anuda a la voluntad del trabajador-víctima de mantener viva la relación laboral y continuar ligado a la empresa una vez restaurado un clima laboral libre de acoso y la normal convivencia laboral¹³⁰⁵, el ordenamiento laboral ofrece respuesta jurídica alternativa a la anterior en la que, prescindiendo de la pretensión anulatoria e inhibitoria de la conducta lesiva, así como de la pretensión restitutoria, se busca la salida de la organización mediante la resolución indemnizada del contrato de trabajo por incumplimiento contractual grave del empleador (art. 50 LET). La dinámica de esta institución extintiva y su reconstrucción funcional para adecuarla a los requerimientos de la efectividad de la tutela frente al ATM será objeto de un estudio pormenorizado en el siguiente apartado de este capítulo.

VI. ACOSO MORAL EN EL TRABAJO Y DIMISIÓN PROVOCADA. LAS CLAVES DE UNA “RECONSTRUCCIÓN” DEL ART. 50 LET EN LA LÓGICA CONSTITUCIONAL GARANTISTA DE DERECHOS DE CIUDADANÍA DEL TRABAJADOR EN LA EMPRESA

1. Introducción: la dimisión provocada, ¿última *ratio* en la tutela jurídica frente al acoso moral en el trabajo?

Ya se ha tenido oportunidad de comentar que tanto desde la doctrina científica como judicial se ha calificado esta institución extintiva del contrato de trabajo como la “última ratio” en el marco del arsenal, cada vez más depurado, de técnicas de protección frente al ATM, dado que, de algún modo, implica una suerte de triunfo del acosador si se tiene en cuenta que en una buena parte de los casos la finalidad de su conducta es conseguir la salida del trabajador de la

¹³⁰⁴ Vid. especialmente, STC 250/2007 de 17 de diciembre (RTC 2007, 250).

¹³⁰⁵ Bien es cierto que estos cauces procesales que vehiculizan la tutela judicial frente al AMT también se utilizan una vez extinguida la relación laboral, bien por la declaración de IP del trabajador acosado en base a las dolencias psico-físicas secuela del acoso sufrido, bien en base a la facultad resolutoria reconocida en el art. 50 LET fundada en el incumplimiento grave que comporta el acoso, cuando en cualquiera de los casos no se hubiese obtenido el resarcimiento íntegro de los daños derivados de la lesión de derechos fundamentales que aquél comporta.

organización mediante su autoexclusión forzada o provocada por la presión psicológica ejercida sobre él ¹³⁰⁶. Esa connotación conectada con una suerte de escenificación de la rendición o fracaso del trabajador, unida a los desajustes entre su configuración jurídica –legal e interpretativa- y su funcionalidad protectora del ATM u otros graves atentados a derechos fundamentales del trabajador, sobre todo en el plano del resarcimiento de los daños derivados del acoso sufrido, son, probablemente, las razones de su valoración crítica.

Sin embargo, tal y como se apunto en la introducción a este capítulo, se trata de una crítica no del todo justa. Primero, porque no puede desconocerse que desempeña un función relevante dentro del arsenal de técnicas jurídicas antiacoso moral, tanto en el plano cuantitativo, por tratarse de uno de los cauces más utilizados por los trabajadores-víctimas y con mayor prevalencia de resoluciones estimatorias y procuradoras de tutela a la vista de la práctica forense, sino también cualitativamente, gracias, ahora, a las mejoras introducidas, vía legal e interpretativa, en el plano de la tutela procesal y resarcitoria en refuerzo de la efectividad de los derechos lesionados por el ATM: todas ellas facilitan la exigencia de responsabilidad a todos los sujetos implicados –directa o indirectamente- en la conducta ilícita y la prueba de la misma, así como vienen a procurar la reparación íntegra de los daños causados, planos en donde residían las principales carencias del instituto resolutorio como técnica protectora de derechos fundamentales.

En este sentido, puede afirmarse, en mi opinión, que se ha iniciado un proceso de adaptación del art. 50 LET –primero en sede doctrinal y jurisprudencial y luego legislativa- a las exigencias tuitivas del trabajador frente

¹³⁰⁶ MOLINA NAVARRETE, C.: “La “justicia” contra el “acoso moral”...”, cit. pg. 174; el autor se refiere al respecto a una “rendición con condiciones”. DE VICENTE PACHES, F.: “La configuración del acoso moral en el trabajo y las soluciones jurídico-preventivas para erradicarlo. Últimas tendencias doctrinales y jurisprudenciales”, Tribuna Social, nº 180, 2005, pg. 62; ROJAS RIVERO, M.P.: Delimitación, prevención y tutela del acoso moral, cit., pg. 156. También se señala esta vertiente peyorativa o de limitada efectividad protectora del instituto resolutorio en la doctrina de suplicación: vid, entre otras muchas, SSTSJ Madrid de 14-6-2005 (PROV 2005, 176379) y 10-12-2007 (JUR 2008, 55493): “Es evidente que la salida del trabajador de la empresa, en razón al acoso moral, es una solución no excesivamente satisfactoria, pues produce, no obstante los efectos resarcitorios ya apuntados, una pérdida del puesto de trabajo sin la voluntad o con la voluntad forzada del trabajador. Sin embargo, ésta parece ser la solución posible, si bien habría de ponderarse en términos adecuados por la Jurisprudencia Social no solo el perjuicio inherente a la forzada extinción contractual –«ex» art. 50-c) del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) -sino, también, el perjuicio material y moral que ocasiona al trabajador tener que extinguir la relación laboral que mantiene con la empresa”.

al AMT que permite hablar de una reconstrucción de la institución resolutoria en la lógica del modelo constitucional garantista de los derechos de ciudadanía del trabajador –paradigma del Estado Social– . Una operación que cobra especial interés en un contexto como el actual caracterizado por su retroceso imparable ante el avance de lo que se venido a denominar “constitución flexible del trabajo” que impone el neocapitalismo liberal¹³⁰⁷ o, más recientemente, utilizando la terminología comunitaria, la “flexiseguridad”¹³⁰⁸. Esta última estrategia pretende propiciar un marco jurídico de las relaciones de trabajo conciliador de dos corrientes de signo contrario: por un lado, los requerimientos de competitividad y productividad propios del neoliberalismo avanzado y las negativas consecuencias de su proyección sobre las relaciones de trabajo y, por otro, la progresión de una cultura jurídica de “ciudadanía de empresa” caracterizada por la promoción y tutela de los derechos fundamentales de la persona del trabajador en los centros de trabajo.

2. Aspectos estructurales de la facultad resolutoria ex art. 50 LET y desajustes funcionales para la efectividad de la tutela antiacoso moral en el trabajo. Una visión de conjunto.

Aunque la configuración general y elementos estructurales de esta institución extintiva del contrato de trabajo ya ha sido objeto de análisis en capítulos precedentes, valga ahora un simple recordatorio sintético de los mismos que sirva de referencia para apuntar los principales puntos críticos del régimen de la figura en orden a su funcionalidad en la solución jurídica protectora frente al AMT.

Conforme a los términos legales y la jurisprudencia interpretativa del art. 50 LET la resolución contractual es una facultad que se atribuye al trabajador cuyo dinámica general discurre del siguiente modo. Primero, el trabajador ha de alegar y acreditar un incumplimiento contractual grave del empleador

¹³⁰⁷ Para una crítica de la “constitución jurídico-flexible del trabajo” postconstitucional y la primacía del principio de rendimiento sobre el de protección, vid. MONEREO PEREZ, J.L.: “Nuevas tendencias del Derecho del Trabajo postconstitucional: El modelo de constitución flexible del trabajo”, en VV.AA.: El modelo social en la Constitución Española de 1978 (coord. Sempere Navarro, A.), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.

¹³⁰⁸ Para una acerada crítica a las soluciones “flexibilizadoras” de las estrategias comunitarias, vid. VIDA SORIA, J. en Discurso pronunciado por el Dr. Vida Soria con motivo de su investidura como Doctor Honoris Causa, Universidad de Granada 2008,

encuadrable en las aperturas causales del art. 50.1 LET, de modo que aun tratándose de una extinción de la relación laboral por voluntad del trabajador, dicha voluntad es inducida, forzada o provocada por la conducta antijurídica del empleador. Desde esta perspectiva, se trata, pues, de un mecanismo jurídico reactivo adecuado para recabar la protección frente al acoso laboral, ya que, sin perjuicio de algunos problemas aplicativos, el encuadramiento del ATM como incumplimiento empresarial resolutorio no admite dudas. Sin embargo, como se ha dicho, la figura resolutoria no está exenta de carencias a la hora de procurar garantías de tutela en este escenario. Para empezar, en lo referente al procedimiento de ejercicio de la facultad extintiva, que carece aquí de los caracteres propios de las técnicas de autotutela que proporcionan la inmediatez para la protección de los derechos fundamentales requerida en los supuestos de ATM; en efecto, aunque hablemos de una dimisión, la mera voluntad del trabajador afectado carece de virtualidad extintiva del contrato por sí misma, sino que, por el contrario, opera *ope iudicis* de modo que debe recurrir a la vía judicial para obtener del juzgador la declaración de la extinción previa acreditación del incumplimiento que justifica (justa causa) la ruptura del vínculo. En este sentido, la facultad extintiva discurre a través de una acción judicial que, a falta de un proceso especial en la LPL al efecto, habrá de viabilizarse a través del procedimiento ordinario (art. 76 y ss. LPL) postulando la extinción del contrato junto a la indemnización tasada que el precepto vincula al supuesto extintivo: la de despido improcedente (art. 50.2 LET).

Es en este marco procesal en donde afloran nuevas carencias funcionales del instituto. Así, la sola acción del trabajador para obtener la declaración judicial de extinción contractual tampoco opera el efecto extintivo dado el carácter constitutivo de la sentencia, por lo que, según consolidada jurisprudencia, el trabajador deberá mantener la prestación laboral durante todo el proceso y el eventual recurso por parte del empresario, esto es, hasta que la sentencia estimatoria de la extinción sea firme, lo cual implica un grave problema para el trabajador acosado en un escenario de ruptura o grave deterioro del clima laboral, en menoscabo de su dignidad e integridad, cuando no de su salud al ser el AMT potencialmente productor de graves daños psíquicos a la víctima.

También en el plano procesal, se plantea el problema relativo a la legitimación pasiva cuando se trate de un acoso horizontal, esto es, el de la posibilidad (o en su caso, necesidad) de ampliar la demanda para incluir al trabajador agente directo del acoso, habida cuenta de que la *causa petendi*, es decir, el fundamento de la pretensión extintiva se residencia legalmente en un “incumplimiento empresarial”. Sin olvidar la trascendente cuestión de las garantías procesales aplicables: la acción resolutoria, a falta de determinación legal expresa de una modalidad específica, habrá de vehiculizarse por el proceso laboral ordinario, desprovisto de las garantías procesales específicas previstas constitucional y legalmente para la modalidad procesal de tutela.

Por otra parte, su configuración y régimen legal y jurisprudencial como mecanismo de tutela frente a incumplimientos contractuales del empleador engendra el riesgo de contribuir al desenfoco de la naturaleza de los bienes jurídicos y derechos conculcados por el AMT obviando o desplazándolos de su incontestable proyección constitucional, lo que aparte de tener repercusiones negativas, como se ha dicho, en el plano de la tutela procesal –carga probatoria, celeridad del proceso, compatibilidad de pretensión de indemnización adicional –, también las tendría en plano sustantivo del resarcimiento íntegro de los daños acaecidos, obligando a la búsqueda del mismo por otros cauces sucesivos y ante otros órdenes jurisdiccionales.

Conforme al panorama descrito, las siguientes páginas se dedicarán a poner de relieve las soluciones jurídicas que pueden reportar una mejora de la funcionalidad tuitiva de la dimisión provocada ex art. 50 LET en supuestos de ATM.

Se abordará en primer lugar el problema relativo a la subsunción del acoso en las aperturas causales del art. 50.1 LET según el concepto jurídico decantado de las últimas aportaciones legales y la labor interpretativa doctrinal y jurisprudencial, con especial hincapié en la particular problemática de la operación subsuntiva en los supuestos de acoso no empresarial o acoso horizontal; un tema este que por lo demás enlaza, en tal caso, con la cuestión procesal de la legitimación pasiva en el procedimiento resolutorio. También en el plano procesal emerge con particulares perfiles el problema de la acreditación fehaciente del incumplimiento empresarial -requisito jurisprudencial de la dinámica aplicativa general del art. 50 LET-, habida cuenta

de las dificultades que conlleva la prueba del acoso dado su fisonomía caracterizada por el solapamiento, sutilidad y encubrimiento de las conductas agresivas que integran el tipo.

Por otra parte, debe atenderse a las consecuencias que la necesaria continuidad de la prestación de trabajo hasta la firmeza de la sentencia estimatoria de la extinción –requisito interpretativo, como se ha dicho, de esta institución – puedan tener en el AMT dada su grave y plural ofensividad, y los recursos jurídicos disponibles para eliminarlas o paliarlas. Tampoco debe olvidarse la búsqueda de soluciones para evitar una minoración de garantías procesales cuando la respuesta del trabajador al acoso se reconduzca a la institución resolutoria que pasarían por la aplicación de la llamada tesis integrativa o de exportación de las garantías específicas del procedimiento de amparo ordinario al procedimiento resolutorio.

Por último, el carácter tasado de la indemnización que anuda con carácter general el art. 50 a la extinción abre uno de los escenarios más polémicos en materia de esta vía de tutela frente al AMT, y buena prueba de ello es el debate doctrinal y el desarrollado en sede jurisprudencia en orden a la posibilidad de yuxtaposición de indemnizaciones resarcitorias – la tasada y adicional – en la búsqueda del resarcimiento íntegro de los daños del acoso en cuanto que principio axial del Derecho de daños, y acerca de la posibilidad de su exigencia en el mismo procedimiento extintivo con acumulación de ambas acciones.

Todos estos aspectos problemáticos constituirán el objeto de estudio en las siguientes páginas, con remisión funcional a aspectos tratados con anterioridad para su aplicación específica al art. 50 LET, como ocurre con el concepto de AMT decantado y depurado tras la interpretación sistemática, teleológica y analógica de diversos preceptos del ordenamiento comunitario y el ordenamiento laboral interno, sustantivo y procesal – analizado al comienzo de este capítulo – que habrá de operar aquí como presupuesto para la integración del incumplimiento contractual que legalmente ha de causalizar la extinción a instancia del trabajador. Se recurrirá, así mismo, a los argumentos sostenidos al hilo del análisis de otras técnicas de tutela – tales como los relacionados con la reclamación de indemnizaciones adicionales en los supuestos de AT derivado ATM; los relativos a la jurisprudencia restrictiva en

orden a la indemnización automática por lesión de derechos fundamentales o los problemas prácticos y soluciones aportadas a la legitimación pasiva en los procesos por acoso horizontal -. Todos ellos serán trasladados funcionalmente para una completa aprehensión de la específica dinámica de la dimisión provocada ex art. 50 LET casualizada en AMT en lo que se quiere que sea una propuesta de “reinterpretación” depuradora de la figura extintiva en clave garantista de los derechos fundamentales del trabajador en general y de los comprometidos por el ATM en particular.

3. El acoso moral como incumplimiento empresarial resolutorio y su encuadramiento en las aperturas causales del art. 50.1 LET. La viabilidad del art. 50 LET en el acoso horizontal y “externo”

Conforme a la noción jurídica de AMT, ya pormenorizadamente analizada, y a los también señalados bienes jurídicos y derechos afectados por él, no puede caber duda alguna de su condición de incumplimiento contractual del empresario a efectos de la operatividad de la facultad resolutoria ex art. 50 LET. Se trata, en efecto, de un concurso duradero de actos secuenciados y recurrentes de hostigamiento y presión psicológica sobre el trabajador que, intencionalmente o no, producen el efecto de menoscabo de su dignidad, afección de su integridad moral y, potencialmente, su salud psíquica. Se trata, pues, de una conducta de extrema gravedad por la pluralidad y relevancia jurídica de los derechos vulnerados por el empresario –directamente, de ser él el acosador, o indirectamente, caso de no serlo, pero al tolerarlo o no prevenirlo en su ámbito de dirección y control –.

En este orden de cosas, no está de más recordar que, sin perjuicio de la consabida “pluriofensividad” del AMT que lo convierte en un fenómeno potencialmente lesivo de diversos derechos constitucionales, existe una amplia convención doctrinal y jurisprudencial en torno a la tesis de que entre los bienes merecedores de protección jurídica comprometidos por el acoso moral en el trabajo, están, siempre, la dignidad, la integridad psíquica y moral y la salud de la persona del trabajador. Todos ellos se reconocen, en efecto, como derechos básicos en el marco de la relación laboral (arts. 4. d) y e) y 19 LET y 14 LPRL), pero tienen también una insoslayable proyección constitucional a

través de su indisoluble conexión con los arts. 10, 15, 40.2 y 43 CE. No obstante, la doctrina más autorizada viene enfatizando desde tiempo atrás que el derecho que primariamente resulta vulnerado es el reconocido en el art. 15 CE: la integridad personal, tanto en su dimensión de integridad moral, como también en la de integridad psíquica, en la medida en que, como sostiene el TC (STC 160, 2007), todo comportamiento del empleador que ponga en relevante riesgo, cierto o potencial, la salud psíquica del trabajador –como paradigmáticamente sucede en el acoso moral –, entra en el área de influencia de dicho precepto, sin necesidad de que el riesgo se actualice con la producción de un daño psíquico.

Este es, sin duda, el enfoque adecuado del sistema de protección jurídica antiacoso moral –más allá del recurso a principios jurídicos o cláusulas generales- siendo, en efecto, el acogido masivamente por el ingente cuerpo de doctrina de suplicación ya existente al respecto e, indirectamente, por la doctrina unificada del Tribunal Supremo sobre la materia¹³⁰⁹. Pese a todo, una buena parte de la doctrina científica y judicial, e incluso la citada jurisprudencia del TS¹³¹⁰, viene incurriendo en una atécnica construcción interpretativa al insistir en localizar la antijuridicidad constitucional del acoso moral en la lesión de la dignidad ex art. 10.1 CE, lo que conlleva incluso el riesgo de desenfocar

¹³⁰⁹ A través del Voto Particular a la STS 17-5-2006 (RJ 7176) y de forma expresa en la más reciente doctrina unificada de la STS ud 27-9-2007 (RJ 8304). En la doctrina de suplicación, vid., entre otras muchas, las recientes SSTSJ Asturias (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia núm. 1523/2007 de 13 abril AS\2007\1938; Sentencia núm. 4445/2007 de 9 noviembre AS\2008\309; TSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia núm. 3222/2007 de 4 mayo AS\2007\2409 y Sentencia núm. 883/2003 de 10 febrero AS\2003\2353; TSJ Castilla-La Mancha (Sala de lo Social, Sección 2ª). Sentencia núm. 942/2007 de 30 mayo AS\2007\2865 TSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia núm. 8085/2005 de 24 octubre AS\2005\3695; Sentencia núm. 4232/2007 de 7 junio AS\2007\2570 y Sentencia núm. 4993/2007 de 4 julio AS\2007\3147; TSJ Madrid, Sentencia núm. 332/2007 de 14 mayo AS\2007\1738; Sentencia núm. 604/2007 de 27 junio AS\2007\3012; Sentencia núm. 810/2007 de 3 diciembre JUR\2008\55731.

¹³¹⁰ STS 17-5-2006 (RJ 7176), FJ 6º : “negar en el presente caso que se ha producido con la conducta empresarial un atentado al *derecho fundamental a la dignidad personal del trabajador* demandante y una propia y verdadera actuación de acoso laboral, sería desconocer la realidad de la situación enjuiciada...”. Igualmente en la doctrina judicial, vid. SJS Pamplona-Navarra 23-8-2007 (PROV2007\316084): “La cláusula general contenida en el art. 10, 1 CE sobre la dignidad impone una afirmación sobre la prioridad de la persona (de todos y cada uno de los individuos) sobre el Estado y las organizaciones, también la empresarial. *Es, junto al derecho a la vida, el primero y más importante de los derechos del hombre*, de tal forma que todos los demás que se tienen por “fundamentales” lo son precisamente porque tienen como punto de referencia esa dignidad de la “persona”; STSJ Madrid 10-12-2007 (JUR 2008, 55493) : “Los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Española (RCL 1978, 2836) que se pueden ver violados por el acoso moral son, principalmente, la dignidad de la persona, como presupuesto básico de tales derechos, pero, también, su libertad personal, su integridad física y moral, su intimidad, su honor y, asimismo, otros valores, constitucionalmente protegidos, como son el de la salud laboral y el de la higiene en el trabajo”.

el fundamento de su tutela jurídica dirigiéndolo a sede de legalidad ordinaria (art. 4.2.e) LET)¹³¹¹. Un riesgo éste, por cierto, que se acrecienta en especial en el marco de la resolución contractual del art. 50 LET, debido por un lado, a su escasa, por no hablar de nula, tradición como mecanismo de tutela de derechos fundamentales y por otro, a la equívoca posibilidad que ofrece su primera apertura causal para el encuadramiento de medidas o comportamientos empresariales atentatorios contra la dignidad del trabajador que no deben ser equiparadas al ATM, dado la fisonomía compleja de éste y, sobre todo, teniendo en cuenta que su lesividad trasciende a la dignidad para alcanzar, como se ha dicho, a la integridad moral.

En este orden de ideas, el AMT constituye, pues, un ilícito laboral imputable al empresario por incumplimiento de normas laborales legales y constitucionales y la correspondiente lesión de los derechos subjetivos de los trabajadores en ellas reconocidos, pero, simultáneamente, se trata de un incumplimiento contractual debido a que las obligaciones impuestas *ex lege* y *ex constitutione* de garantizar los derechos del trabajador al respeto de su dignidad y de protección frente al acoso, así como de protección de su salud (ex arts. 4.2. d y e y 19 LET, 14 LPRL) y sus correlatos en sede constitucional (arts. 10, 15, 40,2 y 43 CE), determinan y se insertan automáticamente en el contenido obligacional del contrato de trabajo, en su calidad de contrato normado.

Ello es así en los supuestos de acoso empresarial, esto es, cuando el agente directo del acoso sea el empleador, pero es preciso subrayar que la configuración del AMT como incumplimiento empresarial de eficacia resolutoria no se desvirtúa en los supuestos de acoso no empresarial, es decir el ejercido por otro trabajador en el ámbito de dirección y control de aquél (acoso horizontal), por darse en tal caso una omisión de sus deberes legales y contractuales de prevenirlo y/o reprimirlo.

En este sentido, es obligada la remisión a los argumentos que, según se vio, avalan la tesis de que el AMT es un riesgo laboral cuya prevención en la empresa es obligación empresarial comprendida en los deberes genéricos de

¹³¹¹ Para una crítica a esta reconducción a la dignidad como bien jurídico afectado por el acoso moral, vid. MOLINA NAVARRETE, C.: “La justicia contra el acoso moral..” cit., pg. 180; FERNANDEZ LOPEZ, M.F.: “El acoso moral en el trabajo, ¿una nueva forma de discriminación?”, RDS, n° 19, 2002, pg. 60.

seguridad previstos en nuestra normativa preventiva, deberes que se insertan automáticamente en el contrato de trabajo, de modo que su omisión supone un incumplimiento contractual generador de responsabilidad (contractual) del empleador, como ha terminado confirmando la más reciente jurisprudencia unificada de la Sala Primera del TS¹³¹². Pero es que al margen del plano preventivo, la responsabilidad contractual del empresario por el acoso ejercido por compañeros de trabajo o terceros ajenos a la empresa se infiere igualmente de una interpretación sistemática del art. 50 LET y 4.2.e) LET en relación con el art. 8.13 bis LISOS, precepto este último que, como se sabe, le atribuye responsabilidad administrativa por el acoso (discriminatorio) ejercido por otros sujetos cuando conocido, “éste no hubiera adoptado todas las medidas necesarias para impedirlo” y, por extensión, respecto de cualquier otra conducta, que en idénticas circunstancias a las descritas, sea contraria a la dignidad de los trabajadores (art. 8.11 LISOS).

Conviene, pues, insistir en la idea de que el derecho básico a la consideración debida a la dignidad y de protección frente al acoso ex art. 4.2.e) LET, así como el derecho a la protección de su salud en el trabajo ex art. 4.2d) y 19 LET, se configuran como “derechos de protección” del trabajador que comportan un recíproco deber de medios del empresario, esto es, la obligación de desplegar toda la diligencia necesaria para evitar su vulneración en el desarrollo de la relación laboral, de modo que la actualización del AMT supone un incumplimiento empresarial culposo ex art. 50.1 LET generador de responsabilidad contractual, cualquiera que sea el agente directo del acoso.

En tales supuestos, pues, existe incumplimiento empresarial por actos propios, que no serán constitutivos de acoso (del que el empleador no es autor directo) sino por la infracción de los deberes de protección de la salud, la dignidad e integridad moral de los trabajadores y la lesión de los bienes jurídicos afectados a resultas de ese incumplimiento, por lo que primariamente la responsabilidad del empleador es contractual y deriva directamente del art. 1101 CC. No obstante un sector de las doctrinas científica y judicial ha postulado la posible reconducción de la responsabilidad del empleador en estos supuestos al ámbito de la extracontractual o aquiliana por los daños causados por los trabajadores a su servicio ex art. 1903.4 CC, por culpa in

¹³¹² Vid. STSud (Civil) de 15-01-2008, Rec. 2374/2000.

eligendo y/o control de la actuación lesiva de los mismos (culpa in vigilando)¹³¹³. En todo caso, sin perjuicio de la preferencia por la responsabilidad contractual a tenor de la argumentación sostenida, podría hablarse en estos supuestos a lo sumo de una concurrencia o yuxtaposición de responsabilidades – contractual y extracontractual – del empresario por los daños derivados del AMT horizontal que, en todo caso, habría de dirimirse en sede jurisdiccional social¹³¹⁴.

Desde esta perspectiva, la tesis del previo conocimiento empresarial como requisito de la responsabilidad, administrativa y, por lo que ahora interesa, contractual, del empleador, que viene sosteniendo mayoritariamente la doctrina judicial¹³¹⁵, puede y merece ser rebatida o al menos matizada. En efecto, el desconocimiento de la empresa como criterio de exculpación de responsabilidad, tal y como vienen haciendo los Tribunales mayoritariamente y prevé legalmente la LISOS a los efectos específicos de responsabilidad administrativa por AMT, debe ser manejado, a mi entender, de modo restrictivo, dado que el acoso – no se olvide, un proceso de presión psicológica de duración prolongada, recurrencia temporal y localizado espacialmente en el centro de trabajo- se actualiza en el contexto de las relaciones laborales

¹³¹³ Para este enfoque de la dualidad de responsabilidades, vid. entre otras, STSJ Aragón 30-6-2003, AS 2227 y STSJ Andalucía 21-3-2007 (AS 3504). Por su parte, la más reciente STC 74/2007, 16 de abril (RTC 2007, 74) respecto de la extensión de responsabilidad a la empresa, deja abierta la opción en orden a la naturaleza de la responsabilidad, aunque sin decantarse por alguna de las alternativas: la contractual por incumplimiento de las obligaciones genéricas de prevención de riesgos laborales o extracontractual, derivada de la responsabilidad por actos de sus dependientes del art. 1903 CC, por no tratarse de una cuestión de su competencia, sino del juzgador de instancia: “no correspondiendo a este Tribunal enjuiciar, en términos de legalidad ordinaria, la posible extensión de responsabilidad a la empresa ya sea por infracción de su deber de prevención previsto en la legislación laboral o, mediante la aplicación del art. 1903 del Código civil (LEG 1889, 27) (CC), por la existencia de culpa in vigilando o in eligendo...”. Tajante en la naturaleza contractual de la responsabilidad empresarial en AMT horizontal, ALTES TARREGA, J.A.: El acoso del trabajador en la empresa, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pg. 83. Para SERRANO OLIVARES destaca la prevalencia de los deberes preventivos de la LPRL y por ello entiende que la responsabilidad del empresario frente a los acosos entre trabajadores es contractual y no la derivada del art. 1903.4 CC (RCL 1994, 1825) ; vid. SERRANO OLIVARES, R.: «La indemnización por los daños y perjuicios derivados del acoso moral: una lectura constitucionalmente orientada de la responsabilidad civil por daños» en PUMAR BELTRÁN, N. (Coord.) (2006): La responsabilidad laboral del empresario: siniestralidad laboral, Albacete, Bomarzo, pgs. 292 y 293.

¹³¹⁴ En este sentido, vid. STSJ Andalucía 21-3-2007 (AS 3504) que en un supuesto de AMT horizontal se refiere a la también responsabilidad del empresario por sus consecuencias “bien sea porque conoció la actuación y no la corrigió, bien porque, aun no conociéndola, incurrió en ignorancia o negligencia inexcusable.”

¹³¹⁵ SSTSJ País Vasco 18-9-2001 (AS 2259); Madrid 1 de abril de 2003 (PROV 2003, 236860); STSJ Castilla-La Mancha, de 20 Abr. 2006, Rec. 269/2006 (AS 1210). Con alguna reseñable excepción, vid. STSJ Andalucía, 21-3-2007, en la que se admite la responsabilidad del empresario, aun en caso de desconocimiento de los hechos, por ignorancia y negligencia inexcusable, con lo que implícitamente, conecta con la culpa extracontractual ex art. 1903.2 CC.

desarrolladas en la empresa respecto de las que el empresario ostenta un poder de dirección y control, por lo que el propio desconocimiento empresarial que se alegase podría, incluso, serle imputable a título de culpa, ya que denotaría negligencia del empresario por desconocer la existencia de un ilícito que se produce dentro de su ámbito de control, lo que determinaría su responsabilidad, salvo que demuestre que dicho desconocimiento no le es imputable a título de culpa¹³¹⁶. En otras palabras, a efectos de la exculpación de la empresa el criterio debería ser más rigorista o restrictivo y pasar del mero desconocimiento del acoso, a la inimputabilidad de la ignorancia del ilícito, esto es, a ponderar sólo en orden a la exención de responsabilidad la imposibilidad de conocer la existencia del AMT por parte del empleador sobre la base de las circunstancias concurrentes.

Por lo demás, esta imposibilidad de conocimiento del ilícito no debe presuponerse, sino que cabría postular que sea la empresa la que haya de soportar la carga de acreditarla. Es decir, habría de ser el empresario el que acredite que ha desplegado la diligencia debida para prevenir o, en su caso, detectar y reprimir el AMT que ejerce sobre el trabajador otro de sus empleados, sobre la base de una interpretación extensiva de la regla de inversión de la carga probatoria establecida para la responsabilidad extracontractual del art. 1903.4 CC, aportando los elementos precisos para la ponderación judicial de las circunstancias concurrentes en cada caso, como la dimensión del centro de trabajo, la duración del hostigamiento, la notoriedad de algunos de los actos integrantes del acoso etc... En todo caso, resulta reprochable el planteamiento de algunas sentencias que hacen recaer sobre la víctima la carga de acreditar que la empresa era concedora del acoso sufrido¹³¹⁷, amén de que, en paralelo a lo establecido por la doctrina judicial para el acoso sexual¹³¹⁸, no debe considerarse exigible la denuncia por parte de la víctima, ya que «... la esperanza de que esta situación termine y el lógico temor que produce desvelar y hacer públicas situaciones de esta naturaleza,

¹³¹⁶ Vid. en este sentido respecto al acoso sexual, ALTÉS TÁRREGA, J. A. : El acoso sexual en el trabajo, Valencia, Tirant lo Blanch, (2002), pg. 368. En el mismo sentido, posteriormente para el acoso moral, *ibid.* : El acoso del trabajador en la empresa, *cit.*, pg. 84-85.

¹³¹⁷ Vid. p.e. STSJ Madrid núm. 317/2003 (Sala de lo Social, Sección 5ª) de 1 de abril (PROV 2003, 236860), STSJ Cataluña núm. 4847/2001 (Sala de lo Social), de 6 junio (AS 2001, 1661) STSJ País Vasco 2259/2001, de 18 de septiembre (PROV 2001, 322644).

¹³¹⁸ Vid., STSJ Cataluña 4847/2001 (Sala de lo Social) de 6 junio (AS 2001, 1661),

justifican más que sobradamente el que en muchas ocasiones el acoso se venga soportando en silencio, pese a ser absolutamente indeseado e indeseable y de ninguna forma tolerado o consentido».

Por otra parte, resulta igualmente criticable la doctrina constitucional que rechaza abordar la ponderación de esta pauta de exculpación del empleador en los supuestos de acoso por entender, a mi juicio erróneamente, que se trata de un aspecto carente de relevancia constitucional, cuando por el contrario entiendo que incide clara y directamente en la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima – si la sentencia recurrida lo aplicó indebidamente en perjuicio de la víctima – e indirectamente en el de la integridad moral vulnerado por el acoso¹³¹⁹.

Llegados a la convención de que el AMT es un grave incumplimiento contractual, partiendo de la base de que el art. 50 LET regula una institución extintiva del contrato de trabajo de carácter causal, la facultad resolutoria del trabajador se ejercerá previa concurrencia de alguna de las causas justas establecidas en su apartado, lo que obliga a la operación subjuntiva del ÁTM en alguna o algunas de ellas. El art. 50.1, en efecto, establece una lista abierta de aperturas causales, que incluye entre otros incumplimientos contractuales: a) la modificación sustancial de condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de la formación profesional o en menoscabo de la dignidad del trabajador; b) la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado y c) cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor, así como la negativa del mismo a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo tras una modificación sustancial de las mismas, calificada judicialmente de injustificada.

Conforme a ello, la segunda cuestión que se suscita, entonces, en la reconducción de la tutela antiacoso al art. 50 LET es la concerniente a la determinación de cuál de las aperturas causales del precepto es la más adecuada para la subsunción del acoso moral, cuestión que fue abordada en un principio y tangencialmente por algunos pronunciamientos judiciales al

¹³¹⁹ Vid. en este sentido STC 74/2007 de 16 de abril. En sentido contrario, reconociendo implícitamente la relevancia constitucional de este criterio de exoneración de la empresa – pues entra al conocimiento del tema-, vid. STC 250/2007 de 17 de diciembre.

resolver pretensiones resolutorias del asalariado por este motivo, aunque ahora ya prácticamente no se plantea bien sea porque el juzgador no precisa en qué tipo resolutorio ex art. 50.1ET es susceptible de ser encuadrada la conducta empresarial acosadora o tolerante del acoso, o bien se recurre, indiscriminada y simultáneamente, al tipo contemplado en su apartado a) - esto es, modificación sustancial de condiciones de trabajo que perjudican la formación profesional o menoscaban la dignidad del trabajador-, así como a la cláusula general de cierre prevista en su apartado c) ¹³²⁰.

La remisión al apartado a) del precepto, sin embargo, resulta inadecuada e, incluso, generadora de aporías y distorsiones de fundamentación que, a la postre, pueden proyectarse en el alcance de la tutela. Sin embargo, la reconducción del acoso a esta causa resolutoria no está ausente en la doctrina de suplicación y probablemente ello obedece a que el acoso moral, como ya se ha adelantado al abordar su definición y caracterización, se instrumenta a través de un conjunto secuenciado y finalista de medidas empresariales entre las que, normalmente, se encuentran algunas medidas de modificación sustancial de condiciones de trabajo que comportan un perjuicio “cualificado” para el trabajador por menoscabar su formación profesional y/o su dignidad. El citado perjuicio a la formación profesional se vincula principalmente, según reiterada jurisprudencia, bien a la asignación de funciones correspondientes a categoría profesional inferior a la ostentada por el trabajador (movilidad funcional descendente) de forma duradera o definitiva, bien a cambios funcionales que comporten en la práctica una falta de ocupación efectiva y que en todo caso impliquen una pérdida de la especialización profesional del trabajador. En cuanto al menoscabo de la dignidad, se conecta con su degradación profesional, a través de modificaciones funcionales, que por la propia naturaleza de las nuevas tareas encomendadas o por las circunstancias en que deben realizarse – lugar de la prestación; pérdida efectiva de mando; carencia de medios materiales y humanos para su desempeño, etc... - , impliquen un trato vejatorio y el descrédito profesional e incluso social del trabajador ante sus jefes o compañeros de trabajo ¹³²¹.

¹³²⁰ Vid. p.e. STSJ Cataluña 28-11-2001 (AS 249,2002).

¹³²¹ Puede tratarse de encomienda de funciones inferiores totalmente alejadas de la cualificación profesional inherente a su clasificación profesional, o que conlleven la pérdida de funciones de mando o de acceso a medios de trabajo habitualmente utilizados, o incluso las que supongan que el puesto de

En todo caso, debe quedar claro que este tipo de medidas modificativas empresariales, aun siendo atentatorias contra la dignidad y constituyendo un incumplimiento grave del empleador explicitado legalmente que justificaría la solicitud de resolución contractual a instancia del trabajador ex art. 50.1.a) ET, no son suficientes, sin embargo, por sí mismas y aisladamente consideradas, para integrar el tipo legal e interpretativo de AMT, puesto que, no se olvide, éste conceptualmente se configura sobre la base de un elemento objetivo consistente en una conducta integrada, sistemática y duradera de actos, omisiones y/o medidas que tiene como fin o produce el efecto de la humillación, la vejación y el menoscabo de la dignidad y de la integridad personal del trabajador.

Ello no obsta, y se trata este de un aspecto que merece resaltarse, para que modificaciones sustanciales u otro tipo de medidas empresariales gravemente atentatorias de la dignidad del trabajador, aisladamente consideradas, esto es, sin necesidad del concurso duradero y recurrente con otros actos de presión psicológica o bien en ausencia de la intencionalidad lesiva que frecuentemente se vincula a la noción de AMT, puedan engendrar una lesión del derecho fundamental a la integridad psíquica y/o moral si conforman un contexto de hostigamiento o vejación del trabajador aunque no sean reconducibles al tipo jurídico de AMT y, por tanto, en tales casos serán susceptibles de activar igualmente la facultad resolutoria de la dimisión provocada ex art. 50 LET readaptada funcionalmente, en los términos que seguidamente se verán, en vistas a la tutela de derechos fundamentales, así como el resto de las técnicas orientadas a tal fin. Así lo viene entendiendo, en efecto, una incipiente aun pero interesante cuerpo de doctrina judicial que estima la existencia de vulneración de los derechos fundamentales a la integridad moral (y al honor) en supuestos de modificaciones sustanciales –e incluso de movilidad funcional– con degradación funcional que menoscaben gravemente la dignidad hasta el punto de interesar los citados derechos constitucionales del trabajador¹³²². Del mismo modo, se detecta una

trabajo se ubique en un lugar de las instalaciones de la empresa manifiestamente inadecuado por su localización, falta de luz etc...

¹³²² Vid. Sentencia del TSJ de Cataluña [AS 2007, 197] y la más reciente SJS n^o 2 Navarra-Pamplona 23-08-2007 (PROV 2007\316084), para la que las medidas empresariales son “de decisiones que, sin ser conceptualmente constitutivas de acoso laboral, tanto en su consideración contextual o global como

significativa línea de tendencia en la doctrina de suplicación que viene aceptando como incumplimiento empresarial subsumible en el art. 50.1.c) LET la omisión de los deberes preventivos de riesgos psicosociales, como el estrés laboral, con producción de daños psíquicos al trabajador, aunque sin llegar al explorar adecuadamente el alcance de su proyección en el derecho a la salud y su conexión con la integridad psíquica ex art. 15 CE a efectos, señaladamente, resarcitorios, es decir con la indemnización adicional a la tasada del precepto estatutario¹³²³.

Hecho este importante inciso y volviendo al AMT, para poder alegar la existencia de acoso moral en calidad de incumplimiento empresarial resolutorio ex art. 50 LET la modificación sustancial de condiciones de trabajo lesiva de la dignidad del trabajador (e, incluso de derechos fundamentales vinculados a dicho valor constitucional) debe acompañarse o conjugarse con otras conductas hostiles o de presión psicológica dentro de la panoplia de comportamientos que tiene identificados y sistematizados la psicología del trabajo y la psiquiatría y que, en buena medida, han sido recepcionados, sino reproducidos literalmente, por la doctrina social de suplicación; a saber: actos

individualmente consideradas son contrarias a los derechos fundamentales al honor y a la integridad moral del actor y gravemente lesivas de su dignidad personal. (...) Tales hechos, en sí mismos, en relación con el motivo empresarial aducido, configuran de nuevo, al menos indiciariamente, una presunción judicial favorable a la lesión de derechos invocada que sustenta la corrección de la carga probatoria del art. 179, 2 LPL (RCL 1995, 1144 y 1563) y que reclama, para su eventual neutralización, una justificación reforzada de la actuación empresarial”.(.....) “las decisiones empresariales adoptadas con respecto al demandante a partir de agosto de 2006, en especial su cese en la unidad en la que prestaba servicios y su posterior traslado a la oficina de Beriain, carecen de justificación alguna y, en el contexto en que se producen, constituyen trasgresión de derechos fundamentales y libertades públicas contenidos en la sección primera del capítulo II de la parte dogmática de la Constitución Española”. En la misma línea de afectación de derechos fundamentales incluso para un supuesto no constitutivo de modificación sustancial, sino de mera movilidad funcional, vid. STSJ Cataluña 21-11-2003 (AS 671); la sentencia recepciona en su fundamentación jurídica la tesis doctrinal de que “ la movilidad funcional ordinaria (horizontal) en el seno de una categoría profesional o extraordinaria (vertical) aun cumpliendo la exigencia de la causalidad y temporalidad, puede vulnerar del derecho a la dignidad (e indirectamente el derecho al honor y a la propia imagen). En resumen, el respeto a la dignidad (y dentro de ella el derecho al honor y la propia imagen en los términos que se definen en sentencia de 11-4-1994 [RTC 1994, 99] del Tribunal Constitucional) es invocable ante todo tipo de movilidad funcional e incluso para aquella que respete los límites funcionales de su ejercicio”. Desde esa óptica, con la degradación profesional sufrida por el trabajador “la imagen proyectada en las áreas personal y social sufrían un indudable quebranto, que repercutiría desfavorablemente en su propia estima y en la imagen que transmitía a terceros con los que había mantenido relación en época anterior. Ese conocimiento existía previamente al desplazamiento y obligaba a la empresa a autolimitarse en una decisión que sabía podría conllevar aquellas consecuencias no deseables”, por lo que le imputa una responsabilidad por la lesión de los derechos fundamentales invocados.

¹³²³ Vid., en este sentido, SJS nº 4 Barcelona 23-12-2003; SJS nº 32 Madrid 14-01-2005, confirmada por STSJ Madrid 5-10-2005 (rec. 2236/2005); SSTSJ Castilla La Mancha 14-05-2005 y 26-07-2006; STSJ Valencia 9-05-2006.

de descrédito, como comentarios acerca de su persona o su capacidad profesional que afecten negativamente a su reputación y lo desacrediten, imputación de falsos ilícitos laborales que sin embargo no son objeto de sanción o, sancionados, son sistemáticamente revocadas; actos de intimidación: ofensas directas, verbales o físicas; medidas de aislamiento, concretadas en la limitación severa del desplazamiento en la empresa o de la comunicación intersubjetiva con los compañeros de trabajo o clientes; ubicación del puesto de trabajo en lugares inapropiados por sus características, para el desempeño de las funciones que se desempeñan; negativa sistemática de la empresa a aceptar partes médicos de baja presentados por el trabajador; medidas todas ellas que, además, deben ser objeto de una valoración conjunta y tienen el efecto de deteriorar, real o potencialmente, la salud psíquica del trabajador ¹³²⁴.

Así las cosas, desde un punto de vista jurídico-formal y práctico la fundamentación de la pretensión extintiva en el apartado c) del art. 50 LET es la más adecuada, dada su configuración maleable y abierta en sintonía con el carácter plurilesivo del AMT ¹³²⁵.

4.El procedimiento resolutorio y tutela procesal antiacoso: puntos críticos

4.1 El alcance de los efectos constitutivos de la sentencia

4.1.1 El problema del protocolo procedimental: resolución *ope judicis* vs. protocolo dimisivo de “autotutela inmediata”

¹³²⁴ Ya se puso de relieve al hilo de la elaboración del concepto jurídico de ATM que la postura mayoritaria de la doctrina judicial es la de seguir exigiendo para estimar la existencia del acoso moral, la producción de daños psico-físicos ciertos causalizados en la conducta empresarial hostigadora, probablemente porque se entiende que de este modo no cabe cuestionar la afectación del derecho a la integridad física y moral, pero también se ha fundamentado con argumentos de peso que el daño psíquico, aunque es un efecto usual, no es inherente al ATM, ni tampoco requisito para la afectación del derecho a la integridad moral, al contrario que el daño moral. De este modo, la actualización del daño psíquico a resultas del acoso sólo tendrá relevancia a efectos del alcance de la responsabilidad empresarial por los daños derivados del ilícito y en el plano de la tutela compensadora procurada por el sistema de Seguridad Social.

¹³²⁵ GONZALEZ DE PATTO, R.M: “La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador casualizada en mobbing”, pg. 168, en Mujer y Trabajo (coord.. RUIZ PEREZ, E), Bomarzo, 2003.; VALLEJO DACOSTA, R.: “Riesgos psicosociales: Prevención, reparación y tutela sancionadora, Aranzadi, 2005, pg. 94; SERRANO OLIVARES, R.: El acoso moral en el trabajo, cit, pg. 155-157.

Uno de los principales escollos para una adecuada y eficaz adaptación del régimen del art. 50 LET a los requerimientos de tutela de derechos fundamentales, y por lo que aquí interesa, los afectados por el AMT reside en el carácter judicial que legal y jurisprudencialmente se le atribuye a este mecanismo extintivo. En efecto, aunque en principio la voluntad de ruptura del vínculo corresponde al trabajador (ex art. 49.1. j) LET), del tenor literal del art. 50.1 LET se infiere que la extinción se produce ope iudicis, es decir por declaración judicial al respecto previa solicitud del trabajador afectado por el incumplimiento contractual. De este modo, la dinámica propia de la facultad resolutoria del art. 50 LET no es identificable con un derecho de “autotutela inmediata” que permita al trabajador por su única y autónoma voluntad extinguir el contrato y sólo acudir a la vía judicial para la reclamación de la indemnización que legalmente le corresponda, sino que, bien al contrario, de conformidad con la formulación legal del precepto su jurisprudencia interpretativa le viene atribuyendo a la sentencia carácter constitutivo, de modo que le es exigible la continuidad de la prestación laboral durante toda la tramitación del proceso y hasta la firmeza del pronunciamiento que, constatando el incumplimiento empresarial, estime la pretensión del trabajador y extinga el contrato.

En efecto, es jurisprudencia tradicional y consolidada del Tribunal Supremo que «lo que el trabajador debe hacer es solicitar la rescisión del contrato laboral, sin abandonar el puesto de trabajo, dado que la extinción del contrato se da en el caso de que en sentencia firme se estime que la empresa ha incurrido en alguna de las causas que dan lugar a ella pero no antes de hacerse este pronunciamiento».¹³²⁶, haciendo hincapié en que la resolución a instancia del trabajador mal puede operar cuando al tiempo del pronunciamiento judicial la ruptura de relación laboral ya se ha producido previamente¹³²⁷. Partiendo de esa regla general, el propio TS admite excepciones para situaciones específicas en que debe ser reconocido el derecho del trabajador a cesar prematuramente en la prestación de los servicios, esto es, a interrumpir éstos sin que ello suponga la extinción de la

¹³²⁶ Vid, entre otras, STS 12-7-89 (RJ 1989, 5461) ; 18/7/90 (RJ 1990, 6425) ; 22/10/96 (RJ 1996, 5878); 26/11/96 (RJ 1996, 6516); 23/4/96 [RJ 1996, 3403]

¹³²⁷ Vid. p.e. STS 24-5-00 (RJ 2000, 4629) y 22-5-00 (RJ 2000, 4623).

relación laboral por dimisión, abandono o ausencias injustificadas del mismo: se trata de la concurrencia de circunstancias ligadas al incumplimiento empresarial que abocan a que la continuidad en el desempeño de la actividad laboral devenga insoportable para el trabajador o dificulten extraordinariamente la convivencia laboral por “la onerosa carga, bien física, bien psíquica o ya económica” que supone para el trabajador afectado”¹³²⁸, en supuestos de malos tratos verbales y físicos¹³²⁹, o en los que concurren circunstancias que impliquen una manifiesta ilegalidad o peligrosidad para con el trabajador o un atentado grave y notorio a su dignidad, esto es cuando “la continuidad laboral atente a la dignidad, la integridad personal o, en general, a aquellos derechos fundamentales que corresponden al hombre por el sólo hecho de su nacimiento”¹³³⁰. Como ha señalado la doctrina, esta jurisprudencia incorpora a la dinámica contractual valores de la personalidad del trabajador que deben quedar indemnes ante el ejercicio de los poderes directivos del empresario pues, de lo contrario, se rompe el esquema ordinario del cumplimiento contractual quedando justificada la interrupción de la prestación debida por el trabajador¹³³¹.

En ese orden de ideas, no cabe duda de que en los supuestos en que la resolución contractual ex art. 50 LET venga causalizada en acoso moral, las consecuencias que éste implica para el trabajador-víctima son perfectamente subsumibles en las excepciones acuñadas por la citada jurisprudencia y permitirían el abandono anticipado de su actividad laboral en la empresa sin que ello se entienda como ruptura anticipada del contrato de trabajo. Es decir, en el marco de estas situaciones excepcionales de cuño jurisprudencial, perfectamente compatibles con las de AMT, se reconoce el derecho de

¹³²⁸ Vid. SSTS 26-11-86 (RJ 6516); 18-7-1990 (RJ 6425); 23-4-1996 (RJ 3403); 1594); SSTSJ Madrid 27-5-1997 (AS 1594); 20-5-1999 (AS 2542).

¹³²⁹ A este respecto se ha pronunciado, p.e. recientemente, la STSJ Andalucía/Sevilla de 15/2/99 [AS 1999, 943]

¹³³⁰ STS 8-11-2000 (RJ 1419, 2001).

¹³³¹ vid. RODRIGUEZ –PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y FERNANDEZ LOPEZ, M.F.: La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo, La Ley-Actualidad, 1998, pg. 210. En este sentido que conecta con el sinalagma contractual, vid. para un caso de AMT, la STSJ Madrid 21-1-2008 (AS 947) que apela al criterio de la “imposibilidad de cumplimiento de la obligación” ex art. 1124 CC, cuando “su ejecución pudiera afectar a los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana del trabajador”, vid. STSJ Madrid 21-1-2008 (AS 947).

autotutela inmediata que, con carácter general, no se reconoce al trabajador en el marco del art. 50 LET¹³³².

Esta solución interpretativa sobre base de legalidad ordinaria (ex art. 50. 1 LET en relación con el art. 1124 CC), tiene una proyección constitucional que en mi opinión proporciona un mejor y más correcto enfoque del problema a luz de los bienes y derechos constitucionales que están en juego y que, vaya por delante, resulta de todo punto aplicable en los casos de AMT y demás supuestos de lesión de derechos fundamentales. En este sentido es imprescindible invocar la doctrina sentada por la STC 225/2002 de 9 de diciembre, que si bien referida ad casum a la cláusula de conciencia de los profesionales de la información y su alcance como facultad extintiva del contrato de trabajo del periodista para preservar el derecho a libre información, es de incuestionable aplicación análoga al art. 50 LET en relación con el AMT y, en general, en supuestos de conculcación de los derechos de la personalidad del trabajador en el marco de la relación laboral.

En efecto, el problema de fondo que aborda el TC reside en «si la extinción causal del contrato con indemnización por voluntad del profesional de la información, que es la modalidad del derecho a la cláusula de conciencia que ahora importa, puede provocarse por la mera decisión de aquél en una autotutela inmediata, aunque después haya de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamar la indemnización, o si, por el contrario, es preciso mantener viva la relación laboral, permaneciendo en el puesto de trabajo en el momento de formular la demanda y mientras se sustancia el proceso».

El TC, tras afirmar que la respuesta a esta duda interpretativa acerca del carácter del procedimiento de resolución contractual ha de darse desde la perspectiva de los intereses que dan vida al derecho o derechos conculcados

¹³³² Con una interpretación inusualmente amplia de estas excepciones, incluyente del impago de salarios o de menoscabo de la formación profesional del trabajador, vid. SSTS de 18/9/89 (RJ 1989, 6455) – y en similar sentido STS de 18/7/90 (RJ 1990, 6425) – que señalan que «en supuestos en que el incumplimiento contractual del empresario que motiva y justifica la voluntad resolutoria del trabajador se manifiesta mediante el impago total de salarios o en términos que perjudican su dignidad, integridad física o formación profesional o cualesquiera otros también excepcionales que generen situación insoportable, puede el mismo instar dicha resolución sin necesidad de mantenerse en su puesto de trabajo pues tal conducta empresarial justifica una suspensión o incluso interrupción de la relación laboral». En el mismo sentido para un caso de AMT, apelando al criterio de la “imposibilidad de cumplimiento de la obligación” ex art. 1124 CC, cuando “su ejecución pudiera afectar a los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana del trabajador”, vid. STSJ Madrid 21-1-2008 (AS 947).

con el objeto de que resulten real y eficazmente garantizados, considera con indudable acierto, que la cuestión relativa a “la posibilidad de una dimisión previa, con posterior reclamación judicial de la indemnización (...)» «no es sólo una cuestión procedimental o accesoria sino que afecta decisivamente al *contenido del derecho*, tal como deriva de los caracteres que la doctrina constitucional le viene reconociendo». Conforme a ello y teniendo en cuenta que este contexto, “la única realidad relevante (...) radica en que no puede padecer el derecho fundamental...”, concluye reconociendo al trabajador el derecho de autotutela inmediata aunque en clave de opción respecto a la resolución judicial.

La importancia de la doctrina constitucional contenida en esta sentencia por su inapelable repercusión, como seguidamente se verá, en la adaptación de la formulación legal e interpretativa del art. 50 LET como vía de tutela antiacoso (moral, sexual o discriminatorio) y demás conductas atentatorias de derechos fundamentales del trabajador en el seno de la relación laboral, hacen conveniente un análisis jurídico-crítico más pormenorizado de la misma.

En efecto, las tesis de la sentencia 225/2002 va referida, como se ha dicho, ad casum al ámbito de la resolución indemnizada del contrato de trabajo de los profesionales de la información por afectación del derecho fundamental a la cláusula de conciencia regulado en art. 20.1.d) CE y la L.O. 2/1997 de 19 de junio¹³³³ específicamente para el supuesto en que el periodista es sujeto de una relación laboral, es decir un trabajador subordinado, pero como se ha dicho el fallo y la línea argumental que lo sustenta es de todo punto aplicable analógicamente al art. 50 LET en su dinámica como mecanismo de tutela antiacoso y otros derechos laborales fundamentales.

El derecho a la cláusula de conciencia ha sido y sigue siendo un derecho instrumental funcionalizado a preservar la independencia y la libertad de información del profesional frente a la empresa de comunicación que lo emplea

¹³³³ Si bien con anterioridad a su desarrollo legislativo ya había sido recepcionado por algunos códigos deontológicos profesionales, estatutos de redacción y convenios colectivos aplicables a empresas de comunicación, posibilidad ésta última que contaba con refrendo del Tribunal Constitucional. En este sentido se pronuncia expresamente en STC 8-11-1999 (RTC 199) que advierte que la “posibilidad de incorporación convencional de referencias a derechos fundamentales es admitida por nuestra jurisprudencia desde la STC 58\1985. Sobre esta regulación infralegal previa a la L.O. 2/1997, vid. RAMOS SIMÓN, L.F.: “Cláusula de conciencia: la iniciativa profesional sustituye al Parlamento”, *Revista de Ciencias de la Información*, n^o 9, 1994, pp. 133 y ss.; Calvo Gallego, J.: “La cláusula de conciencia de periodistas e informadores”, *RL*, n^o 13, 1995, pp. 37 y ss.

por lo que, conforme a esta finalidad, su contenido esencial se integra con facultad que se le otorga a su titular a “rescindir” la relación jurídico-laboral que le vincula al medio de comunicación con derecho a la indemnización que se hubiere pactado individual o convencionalmente, o, en su defecto la de despido improcedente, siempre que en aquél medio se produzca un cambio sustancial de orientación informativa (art. 2.1 LO 271997). La titularidad del derecho, el mecanismo de ejercicio y el procedimiento de invocación evidencian su similitud con la facultad reconocida al trabajador de resolución causal e indemnizada del contrato de trabajo regulada en el art. 50 LET, objeto de estudio, por lo que resulta conveniente abordar un análisis comparativo de ambos institutos, cuanto más habiéndose generado una trascendente doctrina constitucional que, además de contribuir a clarificar aspectos aún oscuros del régimen jurídico de la cláusula de conciencia, sobre todo en lo concerniente a los puntos críticos de su mecanismo de invocación, es sin duda trasladable para la reconstrucción del régimen de la figura de la dimisión provocada estatutaria en la clave garantista de derechos de la personalidad del trabajador que desde aquí se postula.

El derecho fundamental a la cláusula de conciencia de periodistas e informadores es en nuestro ordenamiento jurídico un derecho joven -frente a su mayor tradición en el derecho comparado¹³³⁴- y de perfiles no absolutamente definidos, por lo que, pese al tiempo transcurrido desde su normativización al máximo nivel - en lo que nuestro Derecho si ha sido pionero-, sigue suscitando, como se ha dicho, dudas acerca de aspectos básicos de su régimen jurídico, tales como su titularidad, contenido y forma de ejercicio en el marco de la relación laboral, cuestiones todas ellas que han sido atendidas por nuestra doctrina científica¹³³⁵, así como por la jurisprudencia constitucional,

¹³³⁴ En el ordenamiento francés, la actual regulación de la cláusula de conciencia se recoge en el art. 761-7 del Code du Travail de 1973 que recepciona la primitiva regulación contenida en la Ley de 29 de marzo de 1935; para un estudio del instituto en la doctrina gala, vid. DURAND, J.L.: “La clause de conscience des journalistes professionnels”, Droit Social, nº 3, 1994. Por lo que respecta al sistema italiano, este derecho fue en principio de construcción jurisprudencial para pasar después a reconocerse y regularse en los convenios colectivos nacionales del sector, siendo analizado entre otros autores por PEDRAZZIOLI, M.: “La clausola di coscienza a favore del giornalista e la sua evoluzione”, en Giurisprudenza Italiana, 1977, I y PERA, G.: “Sul caso di coscienza dei giornalisti”, en Massimario di Giurisprudenza del Lavoro, 1976. Sobre el contenido del derecho en otros ordenamientos, como el portugués y el austriaco, vid. CARRILLO, M.: La Cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas, Civitas, Madrid, 1993, pp. 150 y ss.

¹³³⁵ Para un estudio monográfico sobre el ejercicio del derecho a la cláusula de conciencia en la relación laboral, vid. MOLINA NAVARRETE, C.: Empresas de comunicación y cláusula de conciencia de los

siendo los que también aquí interesan al objeto de efectuar un análisis comparado de la cláusula y la dimisión provocada regulada en el art. 50 LET¹³³⁶.

En lo que concierne a la titularidad y el contenido de la cláusula de conciencia son dos aspectos, recíprocamente interconectados, que han sido tratados por el Tribunal Constitucional en su primera sentencia sobre la materia¹³³⁷. A este respecto, el TC ha puesto de relieve el carácter instrumental del derecho en relación con el también derecho fundamental a la libertad de información en su doble vertiente subjetiva e institucional, con lo que el “reconocimiento de la cláusula de conciencia al profesional en el ejercicio de su libertad de información no puede entenderse exclusivamente como un derecho particular de aquél, sino, al tiempo, como garantía de que a su través se preserva igualmente la satisfacción del carácter objetivo de dicha libertad, de su papel como pieza básica en el sistema democrático y de su finalidad como derecho a transmitir y recibir una información libre y plural”. Desde esa perspectiva constitucional es como ha de entenderse su contenido complejo – facultad del profesional de negarse a participar en la elaboración de informaciones contrarias a los principios éticos de la comunicación y su expresión más significativa, la facultad de solicitar la rescisión de la relación jurídico-laboral cuando en el medio de comunicación se produzca un cambio sustancial de orientación informativa o de línea ideológica-, así como su finalidad de garantía de la independencia del profesional en el desempeño de sus funciones.

Delimitado así el contenido y finalidad, la cuestión relativa a su titularidad se resuelve en el sentido de considerar incluidos en el ámbito subjetivo del derecho a la cláusula de conciencia a los profesionales que ostentan a su vez la titularidad de la libertad de información y la ejercen a través de la prensa como vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública, de modo que, aunque desde la óptica constitucional el TC considera

periodistas, Comares, Granada, 2000 y SEGALÉS FIDALGO, J.: La cláusula de conciencia del profesional de la información como sujeto de una relación laboral, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000. Con anterioridad a la L.O 2/1997, vid. CALVO GALLEGO, J.: Contrato de trabajo y libertad ideológica. Derechos fundamentales y organizaciones de tendencia, CES, Madrid, 1995.

¹³³⁶ La doctrina constitucional mencionada se contiene en las SSTC 8-11-1999 (RTC 199) y 9-12-2002 (RTC 225), únicas por el momento en materia de cláusula de conciencia.

¹³³⁷ STC 1999 8-11-1999 (RTC 199).

que no es posible elaborar un catálogo cerrado de categorías profesionales ni de funciones como criterio de legitimación para la invocación de la cláusula ante una eventual afectación del derecho, su delimitación subjetiva no puede hacerse con abstracción de las funciones que realice el trabajador en la empresa de comunicación, que deben estar ligadas a la finalidad que el ordenamiento le atribuye. En definitiva, pues, poniendo en relación la construcción del TC con los elementos objetivos incorporados a la LO 2/97, el sujeto titular del derecho y legitimado para su invocación no es el periodista *in genere*, sino específicamente un profesional de la información sujeto de una relación laboral que ejerza, a través de sus funciones habituales, la libertad de información en una empresa de comunicación¹³³⁸. Queda claro, pues, la identidad entre cláusula de conciencia y la dimisión provocada del art. 50 ET en el plano del ámbito subjetivo, ya que en ambos casos la legitimación para ejercitar facultad extintiva se reconoce a un trabajador subordinado, si bien en el primer caso a un trabajador cualificado por las funciones desempeñadas de transmisión de información y creación de opinión en el sector de las empresas de comunicación.

Sin embargo, aunque en este caso el TC no se detuvo en la forma de ejercicio del derecho fundamental, este aspecto específico, es decir, el protocolo de invocación de la cláusula – que es lo que interesa destacar aquí–, ha sido posteriormente abordado por la doctrina constitucional en la constructiva fundamentación jurídica de la ya mencionada sentencia 225/2002 de 9 de diciembre que resulta paradigmática en orden a definir la frontera entre ambos institutos extintivos, ya que con anterioridad a la L.O. 2/97 las normas convencionales, las resoluciones judiciales de suplicación y parte de la escasa doctrina iuslaboralista que hasta ese momento se preocupó de su tratamiento, recurrió explícita o implícitamente al esquema jurídico del art. 50 LET para la construcción del protocolo extintivo que integra el contenido esencial de la cláusula de conciencia¹³³⁹.

¹³³⁸ Vid. en este sentido, SEGALÉS FIDALGO, J.: “Notas sobre el primer pronunciamiento del TC en materia del derecho a la cláusula de conciencia de los profesionales de la información”, *Revista de Derecho Social*, nº 9, 2000, pp. 131-133.

¹³³⁹ Vid., CALVO GALLEGO, J.: “Sobre el modo de ejercicio de la cláusula de conciencia y otras cuestiones conexas”, *Aranzadi Social*, nº 20, febrero, 2003, pg. 25.

La posterior aprobación de la L.O 2/97 tampoco contribuyó a la distinción de las dos figuras, dado que el art. 2.1 de la Ley 2/1997 reconoce al periodista-trabajador, en caso de mutación sustancial de la línea editorial de la empresa en la que trabaje, la facultad de *solicitar* la “rescisión” de su relación jurídica con derecho a percibir la indemnización correspondiente al despido improcedente, en términos literales prácticamente idénticos a los utilizados por el art. 50 LET, lo que llevó a la doctrina de suplicación a trasladar automáticamente a aquél protocolo extintivo los mismos presupuestos inherentes, según reiterada jurisprudencia, al regulado por el precepto estatutario; esto es, su carácter judicial, naturaleza constitutiva de la sentencia y por tanto la exigencia de que la prestación laboral del periodista se mantenga en vigor hasta que recaiga sentencia firme estimatoria de la pretensión extintiva.

Esta interpretación estricta o literal de la cláusula de conciencia sostenida por los pronunciamientos de suplicación ¹³⁴⁰, con anterioridad a esta última resolución del TC al respecto, fue objeto de merecida crítica doctrinal que consideraba que la entronización de un mecanismo necesariamente judicial para su invocación choca abiertamente, no sólo con la tradición histórica y comparada de la formulación estrictamente dimisionaria e indemnizatoria de la cláusula de conciencia, sino también con la propia finalidad que la normativa aplicable le atribuye de preservar la independencia y garantizar la libertad de información del periodista, postulándose una interpretación histórica y a la vez evolutiva centrada en el reconocimiento al informador afectado de una doble posibilidad ante la lesión de su derecho: bien optar por la fórmula de la extinción judicial, o bien por la fórmula de autotutela directa de la dimisión acudiendo sólo a la vía jurisdiccional para la reclamación de la indemnización que no se le hiciera efectiva por parte del empleador ¹³⁴¹.

Es más, esta misma doctrina, a mayor abundamiento, cuestiona la pretendida identidad entre el art. 2.1 de la L.O. 2/97 y el art. 50 LET en el plano causal y lo hace sobre la base de la finalidad de la cláusula de conciencia,

¹³⁴⁰ Vid. STSJ Madrid 5-5-1998 (AS 1705).

¹³⁴¹ En este sentido, vid. SEGALÉS FIDALGO, J.: La cláusula de conciencia del profesional de la información..., cit., pp. 339 y ss. y del mismo autor “Notas sobre el primer pronunciamiento...”, cit., pg. 139.

entendiendo que si su propósito es compatibilizar la independencia del periodista con la libertad de información también reconocida a los medios de comunicación (STC 199/1999) y la libertad de empresa ex art. 38 CE predicable de éstos, el conflicto que la cláusula resuelve con la extinción indemnizada del contrato de trabajo del informador, no es compatible con aquél del que parte el precepto estatutario configurado por un incumplimiento contractual del empresario. La idea fuerza reside en que, mientras que en el marco normativo de la dimisión provocada (arts. 49.1.j) y 50 LET) el presupuesto es un previo incumplimiento contractual grave al que se anuda la extinción constitutiva a instancia del trabajador, en el art. 2.1 L.O 2/97 el presupuesto causal de la “rescisión” indemnizada del trabajador –el cambio de la línea editorial de la empresa de comunicación – no reviste los caracteres de incumplimiento, sino de un conflicto entre intereses legítimos y excluyentes del empleador –la libertad de información y de empresa- y del trabajador de la información – la libertad de información, también aquí, y su independencia- , un conflicto, por lo demás, de perfiles muy próximos al contemplado al establecerse la dimisión indemnizada (autotutela inmediata) de los arts. 40.1 y 41.3 LET – interés legítimo de la empresa a una medida modificativa por necesidades organizativas e interés legítimo del trabajador a la ruptura del contrato en virtud del perjuicio simple que aquélla le comporta –. Con ese argumento residente en la diversa concepción causal de la cláusula de conciencia y la dimisión provocada ex art. 50 LET, en la invocación de la primera, contrariamente a lo exigido en el segundo caso, habría que excluir el procedimiento de carácter “heterocompositivo”¹³⁴².

Sin embargo, esta línea argumental basada en la diferenciación en el plano causal de la cláusula de conciencia y la dimisión provocada no es, a mi juicio, definitiva. Afirmar que la primera figura no reposa en un escenario de incumplimiento es discutible, pues si bien no cabe duda de que en principio parte de un conflicto de intereses legítimos entre las partes de la relación

¹³⁴² Vid., esta argumentación en SEGALÉS FIDALGO, J.: “La extinción del contrato de trabajo por invocación de la cláusula de conciencia”, *Revista de Derecho Social*, nº 20, 2002, pp. 147-149. Estando de acuerdo con la diversidad que en el plano causal existe entre la cláusula de conciencia y la dimisión provocada, el autor, a mi juicio, incurre en una contradicción al afirmar que el periodista que no ostente la condición jurídica de trabajador podrá invocar la cláusula viabilizando la extinción a través del art. 1124 CC, que como se recordará regula la resolución de las obligaciones obligatorias **por incumplimiento**, por lo que, según su tesis de la inexistencia de este presupuesto en la cláusula de conciencia, haría inviable su aplicación.

laboral, la antijuridicidad deviene cuando el ejercicio de la facultad legítima de la empresa de comunicación –el cambio sustancial de orientación informativa o de línea ideológica- menoscaba el derecho a la libertad informativa del periodista, siendo entonces cuando puede hablarse ya de incumplimiento empresarial que justificaría la aplicación de la cláusula de conciencia. Bien mirado, este escenario es perfectamente equiparable al determinado por la primera apertura causal del art. 50 LET, que como se recordará está integrado por una modificación sustancial de condiciones de trabajo que produce un perjuicio a la formación profesional o menoscaba la dignidad del trabajador. Se trata por tanto de un supuesto en el que el empleador implanta una medida modificativa en el ejercicio, en principio, legítimo de sus poderes organizativos atendiendo a requerimientos de funcionamiento de la empresa, pero en el momento en que el ejercicio de esa potestad dotada de amparo legal (art. 41 ET) trae como consecuencia una vulneración de derechos del trabajador reconocidos en sede legal y con proyección constitucional es cuando queda integrado el incumplimiento tipificado en el art. 50 LET y se hace operativa la facultad resolutoria que en el precepto se regula.

Pero volviendo de nuevo al problema del procedimiento de ejercicio de la cláusula de conciencia, que es el que interesa ahora abordar en orden a un análisis comparado de la facultad resolutoria estatutaria, la doctrina constitucional referenciada¹³⁴³ viene a terciar en esta espinosa cuestión interpretativa con argumentos novedosos, esclarecedores y exportables al art. 50 LET. En efecto, el TC reconoce que aunque en el origen histórico de la cláusula de conciencia la posibilidad de una dimisión indemnizada directa del periodista resulta viable, el derecho es susceptible de ser dotado de un contenido variable, con lo que indirectamente, viene a admitir la posibilidad de una fórmula procedimental distinta a la dimisionaria, pero sin perjuicio de lo anterior y tras subrayar la interdependencia entre la cláusula de conciencia y la libertad de información, llega a una doble y relevante conclusión: por un lado, que una imposición legal de la resolución judicial constitutiva y en consecuencia una obligación ex lege del profesional de continuar en el desempeño de su puesto de trabajo hasta que recaiga sentencia – procedimiento por el que, recuérdese, opta en su formulación tradicional el art.

¹³⁴³ STC 9-12-2002, cit.

50 LET –, implica aceptar la vulneración del derecho fundamental que, aún transitoria, resulta constitucionalmente inadmisibles por afectación de su contenido esencial¹³⁴⁴; y por otro lado, y a modo de corolario del argumento anterior, que “los intereses constitucionalmente protegidos reclaman la viabilidad, aun no estando expresamente prevista en el art. 2.1 de la Ley Orgánica 2/1997, de una decisión unilateral del profesional de la información que extinga la relación jurídica con la posibilidad de reclamación posterior de la indemnización”, en uso de una garantía inhibitoria mínima que cabe deducir de un derecho fundamental.

Pese a todo, el TC no llega a cuestionar la constitucionalidad de la fórmula extintiva adoptada por la LO 2/97 tributaria de la dimisión provocada regulada en el art. 50 LET, como quizá hubiera cabido esperar a la luz de la argumentación sostenida, ni tampoco hace uso –como proponía el Ministerio Fiscal en su solicitud de concesión de amparo al actor – de las excepciones que la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a dicho precepto estatutario opone a la regla general de la continuidad de la prestación laboral hasta que recaiga la sentencia constitutiva que, como se ha dicho, exime al trabajador de esta obligación cuando concurren circunstancias excepcionales que hagan insoportable la convivencia laboral¹³⁴⁵, o cuando la continuidad atente contra la dignidad, la integridad personal o, en general, contra los derechos fundamentales del trabajador¹³⁴⁶. El TC, en efecto, obviando esos dos itinerarios, llega a una solución de compromiso consistente en admitir implícitamente que la cláusula de conciencia establece el mismo procedimiento extintivo de la dimisión provocada estatutaria, pero apreciando que se trata de un protocolo entorpecedor del ejercicio del derecho fundamental que se invoca autoriza la dimisión extrajudicial inmediata (derecho de autotutela inmediata) con el objeto de preservar el contenido esencial y finalidad del derecho a proteger.

Dicho en otras palabras, el TC avala la hipótesis interpretativa, ya anteriormente postulada por la doctrina, de que la L.O 2/97 ofrece implícitamente al periodista-trabajador un alternativa opcional entre la extinción

¹³⁴⁴ STC 9-12-2002, cit, F.j. 4º.

¹³⁴⁵ Vid. SSTS 26-11-1986 (RJ 6516); 18-7-1990 (RJ 6425); 23-4-1996 (RJ 3403).

¹³⁴⁶ STS 8-11-2000 (RJ 2001, 1419).

judicial –protocolo extintivo propio de la dimisión provocada ex art. 50 LET- y la unilateral dimisión directa e indemnizada, pudiendo optar potestativamente por la primera vía con el objeto de evitar el riesgo de que una eventual desestimación ulterior de la pretensión indemnizatoria, por no aportarse indicios suficientes de la conculcación del derecho, abocara en la gravosa pérdida del empleo sin reparación alguna, al entenderse extinguida previamente la relación de trabajo por desistimiento, peligro del que, por cierto, advierte expresamente el TC ¹³⁴⁷.

La contribución de esta doctrina constitucional a la definición de la figura de la cláusula de conciencia es, sin duda, encomiable, pero lo que aquí interesa poner de manifiesto y subrayar es su utilidad para resolver uno de los principales problemas que plantea la dimisión provocada, ahora en su formulación en el art. 50 LET, particularmente cuando su ejercicio trae causa en la vulneración por parte empresarial de derechos fundamentales del trabajador –cada vez más frecuentes en la práctica forense relativa al instituto resolutorio laboral– y, en particular, el derecho a la integridad moral ex art. 15 CE, que es el primariamente afectado en los supuestos de AMT. En efecto, si como sostiene el TC debe rechazarse, desde la perspectiva constitucional, la imposición de un único procedimiento extintivo judicial de naturaleza heterocompositiva que obligue al trabajador a mantener viva la relación laboral, forzando la prestación de trabajo, durante la tramitación del proceso en el que se ventile la vulneración de un derecho fundamental hasta que se dicte la sentencia constitutiva, ya que ello implica amparar, aunque sea transitoriamente, la lesión de dicho derecho por parte del empleador, y de ahí determina que hay que admitir, como vía potestativa, la dimisión directa indemnizada, esta misma solución debe ser aplicada analógica o extensivamente, sin matiz alguno, a los supuestos en que la resolución contractual a instancia del trabajador canalizada por el art. 50 LET esté

¹³⁴⁷ Vid., en este sentido, SEGALÉS FIDALGO, J.: La cláusula de conciencia..., cit. pp. 331-356 y posteriormente el mismo autor en “La extinción del contrato de trabajo por invocación de la cláusula de conciencia”, cit., pg. 157. No obstante, la fórmula que propone el autor, en caso de optar por la resolución judicial, de solicitar una suspensión cautelar de la relación laboral en orden a evitar que durante la sustanciación del proceso deba mantenerse la prestación de trabajo del informador, resulta técnicamente problemática dado el ámbito restrictivo que a las medidas cautelares otorga el art. 178 LPL en el marco del procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales.

casualizada en AMT o cualquier otro tipo de medidas o conductas empresariales conculcadoras de derechos fundamentales.

Dicho de otro modo, en estos supuestos la tradicional formulación legal y construcción jurisprudencial interpretativa del art. 50 LET, exigente de una resolución *ope iudicis*, probablemente válida cuando el incumplimiento empresarial afecta sin más a derechos de legalidad ordinaria, debe ser modalizada o, mejor, reconstruida cuando con el incumplimiento se vean implicados derechos fundamentales del trabajador en el sentido marcado por la doctrina constitucional comentada, esto es, admitiendo, en clave de opción, la posibilidad de dos vías de ejercicio de la facultad resolutoria: el protocolo judicial constitutivo (resolución judicial) y la vía alternativa de la dimisión indemnizada extrajudicial, por ser ésta última la mejor fórmula para garantizar el contenido esencial del derecho invocado o, parafraseando al TC, “para preservar concreta y efectivamente los intereses jurídicamente protegibles que dan vida a los derechos fundamentales que pueda invocar el trabajador”. La tesis jurisprudencial de las circunstancias excepcionales que justificarían la solución de la autotutela inmediata en el marco del art. 50 LET – por cierto interpretadas muy restrictivamente en la mayor parte de los casos – operarían como argumento de refuerzo de la que debe ser aquí la idea fuerza: estando en juego un derecho fundamental, el carácter del procedimiento resolutorio ha de supeditarse a los requerimientos de su tutela efectiva, por lo que éste “no puede desembocar en limitaciones que lo hagan impracticable, lo dificulten más allá de lo razonable o lo despojen de la necesaria protección”.

Desde este punto de vista, sólo si el trabajador desea evitar el riesgo de que una ulterior desestimación de su pretensión indemnizatoria, por no apreciarse la vulneración del derecho invocado que constituye del incumplimiento empresarial, pueda determinar una extinción contractual voluntaria pero no compensada o incluso un despido por faltas de asistencia, podría recurrir, alternativamente, al procedimiento judicial extintivo soportando, eso sí, la carga de mantener durante su tramitación la prestación de servicios – a salvo de una situación de IT por las daños psico-físicos que pueda haber causado el AMT –, ya que aun admitiendo la exportabilidad de las garantías procesales inherentes a la modalidad de tutela de derechos fundamentales (tesis integrativa), la posibilidad de solicitar como medida cautelar la

suspensión del contrato de trabajo ex art. 178 LPL, como se comentará después, encuentra importantes dificultades técnico-jurídicas a tenor de los términos restrictivos con los que se expresa el citado precepto de la Ley adjetiva ¹³⁴⁸.

Este es, en efecto, el enfoque y solución más adecuada, desde la perspectiva constitucional, al problema del carácter constitutivo de la sentencia que pone fin al procedimiento resolutorio en supuestos de AMT, puesto que lo que se ventila en el proceso resolutorio en tal caso es la protección de derechos fundamentales que, sin duda, como ha puesto de relieve la doctrina de suplicación, mantienen la misma, sino mayor importancia, que la cláusula de conciencia y el derecho a la libre información, cual es aquí el derecho a la integridad física, psíquica y moral ex art. 15 CE comprometidos con el AMT¹³⁴⁹. Es decir, la relevante doctrina sentada por esta sentencia, que acertadamente la doctrina ha calificado de “interpretativa”, esto es, orientada a salvar la constitucionalidad de una norma legal a través de su reorientación o reinterpretación de su sentido literal o de las construcciones tradicionalmente afirmadas sobre tal tenor literal, cuando ello venga exigido por la efectividad de la tutela del derecho fundamental¹³⁵⁰, debe entenderse absolutamente aplicable a los supuestos de dimisión provocada causalizada en AMT, con el objeto de depurar constitucionalmente el art. 50 LET concediendo al trabajador la opción entre la resolución judicial y la extrajudicial del contrato de trabajo mediante la paralización inmediata de la prestación laboral. Así lo ha entendido alguna doctrina de suplicación que la recepciona admitiendo la interrupción o cese anticipado de la prestación de trabajo del trabajador sometido a acoso, sin que ello afecte a la pervivencia del contrato a efectos de su ulterior extinción a causa del ilícito laboral¹³⁵¹.

¹³⁴⁸ En efecto, el art. 178 LPL supedita la solicitud de la suspensión cautelar de los efectos del acto impugnado cuando se trate de presuntas lesiones que impidan la presentación de candidatos o el ejercicio de funciones de representación legal o sindical en la negociación colectiva, en reestructuraciones de plantilla u otras cuestiones trascendentales que afecten al interés general de los trabajadores, circunstancias que normalmente no concurren en los supuestos de dimisión provocada.

¹³⁴⁹ En este sentido, expresamente, STSJ Cataluña 10-2-2003 (AS 2353), FJ. 5^a y STSJ Madrid 21-1-2008 (AS 947).

¹³⁵⁰ MOLINA NAVARRETE, C.: “La compatibilidad de indemnizaciones por acoso moral cuando el trabajador resuelve su contrato: una cuestión aún pendiente de unificación de doctrina”, cit., pg. 152.

¹³⁵¹ SSTSJ Cataluña 10-2-2003 (AS 2353), 27-5-2005 (AS 1907); STSJ Asturias 20-06-2003 (AS 3811) y STSJ Madrid 21-1-2008, cit. La STSJ Cataluña 20-06-2005 (AS 1606) condiciona, no obstante, el derecho de autotutela inmediata a la atención de los requerimientos de la “buena fe” que exigiría la comunicación a la empresa. del abandono del puesto.

Sin embargo, siendo la opción de la dimisión directa (autotutela inmediata) la mejor solución desde la lógica constitucional de protección de los derechos de la personalidad del trabajador, no está exenta de problemas técnicos y aplicativos, amén de engendrar una preocupante margen de inseguridad jurídica, como advierte la propia doctrina del TC y evidencia la práctica forense. El trabajador, en efecto, se ve obligado a valorar apriorística y subjetivamente las circunstancias atentatorias contra su dignidad y su derecho a la integridad personal que justificarían su abandono unilateral del puesto de trabajo previo a la resolución judicial constitutiva, quedando así sumido en la incertidumbre de cuál sea el criterio del juzgador en la ponderación de la conducta empresarial (AMT vertical) o del trabajador (AMT horizontal).

Las hipótesis que a partir de ahí se abren plantean diversos puntos críticos. Así, por un lado, si el juzgador de instancia estima su demanda extintiva por entender que ha existido el acoso, que, además, justificaría el cese anticipado de la prestación, se abre el interrogante de cuál debe ser la calificación jurídica que haya de darse al periodo de cese de la prestación laboral previo a la sentencia firme. En este caso, el trabajador puede enfrentarse a la gravosa situación de perder el derecho a la contraprestación salarial y a la protección del sistema de Seguridad Social durante el periodo de inactividad laboral, salvo que el juzgador opte por su consideración como mera interrupción, que no suspensión, del contrato de trabajo. Pero cabe también, por otro lado la hipótesis de que la sentencia firme desestime la pretensión extintiva considerando no probado el acoso, y aquí se abre el peor de los escenarios posibles, puesto que no habiendo conducta acosadora que sustente las excepciones a la obligación de continuidad de la prestación, la inactividad del trabajador no estará justificada y el juzgador, en consecuencia, quedaría abocado a calificar la ausencia del trabajador como abandono, dimisión o causa de despido disciplinario por faltas de asistencia injustificadas, siendo cualquiera de ellas la causa de la extinción contractual, sin que tenga entonces cabida la ulterior resolución indemnizada de un vínculo previamente extinto por dichas causas, pese a que pueda haber materia suficiente para integrar un incumplimiento empresarial diverso al acoso que justificara la extinción; la

secuencia abocaría, en fin, en la pérdida del empleo del trabajador sin compensación económica alguna¹³⁵².

El problema interpretativo que suscita la primera hipótesis planteada – estimación de la pretensión extintiva –, es, como se ha apuntado, el de calificación jurídica del periodo de cese de la prestación laboral previo a la sentencia constitutiva que es la que determina la extinción contractual. Podría apelarse a una suspensión del contrato, como ha asumido algún pronunciamiento de suplicación¹³⁵³, aunque ya se ha dicho que no es una solución satisfactoria por desproveer al trabajador de la renta salarial y de protección social durante la sustanciación del proceso y de los eventuales recursos que se planteen. Por lo demás, subyace el problema técnico de la ausencia de apertura causal dentro del listado legal de causas de suspensión contractuales (ex art. 45.1 LET) en la que pudiera subsumirse el ATM, además del carácter tasado de las mismas que determinan el derecho del trabajador a la percepción de las prestaciones por desempleo. En estado de cosas, sólo cabría apelar a una previsión expresa, *lege ferenda*, de una causa suspensiva específica relativa a los supuestos de indicios razonables de acoso del trabajador, equiparable a la establecida en el art. 45. n) LET para los supuestos de violencia de género¹³⁵⁴

Como alternativa a la suspensión, una figura más acorde con los intereses del trabajador afectado sería la interrupción de la prestación imputable a la empresa (ex art. 30 LET), ya que salvaguardaría al menos sus derechos económicos. Esta última solución postulada por alguna doctrina¹³⁵⁵, viene siendo rechazada con carácter general por el TS en relación con el art. 50 LET desde tiempo atrás, al entender que el cese de la actividad laboral responde a la voluntad del trabajador y no a un impedimento empresarial¹³⁵⁶. En todo caso,

¹³⁵² Problemas que desde tiempo atrás viene apuntando la doctrina; vid, en este sentido, GONZALEZ DE PATTO, R.M.: “La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador casualizada en mobbing”, cit., pg. 171.

¹³⁵³ STSJ Cataluña 10-02-2003 (AS 23 53), en la que el proceso se desarrolla y el fallo estimatorio recae en periodo de excedencia voluntaria solicitada por la trabajadora inmediatamente antes de la formulación de la acción resolutoria.

¹³⁵⁴ En este sentido, NAVARRO NIETO, F.: Acoso moral..., cit., pg. 179.

¹³⁵⁵ FERNANDEZ COSTALES, J.: La imposibilidad de la prestación de servicios del trabajador por causas imputables al empresario, Secretariado Publicaciones, Universidad de León, 2003, pg. 125; GARCÍA RODRIGUEZ, B. y MARTINEZ MORENO, C.: “La tutela jurisdiccional frente al acoso laboral. Una aproximación al estado de la cuestión”, en Acoso Moral en el Trabajo (Correa Carrasco, coord.), Thomson-Aranzadi, 2006, pg. 223.

¹³⁵⁶ STS 27-11-1989 (RJ 8265).

la principal carencia de estas soluciones interpretativas es que ambas operarían sobre la base de meros indicios de acoso, por lo que adoptadas las medidas -suspensión o interrupción de la prestación – unilateralmente por el trabajador quedarían carentes de fundamento en caso de no apreciarse el acoso en sede judicial.

4.1.2 Las medidas cautelares

Desde la premisa de la argumentación anterior y con el objeto de conjurar los riesgos e inconvenientes señalados, además de atender a los requerimientos de la doctrina constitucional de la autotutela inmediata en relación con la protección del derecho fundamental invocado como criterio imperante respecto al procedimiento extintivo, quizá lo más conveniente sería optar por el protocolo judicial si bien recabándose del juez de instancia – sobre la base de los indicios del ilícito que se aportan en la demanda – la adopción de medidas cautelares durante la sustanciación del procedimiento que podrían comprender las mencionadas suspensión o interrupción de la prestación, o incluso obligaciones de hacer para la empresa - en particular en casos de acoso horizontal – cuáles serían la adopción de medidas organizativas que contribuyan al cese del acoso o a mitigar sus efectos: cambio de puesto de trabajo, movilidad geográfica, o suspensión de la relación laboral del trabajador al que se le imputa la autoría del acoso.

Pero tampoco esta solución hermenéutica está exenta de dificultades técnicas y aplicativas, cualquiera que sea el fundamento jurídico- procesal que se postule. Por un lado, la bien conocida anomia en materia de justicia cautelar de nuestra LPL obliga a postular, bien la aplicación supletoria del art. 727.7 u 11 LPL en demanda, respectivamente, de suspensión de las medidas constitutivas del acoso denunciado o de la exoneración provisional del cumplimiento de la obligación de prestación de trabajo¹³⁵⁷, o bien la aplicación

¹³⁵⁷ En este sentido, vid. ARAMENDI SÁNCHEZ, P.: “Acoso Moral: su tipificación jurídica y su tutela judicial”, Cuadernos AS, nº2, Abril, 2002, pp. 71-73; GONZALEZ DE PATTO, R.M.: “La resolución del contrato a instancia del trabajador casualizada en mobbing”, cit. pg. 172. En contra, Auto TSJ Cantabria 12-1-2006 (JUR 41353) que rechaza la solicitud de cautela al entender que el objeto de la pretensión –la

de las previsiones sobre suspensión cautelar del acto lesivo impugnado del art. 178.1 LPL –con fundamento en la tesis integrativa de las garantías procesales y su exportación a los procedimientos extintivos previstos en el art. 182 LPL–¹³⁵⁸. Sin embargo, ambas soluciones interpretativas plantean dificultades de orden técnico-jurídico, aunque existen sólidos argumentos favorables a la implementación de la institución cautelar en cualquiera de los casos.

En cuanto a la primera solución, la doctrina procesalista salva mayoritariamente el escollo de la naturaleza constitutiva de la sentencia conviniendo que la cautela ex art. 727 LEC es viable no sólo para sentencias de condena, sino también para las declarativas y constitutivas, por cuanto la institución cautelar no persigue sólo asegurar la ejecución de la sentencia, sino además su plena efectividad (art. 726.1 LEC)¹³⁵⁹. Conforme a ello y teniendo en cuenta los particulares perfiles de la acción resolutoria fundada en AMT, se trataría de recabar medidas innovativas o anticipatorias de los efectos de un ulterior fallo estimatorio favorable al trabajador, teniendo en cuenta, además, que en estos casos la duración del proceso puede producir perjuicios que resten efectividad a la sentencia¹³⁶⁰. Como argumento de refuerzo de esta tesis debe traerse a colación la doctrina constitucional acerca del instituto cautelar¹³⁶¹ – de inapelable aplicación en los supuestos de AMT -, según la cual las medidas cautelares forman parte del contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y, por consiguiente, deben ser adoptadas por el juzgador cuando estime que la duración del proceso puede provocar daños de imposible o difícil reparación, así como en caso de que se

extinción indemnizada – no se vería dificultada por razones inherentes al proceso o en vía de recurso, que es la finalidad concreta de las medidas precautorias ex art. 726.1.

¹³⁵⁸ En defensa de esta tesis, vid. MOLINA NAVARRETE, C.: La tutela judicial frente al acoso moral en el trabajo, cit., pg. 16 y NAVARRO NIETO, F.: La tutela jurídica ..., cit., pg. 183..

¹³⁵⁹ Vid. en este sentido, con carácter general, MONTERO AROCA J.: Introducción al proceso laboral, Marcial Pons, 2000, pp. 444-445; BLASCO PELLICER, A.: “Proceso laboral y efectividad judicial, RDS, nº 12, 2000, pg. 65; ARAMENDI SANCHEZ, P., op. cit., pg. 17.

¹³⁶⁰ En contraposición a las medidas cautelares meramente conservativas, que tienden a mantener inalterado el estado de cosas previo al proceso, están las innovativas o anticipatorias, que modifican tal estado precisamente para adelantar algunos de los efectos de la futura sentencia cuando ello sea el único modo de asegurar la efectividad del fallo del proceso. En este sentido, vid. BLASCO PELLICER, A., op. cit., pg. 66, que con acierto afirma que de lo contrario se privaría de utilidad práctica al precepto (art. 727, 11^a LEC) ya que las medidas cautelares sirven en gran medida a supuestos en que la solución fáctica ha quedado alterada por la actitud de una de las partes.

¹³⁶¹ STC 14/92 de 10-2.

tenga la certeza o la fundada sospecha de que su denegación supondrá el quebranto de la tutela judicial a la que el demandante pueda tener derecho¹³⁶².

En lo concerniente a la segunda vía de implementación de medidas cautelares, resulta, así mismo, técnicamente problemática por dos órdenes de razones. En primer lugar, la complejidad inherente al comportamiento de acoso, si de lo que se trata es que sea éste el acto a suspender, en lugar de que lo sea – como sería lo más indicado – la relación laboral; y en segundo lugar, el ámbito restrictivo que a la medida de suspensión cautelar le otorga el art. 178.1 LPL en el marco del procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales, salvo que, interpretado evolutivamente, se entienda que tal cautela –la suspensión de la prestación laboral en AMT– es una “cuestión trascendental que afecta al interés general de los trabajadores” cuya omisión puede “causar daños de imposible reparación”, circunstancias que fácilmente son predicables en los supuestos de AMT.

Sin embargo la doctrina de suplicación, con alguna contada excepción¹³⁶³, se muestra reacia a recepcionar esta línea argumental, mayoritaria en la doctrina científica acogiendo a una rigorista interpretación funcional del instituto cautelar en el marco del procedimiento resolutorio, según la cual el objeto de la pretensión: la extinción contractual indemnizada, no se vería impedida o dificultada durante la pendencia del proceso ni con un eventual recurso¹³⁶⁴; es decir, se hace prevalecer, en mi opinión reprochablemente, un aspecto puramente formalista, cual es la finalidad procesal de la institución cautelar, en detrimento de otro de orden material y mayor calado: el servicio a la lógica que, desde la perspectiva constitucional, debe primar en el marco de la resolución contractual en la que se ventile la protección de derechos fundamentales que, como ha dicho el TC, es conjurar “las limitaciones que lo hagan impracticable, lo dificulten más allá de lo razonable o lo despojen de efectiva protección”¹³⁶⁵. Desde esta perspectiva, a este fin, precisamente, es al que van orientadas las medidas cautelares de

¹³⁶² Vid. GONZALEZ DE PATTO, R.M.: “La resolución del contrato a instancia del trabajador..”, cit., pg. 172.

¹³⁶³ STSJ Cataluña 10-02-2003 (AS 23 53), con suspensión cautelar de la relación laboral; Auto JS nº 4 Sevilla 1-8-2002 (AS 3025), con medidas cautelares de alejamiento de la trabajadora del supuesto acosador mediante un traslado provisional de centro de trabajo por la vía del art. 727.11 LEC.

¹³⁶⁴ Auto STSJ Cantabria 12-1-2006 (JUR 41353)

¹³⁶⁵ STC 225/2002, cit.

suspensión de la relación laboral o, mejor, la sola interrupción de la prestación de trabajo del demandante de resolución por acoso. Por lo demás, las medidas cautelares correspondería adoptarlas al inicio del proceso en base a la mera aportación de indicios o principios de prueba del acoso, requisito que debiera entenderse cumplido a base de todas las circunstancias contenidas en el relato fáctico de la demanda resolutoria del trabajador que, ponderadas por el juzgador de instancia, le lleven a formarse un juicio positivo acerca de su probabilidad y verosimilitud¹³⁶⁶.

4.1.2 La ejecución provisional de la sentencia estimatoria

Una vez obtenida en instancia una resolución estimatoria de la pretensión extintiva por AMT, la exigencia del mantenimiento de la relación durante la tramitación del recurso de suplicación que pudiera formular la empresa tiene, si cabe, menor sentido¹³⁶⁷, más aún tratándose de supuestos de AMT que el juzgador de instancia considera acreditados. En este estadio del proceso, quizá mejor que la medida cautelar, la solución más efectiva para que el trabajador quede liberado de la obligación de continuidad de la prestación laboral sería la ejecución provisional de la sentencia definitiva en espera de su firmeza. Desde tiempo atrás la doctrina viene explorando soluciones interpretativas en la materia en relación con el AMT acudiendo a las previsiones de la LEC (arts. 524 y ss), aun con dudas dada la dificultad de conjugar el carácter constitutivo de la sentencia y la previsión del art. 521.1 LEC que limita la ejecución provisional a las sentencias de condena, excluyendo a las declarativas y constitutivas¹³⁶⁸.

En efecto, ante la ausencia de previsión específica alguna en la LPL, al amparo de la remisión efectuada a la LEC por parte del art. 303 LPL – según el cual “las sentencias favorables al trabajador o beneficiario que no puedan ser

¹³⁶⁶ En este sentido, NAVARRO NIETO, F.: La tutela jurídica del acoso moral laboral, cit., pg. 150.

¹³⁶⁷ La doctrina ha señalado con carácter general para el procedimiento resolutorio, en efecto, que en este estadio del proceso carecería de sentido la pervivencia de la relación laboral, toda vez que la situación que se decide queda fijada en el momento de la sentencia de instancia, de modo que el requisito de pervivencia de la relación no tendría que extenderse al momento de la resolución del recurso de suplicación; vid. en este sentido, RODRIGUEZ-PIÑERO/FERNANDEZ LOPEZ: La voluntad del trabajador..., cit., pg.213.

¹³⁶⁸ Vid. ARAMENDI SANCHEZ, P.: “Acoso moral...”, cit., pp. 71-73; GONZALEZ DE PATTO, R.M.: “La resolución del contrato...”, cit. pg. 173; SERRANO OLIVARES, R.: El acoso moral..., cit., pg. 192-193; GIMENO LAHOZ, R.: La presión laboral tendenciosa..., cit., pg. 241.

ejecutadas provisionalmente conforme a esta Ley podrán serlo en la forma y condiciones establecidas en la legislación procesal civil” -, una de las posibles vías para la ejecución de la sentencia que estime en instancia la resolución contractual por AMT es la aplicación del régimen de la ejecución provisional civil ex arts. 524 y ss LEC. No obstante queda el ya citado escollo representado por el art. 521 LEC que restringe considerablemente el ámbito de las resoluciones ejecutables dejando al margen las declarativas y constitutivas, carácter que ostenta la que resuelve el procedimiento resolutorio. Conforme a esta restricción, la doctrina ha señalado que, puesto que la sentencia ex art. 50 LET tiene un contenido mixto, en este caso sólo podría recabarse la ejecución de los pronunciamientos de condena contenidos en la sentencia al amparo del art. 521.3 LEC – señaladamente la condena al pago de la indemnización -, pero la misma solución resulta muy forzada respecto al pronunciamiento constitutivo de extinción de la relación laboral, que es la que ahora interesa cara a fundamentar el cese de la prestación de trabajo del trabajador víctima de AMT¹³⁶⁹. Algunos autores, no obstante, apelan al argumento de que el pronunciamiento constitutivo de la sentencia también comprende un contenido de condena que lleva aparejado obligaciones de hacer y no hacer para las partes, señaladamente aquí el cese de sus obligaciones recíprocas, lo que para el trabajador implica el cese de la prestación de servicios que, desde este enfoque, sería ejecutable¹³⁷⁰. Con todo, bajo mi punto de vista, resulta un fundamento excesivamente forzado probablemente porque, como se ha advertido, la óptica de la ejecución provisional de la LEC no termina de encajar en el esquema del art. 50 LET, máxime cuando sea la vía utilizada para extinguir el contrato frente a vulneración de derechos fundamentales¹³⁷¹.

Por esta razón, quizá el mejor fundamento para despachar la ejecución provisional de la sentencia de instancia estimatoria de la extinción contractual por AMT, con suspensión de la relación laboral mientras se sustancie el recurso, haya que buscarlo en el art. 301 LPL que, como se sabe, prevé la

¹³⁶⁹ GIMENO LAHOZ, R., op. cit., pg. 241, que subraya que aparte de la dificultad de compatimentalizar la ejecución diversificando los pronunciamientos, está la poca utilidad práctica que el adelanto de la indemnización supone a la víctima de AMT –máxime si ser firme la sentencia-, frente a la ventaja que le reporta la anticipación de la ruptura de la relación laboral y con ella quedar eximido de su obligación de trabajo.

¹³⁷⁰ En este sentido, ARAMENDI SÁNCHEZ, P., op. cit., pg.75 y NAVARRO NIETO, F.: La tutela jurídica frente al acoso...”, cit., pg. 196.

¹³⁷¹ GIMENO LAHOZ, R., op. cit., pg. 241.

ejecución provisional de las sentencias recaídas en la modalidad procesal de tutela; una ejecutividad inmediata que sería predicable también de la sentencia estimatoria recaída en el procedimiento extintivo ex art. 50 LET, en virtud de la doctrina constitucional de la exportación de las garantías procesales de la modalidad de tutela a los restantes procedimientos en que se ventile la vulneración de derechos fundamentales por el reenvío del art. 182 LPL – tesis integrativa - ¹³⁷².

Pues bien, pese a la solidez de los argumentos que sustentan la tesis favorable a la ejecución provisional de la sentencia definitiva estimatoria de la extinción contractual –particularmente con fundamento en el art. 301 LPL- la doctrina judicial se sigue mostrando remisa a la aplicación de una institución como ésta al AMT, pese a su intensa vinculación a la tutela judicial efectiva, con algunas excepciones que, por lo demás, adolecen en ciertos casos de excesiva ambigüedad¹³⁷³.

Por lo demás, a las ventajas que reporta la ejecución provisional de la sentencia resolutoria de instancia en estos casos en orden a la tutela de los derechos comprometidos por el incumplimiento empresarial, se agrega el beneficio de procurar al trabajador el cese de la prestación de trabajo en el ambiente hostil y vejatorio creado por el acoso, sino que al implicar un anticipo de la extinción de la relación laboral podría comportar el nacimiento del derecho a la protección por desempleo hasta que recaiga sentencia firme. Así las cosas, la cuestión a resolver reside en determinar si la sentencia definitiva es título suficiente para acreditar la situación legal de desempleo o, si por el contrario, habría que esperar a su firmeza para entender constituida dicha situación a la que se vinculan las prestaciones. El problema interpretativo debe abordarse, además, desde los ambiguos y nada concluyentes términos de dos normas concordantes: el art. 208.1.e) TRLGSS establece, por un lado, que la situación legal que desempleo se produce cuando la relación laboral se extingue por resolución voluntaria por parte del trabajador, en los supuestos

¹³⁷² GIMENO LAHOZ, *ibídem*, pg. 243; SERRANO OLIVARES, R.: El acoso moral..., cit., pg. 193. Algún pronunciamiento de instancia se ha pronunciado en este sentido, vid. SJS Barcelona 16-12-2002

¹³⁷³ Vid. STSJ Castilla-La Mancha 9-3-1999 (AS 1318), para un supuesto de AMT, que llega a la solución que se postula, aunque sin aportar ninguna fundamentación jurídica: “una vez declarada en la instancia la resolución contractual y en tanto gana firmeza, dicha resolución despliega sus efectos jurídicos aunque sea con carácter provisional, constituyendo una suspensión de la relación laboral que afecta tanto a la obligación de realizar la prestación laboral como al abono del salario”.

previstos en los arts. 40, 41.3 y 50 de la LET; por su parte, RD 625/1985, de 2 de abril (art. 1.1 i)] especifica que la situación de desempleo se acreditará por *resolución judicial definitiva* declarando extinguida la relación laboral por alguna de las causas previstas en el art. 50.1 LET.

Autorizada doctrina se muestra favorable a aceptar la primera solución respecto a la resolución ex art. 50 LET, si bien se precisa que, pese a la literalidad del precepto reglamentario, la sentencia definitiva no basta para la acreditación de la situación legal de desempleo, debiendo acompañarse de la prueba de que el trabajador ha optado materialmente por el cese de la prestación¹³⁷⁴, coincidiendo, así, con la línea de tendencia mayoritaria en la doctrina de suplicación, que se ampara en el silencio del art. 1.1 RD 625/85 respecto a una eventual exigencia de firmeza de la resolución judicial para llegar a la misma solución¹³⁷⁵. Por el contrario, la jurisprudencia del TS ha sufrido un significativo giro, desde una primera etapa en que se decantó por la tesis favorable a una interpretación extensiva del bloque normativo de referencia que avalaba la suficiencia de la sentencia definitiva del procedimiento resolutorio a efectos del nacimiento del derecho al desempleo¹³⁷⁶, para después pasar a exigir la firmeza del pronunciamiento a tal efecto, apelando a que el lapso temporal entre la sentencia definitiva y la firme es un periodo de plena pervivencia del vínculo contractual¹³⁷⁷. No obstante, esta postura del TS, consecuente, por lo demás, con su arraigada doctrina acerca del alcance del carácter constitutivo de la sentencia resolutoria y la consecuente regla general de la necesaria continuidad de la prestación laboral,

¹³⁷⁴ En este sentido, DESDENTADO BONETE, A. y MERCADER UGUINA, J.: El desempleo como situación protegida, Cívitas, 1996, pg.88-89. En el mismo sentido, STSJ Madrid 6-9-1995 (AS 3302) que precisa que la situación legal de desempleo se produce en el momento en que, en virtud del art. 50, el trabajador deja de prestar servicios en la empresa, sea o no coincidente con aquel en que recae la sentencia definitiva, por lo que no podrá determinarse a priori; de este modo advierte que “la exigencia de la sentencia definitiva es una forma de acreditar la situación legal de desempleo, pero no es constitutiva de dicha situación”.

¹³⁷⁵ Vid., entre otras, SS. TSJ La Rioja 2-9-1995 (AS 3205); TSJ Cataluña 4-2-1997 (AS 726). Em contra, exigiendo la firmeza de la sentencia STSJ Comunidad Valenciana 7-6-2000 (AS 4345)

¹³⁷⁶ Vid. STS 14-7-1997 (RJ 6663) en la que tras advertir de que el art. 1.1 del RD 625/85 no contiene ninguna especificación que reduzca o limite el concepto de situación legal de desempleo proclamado por el art. 208.1 e) de la LGSS, sino que únicamente pretende especificar cuáles son las formas de acreditar la existencia de dicha situación, concluye que el citado precepto reglamentario “ha de ser necesariamente interpretado de forma extensiva, de modo que el mismo se aplique, por vía analógica, a las conciliaciones administrativas o judiciales acordadas en los casos de resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador basada en el art. 50 LET”, de lo que cabe inferir que, si cabe con mayores razones, será aplicable a la sentencia de instancia recaída en el proceso.

¹³⁷⁷ Vid. STS 8-11-2000 (RJ 2001, 1419)

no entra en la consideración de que se despache la ejecución provisional de la sentencia definitiva, en los términos analizados, que comportaría el anticipo de la extinción de la relación laboral y el cese de las prestaciones recíprocas, cumpliéndose así, los presupuestos establecidos por los arts. 208.1 LGSS y 1.1 RD 225/85.

Vistos los problemas interpretativos que plantea la implementación tanto de medidas cautelares, cuanto de la ejecución provisional de sentencia en el procedimiento resolutorio sustanciado a resultas de una demanda por AMT y constatadas las ventajas que ambas soluciones reportan al trabajador-víctima, desde tiempo atrás se ha postulado una previsión específica, lege ferenda, a este respecto en la LPL para su aplicación, en los procedimientos vehiculares de acciones de extinción del contrato en donde, como en el AMT, se ventile la tutela de derechos fundamentales¹³⁷⁸.

4.2 La legitimación pasiva en el procedimiento resolutorio. Especial referencia al acoso horizontal

La acción resolutoria entronca en esencia, como se sabe, en un incumplimiento empresarial justificativo de la extinción contractual y éste es el lo que se ventila en el procedimiento resolutorio al que remite implícitamente el art. 50 LET. De este modo cuando la acción extintiva se funde en AMT la legitimación pasiva del empleador en el proceso es incuestionable, cuando se trate de un acoso vertical, es decir, cuando el agente del acoso sea el propio empresario. Dense aquí por reproducidos los argumentos esgrimidos en el epígrafe anterior que a modo de conclusión se resumen en que siendo el empresario el autor material del acoso es el responsable directo de la afectación de los derechos que éste compromete y ello constituye el incumplimiento empresarial integrador de la institución resolutoria y presupuesto de la facultad extintiva que reconoce al trabajador.

En los supuestos de acoso horizontal, aunque el empleador no sea el autor del acoso ni el responsable principal de sus consecuencias, se mantiene su legitimación pasiva en el procedimiento resolutorio, dado que en este caso

¹³⁷⁸ En este sentido, GONZALEZ DE PATTO, R.M: “La resolución del contrato de trabajo...”, cit., pg. 173.

incurre igualmente, como se adelantó, en un incumplimiento empresarial grave que además lo será por actos propios -no de los ajenos del acosador-: la omisión o falta de la diligencia debida en el cumplimiento de sus deberes – legales y contractuales – de protección del trabajador frente a actos lesivos de su dignidad y, en particular, frente al acoso (art. 4.2.e) LET) y frente a actos real o potencialmente lesivos de su salud (arts. 19 LET y 14 LPRL) y sus correlativos derechos constitucionales ex arts. 10, 15 y 43 CE. Es, por tanto, responsable, si se quiere indirecto del acoso, pero lo es directo de sus consecuencias lesivas (de derechos) y dañosas, de modo que su responsabilidad será, como se ha dicho, prioritariamente contractual (art. 1101 CC), mientras que la responsabilidad extracontractual (art. 1903.4 CC) debería quedar exclusivamente, en mi opinión, como vía de imputación de responsabilidad al titular de una empresa ajena a la víctima por el acoso realizado por uno de sus empleados (piénsese, p.e. en supuestos de contrataciones de trabajadores por ETT)¹³⁷⁹

Otro debe ser el enfoque cuando se trate de la legitimación pasiva del trabajador acosador en el acoso horizontal. En este sentido, no puede perderse de vista que en la dimisión provocada ex art. 50 LET lo que se ventila, prima facie, es un incumplimiento empresarial y las pretensiones que sustentan la acción resolutoria son la extinción contractual y la indemnización vinculada al incumplimiento empresarial. En este marco inherente a la configuración legal

¹³⁷⁹ Hoy ya parece ir superandose la desenfocada corriente doctrinal que apela a la vía extracontractual para la exigencia de responsabilidad al empresario en el acoso horizontal; vid. en este sentido, para el acoso sexual SSTSJ Galicia 23-07-1994 (rec. 5417/92); 17-02-1995 (rec. 4354/94), 20-01-1995 (rec. 4522/1994); STSJ Extremadura 29-04-1998 (rec. 159/98). No obstante sigue habiendo sentencias recientes que siguen apelando en supuestos de acoso moral a la dualidad de responsabilidades del empleador: contractual y extracontractual, vid. en este sentido, STSJ Aragón 30-6-2003, AS 2227 y la más reciente STC 74/2007, 16 de abril (RTC 2007, 74) que respecto de la extensión de responsabilidad a la empresa, deja abierta la opción obiter dicta entre la contractual por incumplimiento de las obligaciones genéricas de prevención de riesgos laborales o extracontractual, derivada de la responsabilidad por actos de sus dependientes del art. 1903 CC, aunque sin decantarse por alguna de las alternativas por no tratarse de una cuestión de su competencia, sino del juzgador de instancia: “no correspondiendo a este Tribunal enjuiciar, en términos de legalidad ordinaria, la posible extensión de responsabilidad a la empresa ya sea por infracción de su deber de prevención previsto en la legislación laboral o, mediante la aplicación del art. 1903 del Código civil (LEG 1889, 27) (CC), por la existencia de culpa in vigilando o in eligendo...” En la doctrina mayoritaria prevalece la naturaleza contractual de la responsabilidad empresarial en AMT horizontal, vid. ALTES TARREGA, J.A.: El acoso del trabajador en la empresa, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pg. 83. Para SERRANO OLIVARES destaca la prevalencia de los deberes preventivos de la LPRL y por ello entiende que la responsabilidad del empresario frente a los acosos entre trabajadores es contractual y no la derivada del art. 1903.4 CC (RCL 1994, 1825); vid. SERRANO OLIVARES, R.: «La indemnización por los daños y perjuicios derivados del acoso moral: una lectura constitucionalmente orientada de la responsabilidad civil por daños» en PUMAR BELTRÁN, N. (Coord.) (2006): La responsabilidad laboral del empresario: siniestralidad laboral, Albacete, Bomarzo, pgs. 292 y 293.

del instituto resolutorio laboral, hay que plantearse si la legitimación pasiva en el proceso puede o debe comprender, además de al empresario, al trabajador autor del acoso y, en su caso, con qué fundamento jurídico.

Vaya por delante la respuesta afirmativa a la cuestión planteada y ello por varias razones. Primero, en la dimisión provocada casualizada en AMT la acción se ha de sustanciar bajo la invocación de tutela de los derechos fundamentales lesionados por lo que, conforme al reenvío efectuado por el art. 182 LPL al procedimiento resolutorio, será de aplicación aquí, en mi opinión, las consolidadas jurisprudencia y doctrina constitucional sobre la legitimación pasiva del trabajador agente del acoso en los supuestos de AMT horizontal vehiculizados por la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales, sobre la base de la conocida tesis integrativa o de exportabilidad de las garantías procesales de la modalidad de tutela a los procedimientos extintivos, pacífica hoy en la doctrina científica y recepcionada ampliamente en la praxis forense en materia, p.e. de presencia del Ministerio Fiscal y de modulación del onus probandi.

Para el TC, en efecto, la vulneración de derechos fundamentales en general y en particular los que se ven comprometidos con el AMT, son derechos erga omnes susceptibles de ser vulnerados tanto por los poderes públicos como por particulares, sin que sea por tanto “cuestionable que las lesiones de derechos fundamentales de los trabajadores pueden producirse como consecuencia de actuaciones no sólo del empresario o de quienes ejercen los poderes del empresario en la empresa, en particular de los superiores y mandos jerárquicos, sino también de los restantes trabajadores”. Desde ese incontrovertible presupuesto, es ya consolidada doctrina constitucional la legitimación pasiva del trabajador acosador, tanto en acoso sexual como en el moral¹³⁸⁰.

Partiendo de esa convención, la ampliación de la demanda por acoso dirigiéndola también al trabajador acosador se hace aconsejable por la razones

¹³⁸⁰Vid. precisamente para un supuesto de acoso moral horizontal, STC 74/2007, de 16 de abril, que anula por “irrazonable y contradictoria” la STSJ Madrid de 1 de abril de 2003 que exculpó al trabajador acosador codemandado por entender, sin mayor argumentación y pese a considerar probado el acoso ejercido, que un trabajador, por el hecho de serlo, no podía ser autor de una vulneración del derecho fundamental a la integridad moral ex art. 15 CE, lesión que sólo podría ser imputable a los empleadores. En relación con los supuestos de acoso sexual, sostiene esta misma tesis de la legitimación pasiva del compañero acosador la STC 224/1999, de 13 de diciembre [RTC 1999, 224] y la más reciente STC 250/2007 de 17 de diciembre.

que ya se esgrimieron en orden al procedimiento de amparo ordinario. En primer lugar, si la causa de pedir, es decir el fundamento de la pretensión del trabajador es la tutela del derecho o derechos fundamentales conculcados por el AMT – y ello es así, ya se trate de la modalidad de tutela o del procedimiento resolutorio – , no es razonable, como acaba de establecer el TS en unificación de doctrina, que no sea llamado al pleito el autor directo del acoso y responsable principal de la lesión y daños producidos por éste; en palabras del TS *“no parece aceptable que la acción que se ejercita en defensa de esos derechos fundamentales vulnerados, se dirija únicamente contra alguno o algunos de los posibles responsables secundarios (en el caso de la sentencia recurrida, el empresario)... si se deja fuera del proceso a este trabajador que es, precisamente, el principal responsable del «mobbing», el infractor más directo y propio de los derechos fundamentales” invocados* ¹³⁸¹. Puede inferirse de los términos de la sentencia, en mi opinión, que el razonamiento no se vincula al tipo de procedimiento, sino a la naturaleza y finalidad principal de la acción que ejercita el trabajador, cualquiera que sea el cauce procesal por el que se vehicule: procedimiento de tutela o el procedimiento resolutorio ex art. 50 LET para los casos en que el AMT sea la causa justa por la que se insta la resolución contractual.

En segundo lugar, cabe apelar también a razones prácticas de justicia material y economía procesal. Por un lado, las que tienen que ver con el derecho a la defensa del acosador, ya que su ausencia del proceso pudiera fundar la alegación de indefensión y, por tanto, de afectación del derecho a la tutela judicial efectiva ex art. 24 CE, al poder ser identificado y declarado como autor de la conducta ilícita de acoso en un pleito en donde no es parte y en el que, por consiguiente, no puede alegar ni aportar prueba alguna en su defensa. Por otra parte, permite la solicitud y condena solidaria de ambos sujetos implicados – uno por omisión, la empresa negligente y otro por acción, el trabajador acosador – al pago de la indemnización que resarza de los daños causados por el AMT, evitando así la necesidad de acudir a otro proceso con sede en otro orden jurisdiccional (civil) – por la responsabilidad extracontractual del acosador – que, aparte de romper la unidad de la causa, podría dar lugar a

¹³⁸¹ Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia de 30 Ene. 2008, rec. 2543/2006, FJ 4º.

pronunciamientos contradictorios respecto al fondo de la cuestión. Este problema se suscitaría en la práctica, obligando a la víctima a emprender un distinto y posterior procedimiento, particularmente en el caso, no infrecuente en la práctica forense, en que el juzgador declare exenta de responsabilidad a la empresa en base al (discutible) criterio del desconocimiento de los hechos.

Comprobada, pues, la conveniencia de la llamada a juicio del acosador, hasta ahora lo que la doctrina judicial y constitucional venía admitiendo era la ampliación meramente postestativa de la demanda por responsabilidad del trabajador acosador, pero en ningún dicha ampliación se había considerado un requisito para la válida constitución de la relación jurídico-procesal, esto es como un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario¹³⁸². La situación ha cambiado radicalmente, sin embargo, tras la reciente doctrina unificada de TS que se acaba de mencionar¹³⁸³ que ha venido a sentar el criterio del litisconsorcio pasivo necesario que comprenda al trabajador al que se le imputa la conducta de ATM. Para el TS “todas las conductas y actuaciones relativas al mismo (el acoso), sea quien sea el autor de las mismas, forman un todo unitario, constituyen una realidad claramente cohesionada.(....) que “obliga a que su enjuiciamiento se lleve a cabo en un mismo proceso.” (...) Si bien, “el núcleo esencial y básico está formado por los actos del acosador constitutivos del «mobbing». Desde esa perspectiva y conforme a la funcionalidad de la figura legal del litisconsorcio pasivo (art. 12.2 116.1 LEC en relación con el art. 80.1.b) LPL) y su jurisprudencia interpretativa [SSTS Cuarta de 19 de junio del 2007 (recursos nº 4562/2005 y 543/2006)] que la conecta con el derecho

¹³⁸² STSJ Aragón 30-06-2003 (AS 2003, 2227) , STSJ Castilla-La Mancha de 20 de abril de 2006 (AS 2006, 1210) , STSJ Andalucía, Sevilla, núm. 1587/2007 (Sala de lo Social, Sección 1), de 8 mayo (AS 2007, 1987). Sólo alguna resolución aislada opta por la decisión contraria, vid. STSJ Canarias, Las Palmas, núm. 33/2001 (Sala de lo Social), de 26 enero (AS 2001, 2085) . En este caso se aprecia de oficio la nulidad de la sentencia de instancia al haberse rechazado en aquélla la posible concurrencia de litisconsorcio pasivo necesario, por lo que se percibe al demandante para que amplíe la demanda contra las personas físicas protagonistas de los hechos y compañeros de trabajo. Por su parte, la doctrina mayoritaria se muestra favorable al citado criterio jurisprudencial contrario al litisconsorcio pasivo; vid. ROMERO RODENAS, M. J. (2005): Protección frente al acoso en el trabajo. Albacete, Bomarzo, Básicos de Derecho Social 2, 3^a ed.; pg. 80; MOLINA NAVARRETE, C. (2007): La tutela judicial frente al acoso moral en el trabajo: de las normas a las prácticas forenses, Albacete, Bomarzo, pg. 22 y NAVARRO NIETO, F. (2007): op. cit., pg. 144 y 145. En contra, ALTES TÁRREGA, J.A.: El acoso del trabajador en la empresa, cit., pg. 88.

¹³⁸³ Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia de 30 Ene. 2008, rec. 2543/2006, que casa y anula la STSJ Castilla-La Mancha, de 20 Abr. 2006, Rec. 269/2006 (AS 1210) por su rechazo a la excepción de litisconsorcio pasivo necesario en un supuesto de acoso horizontal.

fundamental a la tutela judicial efectiva¹³⁸⁴, junto a una interpretación sistemática del art. 180.1 LPL, la Sala General del TS llega ahora a la conclusión de que en caso de AMT horizontal como “es obvio que la *acción ejercitada y las pretensiones debatidas* en esta litis, afectan de lleno a los derechos e intereses de ese Encargado (el trabajador acosador), de ahí que tales pretensiones para hacerse efectivas, no sólo se han de dirigir contra la empresa, sino también frente a él; pues si así no se hace se infringen los arts. 24.1 y 18.1 de la Constitución”.

Queda, por fin, el problema de la competencia del orden social en estos casos de litisconsorcio pasivo en los procesos por acoso horizontal. Es cierto que alguna doctrina científica y judicial minoritarias se han cuestionado la competencia del orden social sobre la base de una interpretación sistemática y restrictiva de los arts. 181 LPL en relación con el art. 2.1.a) LPL, pero los argumentos de mayor solidez van en sentido inverso, esto es, favorable a su atribución a la jurisdicción social, tal y como corrobora la doctrina constitucional y la más reciente del TS sobre la cuestión. En efecto, el acoso realizado por un trabajador contra otro (o contra el empresario) engarza con el criterio del “ilícito laboral” y ello por varios motivos. Por un lado, está el hecho de la tipificación del acoso moral discriminatorio como causa de despido disciplinario ex art. 54. 2.g) LET, prueba de que no se trata de una conducta ajena a la prestación de trabajo, sino, al contrario, una vicisitud incardinada en la dinámica propia de la relación laboral de víctima y victimario. Por otro lado, el concepto jurídico de AMT, como se ha visto, lo contempla no como un mero conflicto personal, sino contextualizado en el centro de trabajo, en conexión directa con la relación laboral y aquí – en el AMT horizontal – actualizado con ocasión de la prestación de servicios de ambos trabajadores – víctima y victimario –, es decir, vinculado a la órbita del contrato de trabajo, más aún si el acosador es un superior jerárquico que se prevalece de su competencias de mando para ejercerlo.

¹³⁸⁴ La jurisprudencia unificada sobre litisconsorcio que se cita, ha establecido que «se trata de llamar al proceso a todos aquellos que puedan resultar afectados, en sus derechos e intereses, por el proceso judicial seguido, bien porque así lo imponga la Ley o porque vengan vinculados con el objeto de la controversia. La razón de ser de la excepción procesal de referencia se halla en el principio constitucional de tutela judicial efectiva y de evitación de indefensión que proclama el artículo 24 de la Constitución Española»

La aplicación del criterio del “ilícito laboral” al ámbito del acoso horizontal¹³⁸⁵, junto a una interpretación amplia y flexible del art. 181.1 en relación con el 2.1.a) y 1.1 LPL, como ya venía haciendo el TC para el acoso sexual y ahora propone expresamente el TS en unificación de doctrina¹³⁸⁶, fundamentan sobradamente la solución interpretativa de que el conocimiento de los procesos por acoso horizontal – cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se vehicule la pretensión de tutela de los derechos fundamentales – habrá de corresponder a la jurisdicción social. Así lo venía entendiendo la práctica judicial que, mayoritariamente desde tiempo atrás– al igual que la doctrina científica –, se ha decantado por la competencia del orden social en estos supuestos, al menos en lo referente al procedimiento de tutela¹³⁸⁷.

¹³⁸⁵ Que implica, de acuerdo con consolidada jurisprudencia, que cuando los daños al trabajador sean consecuencia de la infracción de una norma reguladora del contrato de trabajo -ya sea estatal o colectiva – el conflicto habrá de dirimirse conforme a la normativa laboral y ante la jurisdicción social.

¹³⁸⁶ Vid. para el acoso sexual, STC 250/2007 de 17 de diciembre). Para el TC, en efecto, “*no es razonable desvincular la acción ejercitada del orden social sobre la base de que el comportamiento acosador del trabajador demandado era «una actuación personal y ajena a la relación laboral» (...)* <<ya que el acoso sexual, cuya realidad quedó probada en la instancia, se produjo en conexión directa con la relación laboral, al llevarse a cabo, en primer lugar, con ocasión de la prestación del trabajo de la actora y del ejercicio por el demandado de las funciones inherentes a su cargo y, en segundo lugar, en el centro de trabajo donde uno y otro coincidían en la realización de sus respectivos cometidos». Por estas razones anula la sentencia de suplicación dado que “la recurrente planteó una controversia atribuible a la jurisdicción social y que, al no haberlo apreciado así, la Sala realizó una interpretación del orden material de competencias entre los distintos órdenes jurisdiccionales desconociendo el derecho de la actora a la utilización del cauce procesal predeterminado por la ley para recabar la tutela de los derechos fundamentales que se le habían quebrantado en el ámbito de su relación laboral». Ya específicamente para el AMT horizontal, la STSud 30 Ene. 2008, rec. 2543/2006, cit., FJ 5^o establece: “El acoso moral que la actora denuncia... tiene una naturaleza indiscutiblemente laboral, toda vez que el mismo se produjo en la realización del propio trabajo de la actora,... constituyendo parte de la estructura esencial y básica de las actividades laborales que tenía que desarrollar. (...); el comportamiento acosador se imputa al Encargo que dirigía la cuadrilla en que estaba integrada la actora, es decir a la persona que ejercía funciones de mando y control directo sobre ésta, por lo que dicho acoso tenía lugar precisamente en el ejercicio de esas funciones de mando y control; por tanto el acoso moral examinado en este proceso se encuentra claramente dentro del ámbito y contenido esenciales y propios de las relaciones de trabajo tanto de la actora como del citado Encargado. Todo esto significa que en el supuesto de autos, los derechos que han podido ser conculcados y las obligaciones que se hayan podido incumplir, con independencia de las dimensión constitucional de los mismos, son de clara naturaleza laboral, estando comprendidos en el ámbito propio del Derecho del Trabajo”

De todo ello deduce que a la luz del art. 181.1, del carácter abierto del art. 1.1 LPL y desde una interpretación amplia del art. 2.1.a LPL, que “no excluye en absoluto del campo de acción del orden jurisdiccional social a las acciones que unos trabajadores puedan dirigir contra otros con base y a causa de sus respectivos contratos de trabajo”, y recepcionando la doctrina del TC sobre la materia en el acoso sexual (STC 250/2007, de 17 de diciembre), llega a la conclusión indubitada de la competencia de la jurisdicción social en supuestos de AMT horizontal en el que se codemande del acosador.

¹³⁸⁷ Son excepcionales los pronunciamientos que optan por aceptar la excepción de incompetencia de jurisdicción laboral, vid., p.e. STSJ País Vasco 2259/2001, de 18 de septiembre y, por el contrario mayoritarios los de la jurisdicción civil declarándose incompetente, vid. SAAPP Zaragoza núm. 7/2005 (Sección 2^a) (recurso 417/2004) de 10 enero (PROV 2005, 50231) , AAP Madrid Sección11 (Recurso 36/2006) de 03 de mayo de 2006 y AAP Tarragona (Recurso 409/20005) de 5 de octubre de 2006 (AC 2007, 812) . Asumen la competencia del orden social para supuestos de acoso sexual horizontal: SSTSJ

La fundamentación jurídica de este importante pronunciamiento del TS respecto al AMT horizontal se basa en una línea argumental, que, a mi juicio, resulta plenamente exportable al procedimiento resolutorio. En efecto, aunque los fundamentos jurídicos del fallo son *ad casum* y se contextualizan en un proceso ordinario de amparo, tienen evidentes pretensiones de generalidad, ya que, bien mirado, todos ellos, tanto los relativos al litisconsorcio, cuanto los concernientes al plano competencial, van referidos más que al procedimiento en sí, a la acción y pretensiones que en todo caso se ventilan en los supuestos de acoso moral, independientemente del cauce procesal escogido por el trabajador demandante: la tutela de los derechos fundamentales vulnerados con declaración de la vulneración, nulidad de la conducta lesiva y resarcimiento de los daños y perjuicios inflingidos a la víctima¹³⁸⁸.

No debe ignorarse, sin embargo, el inconveniente derivado del *petitum* inherente al procedimiento resolutorio; en efecto, la pretensión principal en él es la extinción indemnizada del contrato de trabajo con fundamento en incumplimiento grave del empresario. Desde esta perspectiva, es decir, desde la configuración y dinámica general del art. 50 LET, es claro que la legitimación pasiva comprende, en principio, al empleador, ya que es a él a quien le es imputable el incumplimiento contractual – la omisión de los deberes de protección de los derechos afectados por el acoso ejercido por tercero – que justificaría, de acreditarse, la ruptura del contrato. Ahora bien, aunque en base a ello el empresario debe ser aquí demandando ineludiblemente, no deja ser el responsable indirecto del ilícito, por lo que, como bien ha subrayado el TS, el responsable principal y directo del acoso y, por tanto, de la vulneración de los

Andalucía 24-07-2003 (JUR 220180) y 6-02-2004 (JUR 132737); Galicia 29-04-2005 (AS 1511) y para un supuesto de acoso moral, STSJ Madrid 31-03-2006 (JUR 162506). En la doctrina científica es mayoritaria la postura favorable a la competencia del orden social para el acoso sexual y para el acoso moral; vid. MARAGALL, J.A.: “El tratamiento en el proceso laboral de los riesgos psico-sociales: la experiencia del acoso moral. Puntos críticos”, pg. 429; SERRANO OLIVARES, R.: El acoso moral en el trabajo, cit., pg. 198; ROMERO RÓDENAS, M.J.: Protección frente al acoso moral en el trabajo, cit., pg. 78; NAVARRO NIETO, F.: La tutela jurídica frente al acoso moral laboral, Thomson-Aranzadi, 2007, pg. 148; ALTES TÁRREGA, J.A.: El acoso del trabajador en la empresa, Tirant lo Blanch, 2008, pg. 88.

¹³⁸⁸ Los términos utilizados por el TS son, en este sentido, inequívocos: “ la acción ejercitada y las pretensiones debatidas en esta litis, afectan de lleno a los derechos e intereses de ese Encargado (el trabajador acosador), de ahí que tales pretensiones para hacerse efectivas, no sólo se han de dirigir contra la empresa, sino también frente a él”; o bien: “no parece aceptable que la acción que se ejercita en defensa de esos derechos fundamentales vulnerados, se dirija únicamente contra alguno o algunos de los posibles responsables secundarios

derechos que éste compromete no puede quedar fuera del proceso, aún tratándose de otro trabajador.

Primero, por que su conducta es, a la postre, el detonante del incumplimiento empresarial que justifica la acción extintiva o, dicho de otro modo, el acoso es la causa mediata de la misma. Parafraseando al TS en relación al AMT, *“todas las conductas y actuaciones relativas al mismo, sea quien sea el autor de las mismas, forman un todo unitario, constituyen una realidad claramente cohesionada, pero ese todo unitario, esa realidad única tiene un núcleo esencial y básico que está formado por los actos del acosador constitutivos del «mobbing. (...) Por eso no parece aceptable que la acción que se ejercita en defensa de esos derechos fundamentales vulnerados, se dirija únicamente contra alguno o algunos de los posibles responsables secundarios y que, en cambio, no se dirija contra el verdadero acosador, contra el causante real, propio y directo del «mobbing»».*

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta la recepción de la tesis integrativa por la actual doctrina unificada del TS en lo atinente al resarcimiento de los daños derivados del acoso - de la que después se tratará - y su posterior reflejo legal en la LPL por obra de la LOI 2007, implica la viabilidad de la acumulación de acciones extintiva e indemnizatoria, y, por consiguiente, la compatibilidad de indemnizaciones adicionales a la tasada en el mismo procedimiento resolutorio del art. 50 en el que se invoquen derechos fundamentales. Desde la perspectiva que plantea la solución jurisprudencial, tan demandada desde tiempo atrás desde la doctrina¹³⁸⁹ y tras ella, las nuevas previsiones legales al respecto (arts. 27.2, 180.1 y 181 LPL), la responsabilidad por los daños del AMT debe ser compartida por los implicados en el mismo sea directa o indirectamente. Es decir, se trata de una responsabilidad solidaria del empleador y trabajador acosador, con lo que la pretensión indemnizatoria dentro del proceso resolutorio tiene, por fuerza, que dirigirse también contra este último, para que, caso de estimarse la existencia de acoso, la condena al pago de la indemnización que proceda sea también solidaria.

En tercer lugar, aunque la pretensión principal en el procedimiento resolutorio sea la extintiva del contrato y por ello haya de dirigirse primariamente contra el empresario, conviene reparar en que su estimación va

¹³⁸⁹ STSud 17-05-2006 (RJ 7176), reiterada por STSud 20-09-2007 (RJ 8304).

a estar supeditada a la constatación fehaciente del acoso ejercido, de ahí que en él habrá de dirimirse, en primer lugar, acerca de la imputación de este ilícito laboral al compañero de trabajo del que, de estimarse su existencia, podrían derivarse graves consecuencias no sólo en el plano indemnizatorio –en régimen de solidaridad con el empleador –, sino también, incluso, en el ámbito de una ulterior acción penal que ejerciera eventualmente la víctima. Desde este punto de vista, también aquí, en el procedimiento resolutorio, ha de concluirse, como ha hecho el TS para el procedimiento de tutela¹³⁹⁰, que “la acción ejercitada y las pretensiones debatidas en la litis afectan de lleno a los derechos e intereses” del trabajador autor del acoso, de modo que la extensión de la demanda se hace necesaria, guste o no, en orden a garantizar su derecho a la tutela judicial ex art. 24 CE.

Otro problema distinto es el que plantea en este escenario de dimisión provocada por acoso horizontal, la eventual exculpación de la empresa en base al ya citado y muy extendido criterio judicial del desconocimiento de los hechos por parte del empleador. Al margen de la crítica, ya expuesta supra, que merece dicho criterio judicial de ponderación de la responsabilidad empresarial en supuesto de AMT horizontal¹³⁹¹, no cabe duda de su alcance a efectos prácticos en el marco del art. 50 LET, ya que aún quedando acreditado el acoso y los daños producidos por él la pretensión extintiva terminaría siendo desestimada por ausencia de incumplimiento empresarial.

En un escenario de este tipo, habría que determinar qué medios de defensa le quedan al trabajador afectado. Pues bien, en mi opinión, en tal hipótesis, exonerada la empresa de responsabilidad – al menos contractual – por sentencia firme que produciría los efectos de cosa juzgada respecto de un eventual proceso de tutela que se entablara en el orden social, sólo mantendría

¹³⁹⁰ STS 30-01-2008, cit., FJ 4º.

¹³⁹¹ Recuérdense los argumentos esgrimidos acerca de la aplicación restrictiva del criterio del desconocimiento empresarial, en el sentido de que el propio desconocimiento empresarial que se alegase antes que factor de exculpación podría, incluso, ser imputable a título de culpa, ya que denotaría negligencia del empresario por desconocer la existencia de un ilícito que se produce dentro de su ámbito de control, lo que determinaría su responsabilidad, salvo que demuestre –carga de la prueba a cargo de la empresa – que dicho desconocimiento no le es imputable. En otras palabras, a efectos de la exculpación de la empresa el criterio debería ser más rigorista o restrictivo y pasar del mero desconocimiento del acoso, a la inimputabilidad de la ignorancia de su existencia; esto es, a ponderar sólo en orden a la exención de responsabilidad empresarial la imposibilidad de conocer la existencia del AMT por parte del empleador sobre la base de las circunstancias concurrentes (la dimensión del centro de trabajo, la duración del hostigamiento, la notoriedad de algunos de los actos integrantes del acoso etc...).

acción respecto al trabajador autor del acoso para la exigencia de resarcimiento de los daños en base la responsabilidad extracontractual ex art. 1902 CC (si bien aquí con el refuerzo de un “título” previo – la sentencia firme del proceso resolutorio – que le declara ya como autor del ilícito). Cabría también, a mi juicio, dirigirse contra el empleador en exigencia de responsabilidad por culpa extracontractual derivada de actos de sus empleados ex art. 1903.4 (culpa in vigilando o in eligendo) por omisión de la diligencia debida para prevenir o evitar el acoso. En este estadio, sendas acciones podrían ser susceptibles de encauzarse por el procedimiento laboral de tutela, pero probablemente en la práctica sería más seguro su reconducción a la jurisdicción civil dada la naturaleza extracontractual de la responsabilidad que se ventila ahora respecto de los dos demandados y la resistencia mostrada por nuestra doctrina de suplicación e, incluso, constitucional para aceptar la tesis de la culpa in vigilando empresarial, haciendo gala aquí, como en tantos otros aspectos de la protección jurídica frente al AMT, de una rigidez que constituye el caldo de cultivo abonado por la huída de estas pretensiones al orden civil¹³⁹².

Pero, en todo caso, si al margen y sin perjuicio de este resarcimiento monetario de los daños producidos, la voluntad de acosado continúa siendo la desvinculación de la empresa en donde permanece el acosador con la consiguiente ruptura contractual, su única opción a tal efecto –a ejercitar previa o posteriormente a la acción de responsabilidad indemnizatoria mencionada – será ya la dimisión simple, esto es sin la indemnización tasada de despido improcedente que le compense por la pérdida del empleo aunque, igualmente aquí, ésta venga provocada por el acoso sufrido. Desde este punto de vista, se refuerza la solución, ya postulada con anterioridad, de que el criterio del desconocimiento empresarial del acoso de terceros debe ser aplicado restrictivamente para evitar estos resultados indeseables.

¹³⁹² Vid. en este sentido rigorista, si bien para un supuesto de acoso sexual, STC 107/2003, de 7 de abril en la que se rechaza, acogiendo la tesis del MF, la responsabilidad de la empresa por culpa in vigilando o in eligendo, al entender que esta conexión “extraída forzosamente de un concepto iusprivatístico cual es la responsabilidad civil extracontractual...(que) tendría su encaje en el ámbito propio de la regulación de la responsabilidad aquiliana contenida en el art. 1903 CC, derivando una responsabilidad civil directa o bien en le ámbito de la regulación penal, derivando una responsabilidad civil subsidiaria (...), pero en modo alguno puede servir de basa para trasladar al empresario la responsabilidad de la conducta ilícita, cual si se tratara de un copartícipe en el hecho antijurídico, convirtiéndolo en una suerte de coautor, para imponerle a continuación la carga de la prueba frente a los indicios aportados”.

4.3 La exportabilidad de las garantías procesales del procedimiento especial de tutela al procedimiento resolutorio: La tesis integrativa

Cuestión particularmente trascendente en el marco de la adaptación del art. 50 LET a la tutela efectiva antiacoso moral es la referida a las garantías aplicables al procedimiento judicial conducente a la resolución del contrato causalizada en AMT, ya que se trata de un tema que conecta directamente con la garantía de efectividad de los derechos fundamentales que se ven afectados a consecuencia del acoso – particularmente, el derecho a la integridad moral – pero que interesa también, como se verá, a la incolumidad del derecho a la tutela judicial efectiva ex art. 24 CE de la víctima que recurre a esta vía extintiva en respuesta a la conducta antijurídica que padece.

En consecuencia, el hecho de que el trabajador acosado opte por liberarse del hostigamiento psicológico que padece a través de la vía de extinción indemnizada del contrato de trabajo que le ofrece el art. 50 LET, no solo no obsta, sino que debe hacerse mediante la invocación de los derechos fundamentales conculcados y recabando su tutela judicial efectiva. Pues bien, es sabido que la doctrina constitucional ha dejado sentado, con carácter general, que a tal fin no es imprescindible que se acuda a la modalidad procesal de amparo ordinario (arts. 175 y ss. LPL), ya que, sin perjuicio de su especificidad a tal efecto, la invocación de derechos fundamentales puede también canalizarse en el orden social a través del procedimiento ordinario o de la modalidad procesal que corresponda en función de la conducta de la que derive la vulneración alegada ¹³⁹³.

Conforme a esta doctrina constitucional que, como se ve, habilita incluso al proceso ordinario como cauce (potestativo) para la protección de derechos fundamentales y a la expresa remisión efectuada por el art. 182 LPL al cauce procesal correspondiente cuando la lesión del derecho fundamental alegada se contextualiza, entre otras, en vicisitudes extintivas del contrato de trabajo, hay que concluir que nuestro ordenamiento jurídico ofrece una doble vía para la tutela procesal frente al ATM: la modalidad especial y “específica” de tutela ex art. 175 y ss. LPL –como expresamente establece ahora el art. 181 LPL¹³⁹⁴–, y

¹³⁹³ STC 90/1997.

¹³⁹⁴ En virtud de la modificación operada por el art. 40.2 Ley 62/2003.

los procedimientos especiales, aunque “inespecíficos”, de tutela a los que reenvía el art. 182 por razón de la materia en donde se concreta la lesión¹³⁹⁵. Pues bien, en este escenario plural de cauces procesales la doctrina científica venía abogando por la necesaria exportación de las garantías previstas para la modalidad de amparo ordinario – preferencia y sumariedad (art. 53 CE y 177.1 LPL), intervención coadyuvante potestativa del sindicato (art. 175.2 LPL), intervención preceptiva del Ministerio Fiscal (art. 175.3 LPL), modulación del onus probandi (art. 179.2 LPL), reparación indemnizatoria de daños (art. 181.1 LPL) y ejecutividad inmediata de la sentencia (art. 301 LPL) – a todos y cada uno de los procedimientos objeto de la remisión obligatoria ex art. 182, como único medio de salvar su constitucionalidad¹³⁹⁶. Esta solución interpretativa que se ha venido a denominar “tesis integrativa” o “cumulativa” tiene refrendo constitucional a través de sendas sentencias del TC (STC 257/2000 y 10/2001) en las que acepta la tesis de la exportabilidad de las garantías procesales – que aún formulada *ad casum* respecto a la participación del sindicato como coadyuvante, tiene pretensiones de generalidad – como medio de evitar una injustificable fractura en el alcance protector de los derechos fundamentales. El TC entiende, en efecto, que no sería constitucionalmente aceptable que la protección judicial que se otorgue en estos procedimientos sea menor, en atención a meras cuestiones formales – cual es la materia en la que se concreta la lesión –, a la dispensada en el marco de la modalidad de amparo ordinario, ya que ello supondría el incumplimiento del mandato del art. 53 CE, así como una conculcación del derecho a la tutela judicial efectiva ex art. 24

¹³⁹⁵ GARATE CASTRO, J.: “Modalidad procesal para demandar la tutela de derechos fundamentales y libertades públicas ante los Tribunales Laborales”, en Trabajo y Libertades públicas (dir. Borrajo Dacruz), La Ley-Actualidad, 1999, pg. 40. Para el autor la diversificación de procedimientos de tutela atendiendo a la materia, permite que la pretensión que se ventila en los previstos en el art. 182 LPL tengan una causa petendi más compleja que permita entrar a dirimir acerca de derechos de legalidad ordinaria, es su ámbito de cognición sería más amplio que el específico de amparo ordinario.

¹³⁹⁶ Vid. MONEREO PÉREZ, J.L – MORENO VIDA, M.N: “Forma y procedimientos del despido disciplinario”, Comentarios a las Leyes Laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores, T.II, Edersa, 1994, pp. 330 y ss, que postulan, en el sentido apuntado, una “interpretación integradora del art. 182 LPL superadora de antinomias jurídicas”; y posteriormente, GARATE CASTRO, J.: “Modalidad procesal para demandar la tutela de derechos fundamentales...”, cit., pg.44; CAVAS MARTINEZ, F.: El proceso laboral de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales, Thomson-Aranzadi, 2004, pp. 154-158.

CE. La tesis integrativa ha sido recepcionada por la doctrina unificada del TS en relación con el despido ¹³⁹⁷

Desde ese entendimiento, la cuestión que resta por dilucidar es si la acción resolutoria ex art. 50 LET está o no comprendida en el listado, al parecer cerrado¹³⁹⁸, de materias que a tenor del art. 182 LPL han de desgajarse del proceso de amparo ordinario. Bajo mi punto de vista, la respuesta es incontestablemente positiva: la acción resolutoria está comprendida entre las vicisitudes extintivas referidas en el precepto de la Ley adjetiva – “despido y demás causas de extinción del contrato”-, sin determinación de salvedad alguna dentro de las previstas legalmente en el art. 49 LET, entre las que se encuentra la dimisión provocada (art. 49.1.j) LET)¹³⁹⁹. Desde esta perspectiva, no se hace precisa ninguna interpretación extensiva para la aplicación de la tesis integrativa al procedimiento resolutorio que canaliza la acción extintiva del art. 50 LET casualizada en AMT o, en general, en vulneración de derechos fundamentales, aun no tratándose de una modalidad procesal (a la que incidentalmente se refiere el art. 182) sino del proceso ordinario.

De esta argumentación debe inferirse que en el proceso ordinario que se siga con el objeto de obtener la declaración judicial de resolución indemnizada del contrato de trabajo causalizada en acoso moral del trabajador, invocado el derecho fundamental a la integridad física y/o psíquica y/o moral y, en su caso, otros derechos fundamentales que eventualmente se vean también comprometidos, deben integrarse en el procedimiento todas las garantías procesales propias de la modalidad de tutela: preferencia y sumariedad del procedimiento, intervención del Ministerio Fiscal, modulación de la carga de la prueba, ejecutividad de la sentencia ¹⁴⁰⁰, así como la indemnización específica para el resarcimiento de los daños derivados de la lesión (arts. 175-180 LPL). Así lo viene entendiendo la doctrina de suplicación mayoritariamente y sin

¹³⁹⁷ STS 12-6-2001 (RJ 5931), para la modalidad procesal de despido comprendida en el ámbito de la remisión efectuada por el art. 182 LPL y respecto a la indemnización resarcitoria de los daños derivados de la lesión de derechos fundamentales.

¹³⁹⁸ TUDELA CAMBRONERO, G.: “En torno al proceso de la libertad sindical y demás derechos fundamentales”, en VV.AA, El proceso laboral: estudios homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil, Lex Nova, Valladolid, 2001, pg. 817.

¹³⁹⁹ El reenvío se refiere a “las demandas por despido y por *las demás causas de extinción del contrato de trabajo...*”, entre las que desde luego se encuentra la extinción por voluntad del trabajador fundada en incumplimiento del empresario ex art. 49.1.j) LET.

¹⁴⁰⁰ Art. 301 LPL

mayores esfuerzos hermenéuticos, para la intervención del Ministerio Público¹⁴⁰¹ y con mayores vacilaciones respecto a la prueba indiciaria, respecto de la que la jurisprudencia menor no es en absoluto pacífica, si bien parece prevalecer la solución negativa, esto es trasladar la carga de la prueba al demandante por acoso¹⁴⁰².

La resistencia que se detecta en práctica forense por parte de un buen número de pronunciamientos de suplicación respecto a la modulación de onus probandi es particularmente preocupante, habida cuenta de que una de las principales dificultades que se plantean en orden a la estimación de las demandas por AMT residen, precisamente, en la acreditación de la conducta acosadora dado, como se sabe, el carácter sutil y solapado de muchos de los actos de presión psicológica que integran el tipo, así como su apariencia de neutralidad si no se ponderan como parte de un conjunto secuenciado y temporalmente duradero. Por consiguiente, tales resistencias deberían despejarse definitivamente, ya que la solución hermenéutica mejor fundamentada es la favorable a la exportación de la prueba de indicios al procedimiento ex art. 50 LET, no sólo con sustento en la doctrina constitucional “integrativa” relativa al art. 182 LPL (STC 257/2000 y 10/2001), ya comentada, sino conforme a una aplicación analógica de las previsiones específicas contenidas en las recientes Directivas antiacoso discriminatorio en materia de reglas de prueba (señaladamente art. 19 de la 54/2006, de refundición) y las normas de su transposición al Derecho español (art. 20 .1 Ley 53/2003 y la reforma operada en el art. 69 LPL por la Ley 62/2003).

Es más, las reglas de facilitación de la carga probatoria hasta aquí justificadas, podrían derivar en una auténtica inversión de la misma si se apela a la extensión al AMT de las previsiones de la LOI 3/2007 (art. 13) al respecto en lo concerniente al acoso moral sexista y sexual que se ventile en procedimientos civiles o contencioso-administrativos. En efecto, de una interpretación literal del precepto citado pudiera inferirse la incorporación de un regla de “inversión” de la carga probatoria en los procesos civiles y

¹⁴⁰¹ vid., entre otras, SSTSJ Galicia 12-9-2002 (2603) y 17-11-2003 (JUR 57674)

¹⁴⁰² En sentido positivo, SS TSJ Andalucía 19-12-2002 (AS 891) y expresivamente S. 19-4-2004 (AS 2051); TSJ Murcia 8-3-2004 (1834); TSJ Madrid 1-9-2005 (JUR 220234); TSJ Canarias 27-12-2005 (JUR 2006, 64161); en sentido contrario, imponiendo al actor la carga de la prueba del acoso, vid. STSJ La Rioja 6-10-2005 (JUR 278614); STSJ País Vasco 6-7-2004

contencioso-administrativos relativos a acoso discriminatorio por razón de género: acoso sexual y acoso moral sexista¹⁴⁰³, pero ya se comentó, en su momento, que la doctrina se muestra dudosa de que dicha norma deba interpretarse en el sentido de que en los procesos civiles o contencioso administrativos basados en acoso discriminatorio baste la mera alegación o afirmación de su existencia para que se produzca una verdadera «inversión» del onus probandi; en ese sentido se considera significativo que el art. 13 LOI – y los ahora modificados arts 217.5 LEC y 60.7 LRJCA – se refieran a alegaciones (del demandante de tutela) que se «*fundamenten*» en actuaciones discriminatorias, ya que no parece que una mera alegación o afirmación de acoso discriminatorio por razón de sexo pueda considerarse debidamente «fundamentada» si no se acompaña de indicios o principios de prueba de su existencia¹⁴⁰⁴.

Mención aparte merece la traslación al procedimiento resolutorio de la garantía indemnizatoria adicional ex art. 181.1 LPL, dada su extraordinaria relevancia en la efectividad plena de la tutela jurídica frente al AMT al procurar el resarcimiento integral de los daños irrogados a la víctima que, en consecuencia, debe comprender no sólo el derivado de la propia extinción contractual provocada: la pérdida del empleo, sino los derivados del incumplimiento contractual en sí mismo, conectado aquí a la lesión de derechos fundamentales comprometidos por el AMT. Aunque este aspecto será analizado con detalle en el siguiente epígrafe –dedicado a la tutela resarcitoria frente al AMT –, vaya por delante el dato de que un significativo cuerpo de doctrina de suplicación se venía mostrando favorable a su aplicación¹⁴⁰⁵ a pesar de la jurisprudencia restrictiva y anacrónica que ha venido manteniendo al respecto el TS hasta ahora. En efecto la doctrina unificada tradicional se ha mostrado anclada en la consabida “autonomía del Derecho del Trabajo”, para

¹⁴⁰³ Al amparo de la previsión del art. 13 LOI, sus disposiciones adicionales 5ª. Tres y 6ª. Dos modifican, respectivamente, los arts. 217 LEC y 60 LRJCA, añadiendo al primero un nuevo apartado 5 y al segundo un nuevo apartado 7 según los cuales, “De acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las *alegaciones* de la parte actora *se fundamenten* en actuaciones discriminatorias por razón de sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad”.

¹⁴⁰⁴ Vid. en este sentido, GARCIA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Acoso sexual, acoso por razón de sexo y acoso en la Ley de Igualdad de mujeres y hombres”, *Relaciones Laborales*, N.º 4, 2008.

¹⁴⁰⁵ SS TSJ Andalucía 19-4-2004 (AS 2051) y 18-7-2007 (AS 2008, 328); TSJ Asturias 20-6-2003 (3811); Galicia 17-11-2003 (JUR 57674) y 11-06-2004 (AS 2397); TSJ Murcia 2-9-2003 (AS 3208); TSJ Madrid 21-10-2003 (AS 1-6-2004 (AS 2529), que precisamente, fue la revocada por STS 11-3-2004.

defender a ultranza respecto al art. 50 LET el sistema de indemnizaciones tasadas y su incompatibilidad con ninguna otra que pudiera obtenerse por cauces diversos¹⁴⁰⁶, en contra, incluso de su propia doctrina en relación con de despido¹⁴⁰⁷. La tesis central de esta doctrina, acusada mercedamente de adolecer de “formalismo y anacronismo”, se sustenta básicamente en dos argumentos-fuerza: por un lado, un único incumplimiento empresarial no puede ser sancionado doblemente mediante indemnizaciones adicionales fundadas en diversos sectores del ordenamiento y, por otro lado, la indemnización tasada de art. 50 LET satisface íntegramente el interés del trabajador derivado del incumplimiento grave del empresario. Se trata de una línea argumental que pese a mostrar una profunda y ostensible debilidad cuando se trata de que opere en el marco de incumplimientos empresariales que comprometen gravemente derechos de la personalidad del trabajador, ha sido tozudamente reiterada por el TS en su muy polémica sentencia de 11-3-2004¹⁴⁰⁸, e incluso agravada en términos aún más reprochables por la posterior STS 25 de noviembre de 2004¹⁴⁰⁹, relativa específicamente a un supuesto acreditado de acoso moral de un trabajador con graves secuelas psíquicas que accionó en demanda de una indemnización complementaria a la de despido improcedente (art. 50.2 LET).

No obstante, el criterio ha sido matizado en términos más evolutivos y garantistas, aunque no del todo satisfactorios, por la más reciente sentencia de 17 de mayo de 2006¹⁴¹⁰ que, por un lado, termina reconociendo la procedencia de la compatibilidad de la indemnización tasada ex art. 50 LET y la adicional prevista en el art. 181.1 LPL por los daños derivados de la violación de derechos fundamentales afectados por el acoso laboral y, por otro lado, admite implícitamente la posibilidad de ejercicio conjunto de ambas acciones en el mismo procedimiento haciendo prevalecer así la protección efectiva del

¹⁴⁰⁶ Vid., por todas, STSud 3-4-1997 (RJ 3047).

¹⁴⁰⁷ STS 12-6-2001 en la que rectificando doctrina anterior acepta la compatibilidad de la acción de despido y la acción indemnizatoria por vulneración de un derecho fundamental prevista en el art. 181.1 LPL.

¹⁴⁰⁸ STSud 11-3-2004 (RJ 3401). Para una implacable pero acertada crítica de la misma, vid., por todos, MOLINA NAVARRETE, C.: “La compatibilidad de indemnizaciones por acoso moral cuando el trabajador resuelve su contrato: una cuestión aun pendiente de unificación de doctrina”, RDS, n^o 26, 2004.

¹⁴⁰⁹ STSud 25-11-2004 (RJ 1058), al inferirse de su fundamentación jurídica que la compatibilidad indemnizatoria ni siquiera sería viable con fundamento en violación de derechos fundamentales.

¹⁴¹⁰ STSud 17-5-2006 (RJ [RJ 2006, 7176], tesis que ya adelantara el Auto TS 15-9-2004 (JUR 296933). Reiteran este giro jurisprudencial las posteriores SSTSud 17-02-2007 (RJ 2195) y 20-09-2007 (RJ 8304).

trabajador frente a lesiones de derechos fundamentales, y en particular frente al acoso, sobre la regla prohibitiva de acumulación prevista en el art. 27.2 LPL¹⁴¹¹.

4.4. Acumulación de las acciones extintiva e indemnizatoria en el procedimiento resolutorio

Interesa profundizar algo más sobre éste último cambio de criterio – el relativo a la acumulación de las acciones extintiva y resarcitoria en el procedimiento resolutorio – dada su connotación eminentemente procesal y por adolecer de fundamentación jurídica suficiente en la sentencia de 5 de mayo de 2006. Este refuerzo de la tutela procesal en el procedimiento resolutorio, contextualizada en la conocida tesis integrativa acuñada por el TC en su interpretación depuradora del art. 182 LPL, si ha sido objeto de una más elaborada fundamentación por parte de la STS ud de 20 septiembre de 2007 (2007/8304). Su línea argumental entronca, en efecto, en la tesis integrativa cuyas elaboraciones, según el TS, van «enderezadas a no fracturar o diversificar la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en el ámbito laboral, por referencia a los principios de preferencia y sumariedad establecidos en el art. 53.2 CE (SSTC). Y al efecto se ha argumentado también que «cuando el legislador del art. 182 LPL se remite a las modalidades procesales correspondientes al conocimiento de las demandas que allí se citan, lo hace en función justamente de la materia en litigio para una mejor atención de aquélla y por diversas razones que justifican la propia existencia de una distinta modalidad procesal o la extensión del objeto del conocimiento; pero no, desde luego, porque pueda otorgarse a un mismo derecho fundamental una menor garantía jurisdiccional en función de cuál sea el acto o la conducta del que pueda derivarse la lesión que se alega», para no llegar a resultados absurdos (SSTS 29/06/01 [RJ 2001, 7796] -rcud 1886/00-; 19/04/05 [RJ 2005, 5057] -rec. 855/04-; y 15/11/05 [RJ 2005, 10074] -rec. 4222/04-). Desde este presupuesto, el TS reconoce que si bien “la regla de que ninguna acción puede acumularse a las extintivas [art. 27.2 LPL] representa -en principio- un

¹⁴¹¹ En realidad, como bien reconoce la propia sentencia (FJ 6º), se trata de trasladar al art. 50 LET el criterio previamente aplicado por la propia Sala respecto al despido, reconociéndose la indemnización adicional y la acumulación de acciones en el mismo procedimiento (SSTSud de 12 de junio de 2001 –rec. 3827/00– y 21 de junio de 2001 –rec. 1886/00–).

obstáculo para el ejercicio simultáneo de la acción resolutoria y la resarcitoria (...) esta aparente dificultad se obvia si se tiene en cuenta que los principios y *garantías propios del proceso de tutela de derechos fundamentales por fuerza han de extenderse a los procedimientos -entre ellos, la extinción del contrato- en que aquellos se invoquen, pero que por expresa disposición legal han de tramitarse «inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente» [art. 182 LPL]*”. De este modo, se concluye que “aún a pesar de la expresa prohibición de acumulación de acciones establecida en el art. 27.2 LPL, en aquellos supuestos en que la vulneración de derechos fundamentales haya de tramitarse -conforme a la previsión del art. 182 LPL- por una modalidad procesal en principio prohibitiva de acumulación de acciones, la primacía del derecho fundamental determina que *la regla general de inacumulación del citado art. 27.2 LPL haya de ceder frente a la específica de posibilidad acumulatoria prevista en el art. 180.1 LPL*, de manera que en el mismo procedimiento cabe reclamar de forma simultánea una indemnización por la resolución del contrato y otra derivada del daño atribuible a la propia infracción del derecho fundamental”. Ello, además de dar debido cumplimiento a la doctrina constitucional de la primacía de la tutela del derecho fundamental afectado por el AMT sobre cuestiones meramente formalistas, a efectos prácticos implica una importante contribución al principio de economía procesal y, con ello, a los intereses de la víctima, a la que se le salva (o al menos se aligera el peso y los costes) de esa serie sucesiva de litigios – el consabido “calvario judicial”- en la que la mayor parte de las veces aboca la respuesta jurídica frente al AMT.

Esta jurisprudencia correctora del TS – ejemplo de decisiones judiciales interpretativas que operan un desarrollo o corrección del Derecho superador del alcance de una norma legal para salvar, en este caso, su constitucionalidad¹⁴¹² - ha sido recepcionada recientemente por la LOI, que la positiviza legalmente a través de las modificaciones operadas en los arts. 27.2, 180 y 181 LPL. La DA 13^a LOI, en efecto, modifica la redacción del art. 180.1 y 181 LPL, en ambos casos en el sentido de reconocer expresamente que la

¹⁴¹² Sobre la teoría del “desarrollo continuador del Derecho” en general, vid. LARENZ, K.: La metodología de la Ciencia del Derecho, Ariel, 1994, pg. 360 y BOBBIO, N.: Teoría General del Derecho, Debate, 1990.

indemnización resarcitoria que corresponda por lesión de derechos fundamentales –y por razón del acoso – “será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo de acuerdo con lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores». Se modifica, así mismo, el art. 27.2 LPL, para establecer, como ya anticipara la doctrina unificada comentada, una excepción a la regla general de prohibición de acumulación de ninguna otra a las acciones de despido y extinción del contrato de trabajo del art. 50 LET; ahora, con la reforma, «Lo anterior se entiende sin perjuicio de la posibilidad de reclamar, en los anteriores juicios, la indemnización derivada de discriminación o lesión de derechos fundamentales conforme a los artículos 180 y 181 de esta Ley.», previsión que por razones sistemáticas hay que entender aplicable en todo caso a la acción resarcitoria anudada a los supuestos de acoso.

5. Dimisión provocada ex art. 50 LET y resarcimiento de daños derivados del AMT. La quiebra del sistema legal laboral de tasación indemnizatoria por violación de derechos fundamentales

Adelantada ya la afortunada e indispensable corrección del TS en relación con la compatibilidad de la indemnización tasada ex art. 50. 2 LET y la adicional por vulneración de derechos fundamentales ex art . 180.1 y 181 LPL, así como la posibilidad de acumulación de las acciones extintiva y resarcitoria en el mismo procedimiento resolutorio y su reciente recepción legal a través de la LOI, ahora, tras ese análisis efectuado básicamente en clave procesal, el estudio debe centrarse en la vertiente sustantiva del resarcimiento de los daños derivados de un proceso de AMT –y, en general, de la lesión de derechos fundamentales – en el marco de la resolución contractual del art. 50 LET. Es decir, corresponde aquí recalar en el problema de si la indemnización tasada prevista para la dimisión provocada en el apartado 2 de dicho precepto resarce la totalidad de los daños y perjuicios provocados por la conducta ilícita del empleador o, si por el contrario hay argumentos que avalen la quiebra del modelo legal de tasación indemnizatoria vinculado a la extinción contractual en supuestos en que el incumplimiento contractual interesa a derechos fundamentales produciendo una pluralidad de daños de diversa naturaleza.

5.1 AMT, lesión de derechos fundamentales y vertebración de los conceptos indemnizables.

Conforme a lo anterior, habrá que determinar, en primer lugar, cuáles son los daños derivados del AMT, para después ponderar los mecanismos adecuados y suficientes para la compensación íntegra de los mismos en fiel cumplimiento de ese principio general del Derecho de daños. Con tal objetivo es obligado "revisitar" la jurisprudencia tradicional del TS respecto a la vertiente resarcitoria del instituto resolutorio y su aplicación a los supuestos en que la defensa frente al acoso se vehiculiza a través de esta vicisitud extintiva para insistir en sus carencias y debilidades y poner de relieve los avances que aporta en este sentido.

Conocida ya la pluriofensividad del AMT, esto es, la pluralidad de derechos ordinarios y fundamentales que pueden quedar afectados, el punto de partida debe ser la definición de los daños que pueden derivar de la conducta antijurídica, es decir, de los conceptos indemnizables y aquí, de nuevo, surge un escenario complejo de daños en el que, como bien acaba de precisar el TS al hilo de la corrección del criterio de complementariedad indemnizatoria en AT, debe rechazarse su valoración conjunta por parte del juzgador y atenderse a una determinación y valoración vertebrada o estructurada de los mismos que diversifique los daños patrimoniales, los daños biológicos y psicológicos y los daños morales¹⁴¹³. En este sentido, las secuelas dañosas del AMT pueden comprender una pluralidad de daños a la víctima de diversa naturaleza: a) materiales o patrimoniales, en su doble vertiente de daño emergente –incremento de gastos ocasionados a la víctima y su familia – y lucro cesante –disminución de la capacidad de ganancia anudada a la pérdida del empleo – que incluye la pérdida de cualquier tipo de ingresos (no sólo

¹⁴¹³ Vid. SSTSud 17 de julio de 2007 (RJ 8300 y 8303) y sus relevantes correcciones de la tradicional doctrina la complementariedad de indemnizaciones en AT en aplicación de la regla "compensatio lucri cum damno", compensación derivada del principio jurídico, amparado en el artículo 1-4 del Código Civil que prohíbe el enriquecimiento injusto. El TS precisa que la regla de la compensación indemnizatoria debe aplicarse previa valoración vertebrada de los daños causados, con el objeto de que la compensación opere exclusivamente sobre conceptos homogéneos.

salariales) e, incluso, de expectativas de mejora profesional¹⁴¹⁴; b) biológicos o corporales, esto es, los deducidos en su caso –puesto que este tipo de daños no deben ser considerados inherentes al ilícito –, del quebranto de la salud física y/o psíquica que eventualmente pueda producir el AMT al trabajador y c) el daño moral, en toda su extensión, que se identifica con el afectante a la dimensión espiritual de la persona, de modo que más allá del tradicional “pretium doloris” o sufrimiento personal por una intromisión ilegítima perturbadora de su personalidad, alguna jurisprudencia lo liga a la propia lesión del derecho fundamental, esto es, el desvalor que representa el quedar privado del disfrute legítimo del mismo.

Es importante, no obstante, recordar que de todos ellos el único daño inherente, consustancial al AMT –como a otras especies de acoso laboral – es el daño moral; los materiales y biológicos, aunque frecuentes, son accidentales. En este sentido, es demasiado frecuente un doble y errático enfoque en la doctrina judicial, que ya se ha tenido la oportunidad de descalificar y que no es preciso referenciar de nuevo aquí, en el que parece incurrir también ahora el propio TS en su actual doctrina unificada sobre acoso moral¹⁴¹⁵: por un lado, parece anudarse el daño psíquico a la noción de AMT hasta el punto de considerarlo, explícita o implícitamente, un elemento estructural o requisito del tipo o conducta ilícita y, por otro lado, se identifica daño psíquico y moral siguiendo una línea de tendencia jurisprudencial habitual al enfrentarse a la definición de los daños extrapatrimoniales.

En cuanto al primer equívoco, reiterar que, como se deduce del tipo legal de acoso laboral discriminatorio recepcionado del Derecho comunitario, el daño psíquico, las secuelas en la salud del trabajador, no son un elemento integrador de la conducta antijurídica, aunque sea una consecuencia usual en los supuestos de acoso, y de presentarse o actualizarse tendría su debida proyección en el ámbito reparador de la Seguridad Social correspondiente a AT, en el ámbito estrictamente indemnizatorio complementario o, eventualmente como agravante a ponderar en el plano sancionador.

¹⁴¹⁴ Sobre la valoración de la pérdida de expectativas de mejora profesional, vid., expresamente, STSud 21-1-2008 (RJ 2071)

¹⁴¹⁵ STSud 17-5-2006, cit. F.J. 6º se refiere a los daños “inherentes a la lesión del derecho fundamental del trabajador que se concretan en el padecimiento psíquico derivado del comportamiento empresarial”, lo que obliga al resarcimiento “de los daños materiales y morales que comporta la enfermedad psíquica que (...) tiene que soportar el trabajador”

En lo concerniente a lo segundo, coincido con tesis de la doctrina más autorizada – que parece recepcionar la más reciente jurisprudencia – de que conceptualmente daño psíquico y daño moral responden a lógicas diversas¹⁴¹⁶. En efecto, el daño psíquico hace referencia a un quebranto de la salud psíquica o mental del trabajador que, incluso, podría entroncar con el daño corporal en sentido amplio; un daño que acompaña, sin duda, al AMT pero, como se ha dicho, potencialmente. Dicho en otras palabras, el acoso genera un grave riesgo para la salud psíquica de la víctima que, conforme a reciente doctrina constitucional, ya comentada, aun no actualizándose con un daño psíquico cierto, comportará igualmente una lesión del derecho fundamental a la integridad psíquica ex art. 15 CE¹⁴¹⁷. Sin embargo, el daño moral, entendido por consolidada jurisprudencia del propio TS como lesión atinente a bienes inmateriales conectados con la vertiente espiritual y sentimental del afectado: el sufrimiento y discapacidad que comporta la intromisión ilegítima en la esfera espiritual de la persona, en el honor, el prestigio personal, las relaciones sociales, familiares y lúdicas e, incluso, como expresión máxima del desvalor anudado al hecho mismo de privación del disfrute pacífico de valores constitucionales (la dignidad) y derechos fundamentales (la integridad moral), es un tipo de daño actual y omnipresente en todo supuesto de AMT, haya o no daños psíquicos, esto es, menoscabo cierto de la salud psíquica del trabajador-víctima. Pues bien, tal confusión presenta visos de no corregirse, dado que se reitera y explicita en la más reciente jurisprudencia unificada sobre acoso¹⁴¹⁸.

¹⁴¹⁶ MOLINA NAVARRETE, C.: “¿La “justicia” contra el acoso moral...”, cit., pg. 181-182. En el mismo sentido pero con carácter general respecto a la responsabilidad indemnizatoria en el contrato de trabajo, vid. SEMPERE NAVARRO, A.V./ SAN MARTIN MAZZUCCONI, C.: La indemnización por daños y perjuicios en el contrato de trabajo, Cizur Menor, Aranzadi, 2003, pg. 56.

¹⁴¹⁷ Vid. SSTC 5/2002, de 14 de enero; 119/2001, de 24 de mayo; 62/2007, de 27 de marzo y STC 160/2007, de 2 de julio, cit. Para el TC, en efecto, el comportamiento que afectaría al ámbito protegido por el art. 15 CE se integra “cuando tuviera lugar existiendo un *riesgo constatado de producción cierta, o potencial, pero justificado ad casum*, de la causación de un perjuicio para la salud” del trabajador, de modo que “para apreciar la vulneración del art. 15 CE en esos casos *no será preciso que la lesión de la integridad se haya consumado, lo que convertiría la tutela constitucional en una protección ineficaz ex post*, bastando por el contrario que se acredite un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse”¹⁴¹⁷.

¹⁴¹⁸ La confusión conceptual se reitera, si cabe más explícitamente, en la STSud 20-09-2007 (RJ 8304) relativa a un supuesto de resolución contractual ex art. 50 por acoso en la que se reitera la doctrina de la acumulación indemnizatoria; para el TS, la “infracción del deber de protección que incumbe a la empresa y del derecho a la integridad que corresponde al trabajador han producido un acreditado daño psicológico, con estrés.... *Estrés que responde al concepto de daño moral habitualmente manejado por la jurisprudencia*, tanto en su integración negativa como detracción que sufre el perjudicado no referida a

5.2 El resarcimiento indemnizatorio del AMT en el art. 50 LET: principio de reparación íntegra vs. sistema de tasación legal indemnizatoria

Determinados de forma vertebrada los daños producidos por el AMT, esto es los conceptos indemnizables, habrá que atender a su valoración judicial con el objeto de hacer efectivo su resarcimiento íntegro y proporcionado mediante las correspondientes indemnizaciones. En el plano del resarcimiento del AMT, cualquiera que sea la vía procesal elegida por el trabajador para recabar la tutela ante el ilícito, deben tener plena virtualidad los principios jurídico generales del Derecho de daños - responsabilidad por daños a la persona del trabajador – y, en particular, el de reparación íntegra (*restitutio in integrum y compensatio cum danno*) de todos los causados y reparación proporcionada entre el daño y la indemnización a obtener, si bien fortalecidos y renovados ahora por su comprensión evolutiva a la luz de la proyección constitucional de los bienes jurídicos y derechos implicados y el nuevo arsenal de técnicas arbitradas para la protección frente a la violación de derechos fundamentales y, señaladamente, frente al acoso discriminatorio que *analogía legis* deben entenderse aplicables al género AMT.

Si esto es así, como se fundamentará a continuación, no resulta suficientemente sólido ningún argumento que busque escamotear este modelo de garantía reparadora reforzada a la vía resolutoria ex art. 50 LET como hasta ahora ha venido haciendo inpenitentemente cierta doctrina y la jurisprudencia interpretativa tradicional del precepto estatutario, hasta la ruptura de ese criterio por la sentencia de 17 de mayo de 2006.

Son dos las ideas fuerza que vertebran la vieja doctrina contraria a la compatibilidad de indemnizaciones adicionales a la tasada del art. 50 LET. La primera, apunta a que existiendo una previsión indemnizatoria específica en la norma laboral, no es posible acudir a otros sectores del ordenamiento (particularmente el CC) para alargar el cauce indemnizatorio, esto es, la *lex specialis* se superpone, así, al régimen indemnizatorio propio de las normas

los daños corporales materiales o perjuicios, y que supone una inmisión perturbadora de su personalidad, como en su integración positiva de categorías anidadas en la esfera del intimismo de la persona...”

civiles sobre responsabilidad contractual. La clave de este razonamiento reside en que el precepto estatutario, y en general toda la normativa laboral, ha optado por un modelo de indemnizaciones tasadas que, a cambio de exonerar de la carga de la prueba de los daños producidos por el ilícito empresarial, implica la neutralización en el ámbito del contrato de trabajo del principio general de “restitutio in integrum” o, incluso más allá, se llega a la axiomática conclusión de que la indemnización legalmente tasada por la norma laboral satisface íntegramente los daños derivados del incumplimiento empresarial cualquiera que sea su índole¹⁴¹⁹.

La segunda, reside en la tesis de la existencia de una (presunta) prohibición de sancionar civilmente la responsabilidad por un mismo incumplimiento con dos indemnizaciones - a modo de un trasunto del principio non bis in idem propio del ámbito punitivo-sancionador-, que además de carecer de fundamento jurídico entra en evidente contradicción con la consolidada y ya comentada doctrina del propio TS (primero Sala Civil y después Sala Social) sobre responsabilidad e indemnización adicional por AT.

Pues bien, como se ha dicho existen fundados argumentos de orden constitucional y de legalidad ordinaria -europea y estatal – que confluyen en orden a la quiebra de esta tesis, al menos cuando se trate de supuestos de resolución contractual con afectación de derechos fundamentales del trabajador.

Debe apelarse, en primer lugar, a la tesis integrativa o cumulativa que resulta de la interpretación sistémica del art. 182 y 181.1 LPL en relación con el art. 50 LET, de la que se infiere que los requerimientos constitucionales exigen la valoración y resarcimiento autónomo de los daños vinculados a la lesión de derechos fundamentales, sin perjuicio de la reparación de los derivados directa y exclusivamente de la extinción contractual forzada o provocada en donde se contextualice la lesión. Desde esta perspectiva, aflora la idea de que la indemnización tasada legalmente sólo toma en consideración

¹⁴¹⁹ Para esta jurisprudencia tradicional relativa al art. 50 LET, vid. por todas, STS 3-4-1997 (RJ 3047) y las más recientes SSTSud 11-3-2004 (RJ 3401), 25-11-2004 (RJ 1058). Un sector de la doctrina científica ha sostenido también esta misma interpretación, vid. RODRIGUEZ-PIÑERO/FERNANDEZ LOPEZ: La voluntad del trabajador, cit., pg. 222, que interpretan que la remisión del art. 50.2 LET a la indemnización por despido provocaría “un efecto de absorción sobre cualquier indemnización que el trabajador reclamase fundada en los mismos hechos que han servido de base para la estimación de la acción resolutoria”. En el mismo sentido, SEMPERE NAVARRO/SAN MARTÍN MAZZUCCONI: La indemnización por daños y perjuicios en el contrato de trabajo, cit. pp. 87-88 y 94.

a efectos reparadores la pérdida injustificada del empleo por el trabajador, resultando irrelevantes para el legislador las circunstancias del ilícito empresarial, las personales del trabajador y la magnitud del daño inflingido a éste, de modo que de existir “daños colaterales” ajenos al estándar indemnizatorio de la extinción y de quedar probados habría de entrar en juego, de nuevo, el principio de reparación integral, siempre que haya una previsión legal que consagre bienes y derechos jurídicamente protegibles de forma autónoma en el marco de la relación laboral¹⁴²⁰.

Este criterio hermeneúutico debe conectarse, además, con la doctrina constitucional que proscribe la minoración de garantías de efectividad de los derechos fundamentales en función del tipo de procedimiento en el que se invoquen (STC 257/2000 y 10/2001)¹⁴²¹ y que ya había encontrado la debida recepción por la Sala Social de TS en materia de despido, precisamente en lo atinente a la aplicación de la indemnización resarcitoria del art. 181 LPL¹⁴²². Esta tesis conjugada con la también doctrina constitucional sobre indemnización y efectiva reparación de derechos fundamentales¹⁴²³, no pueden sino abocar a la solución de que “si se limitase la protección del derecho fundamental a que su vulneración únicamente justificase la extinción del contrato por voluntad del trabajador, como si de cualquier otro incumplimiento contractual se tratase y sin otro resarcimiento que no fuese el genéricamente previsto para tales supuestos, ello equivaldría a rebajar la cualificada posición del derecho lesionado [reduciéndolo a la categoría de un derecho ordinario] y a

¹⁴²⁰ Vid. a este respecto, con análisis detallado de los antecedentes normativos del actual sistema legal de responsabilidad indemnizatoria en la extinción del contrato de trabajo, FERNANDEZ LOPEZ, M.F.: “Indemnizaciones tasadas por daños con ocasión de la extinción del contrato de trabajo”, RDS, nº 29, 2005pp. 50-61 y 66.

¹⁴²¹ El TC entiende, en efecto, que no sería constitucionalmente aceptable que la protección judicial que se otorgue en estos procedimientos sea menor, en atención a meras cuestiones formales – cual es la materia en la que se concreta la lesión –, a la dispensada en el marco de la modalidad de amparo ordinario, ya que ello supondría una ruptura injustificada del nivel de protección de los derechos fundamentales y, con ello, el incumplimiento del mandato del art. 53 CE, así como una conculcación del derecho a la tutela judicial efectiva ex art. 24.

¹⁴²² STS 12-6-2001 (RJ 5931), para la modalidad procesal de despido comprendida en el ámbito de la remisión efectuada por el art. 182 LPL y respecto a la indemnización resarcitoria de los daños derivados de la lesión de derechos fundamentales. Doctrina reiterada con posterioridad en relación con

¹⁴²³ Según esta doctrina, «la Constitución protege los derechos fundamentales... no en sentido teórico e ideal, sino como derechos reales y efectivos» [STC 176/1988, de 4/octubre [RTC 1988, 176] , F. 4], y de que -concretamente- los arts. 9.1, 1.1 y 53.2 CE (RCL 1978, 2836) impiden que la protección jurisdiccional de los derechos y libertades se convierta en «un acto meramente ritual o simbólico» [STC 12/1994, de 17/enero [RTC 1994, 12] , F. 6], lo que igualmente proclaman, en el ámbito propio del amparo constitucional, los arts. 1, 41 y 55 LOTC (RCL 1979, 2383) (SSTC 186/2001, de 17/septiembre [RTC 2001, 186] , F. 7; 247/2006, de 24/julio [RTC 2006, 247] , F. 8).

desconocer la singular protección de que goza en la legislación constitucional”¹⁴²⁴.

En segundo lugar, no puede obviarse tampoco aquí la prohibición de tasar las indemnizaciones resarcitorias cuando se vean comprometidos determinados derechos de la personalidad del trabajador en casos de discriminación y, en particular, de acoso discriminatorio, tal y como se prevé en la Ley 51/2003 (art. 18.2 en trasposición de las Directivas antidiscriminatorias), trasladable, dada la identidad de razón reguladora, al AMT a través de un interpretación analógica del art. 180.1 LPL. Por último, procede también aquí la puesta en valor del efecto punitivo-disuasorio de futuras violaciones que debe llevar anudada la indemnización por lesión de derechos fundamentales, conforme a la previsión establecida en las directivas comunitarias antiacoso (Directivas 2000/43/CE [LCEur 2000, 1850] ; 2000/78/CE [LCEur 2000, 3383] ; y 2002/73/CE [LCEur 2002, 2562]), que ahora lege data se transpone al Derecho interno a través de la Ley 51/2003 (art. 18.2) y se infiere de la LOI al establecer la exigencia de un sistema de indemnizaciones *efectivas y proporcionadas* al perjuicio sufrido, así como de un sistema eficaz y *disuasorio* de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias, incluidas las de acoso (art. 10 LOI)¹⁴²⁵, lo que más que a un sistema autónomo de indemnizaciones punitivas, apuntaría, según la doctrina, a un plus indemnizatorio superador de la regla general de proporcionalidad en materia resarcitoria.

Todos estos argumentos, o gran parte de ellos, por los que desde tiempo atrás venía abogando la doctrina científica especializada, han sido ahora recepcionados primero por la sentencia de 17 de mayo de 2006 (STS 7176/2006) y después con mayor concreción en la fundamentación de la *ratio decidendi* de la más reciente sentencia del TS sobre indemnización adicional por AMT, ambas en el marco de la acción resolutoria del art. 50 LET (STSud

¹⁴²⁴ STSud 8304/2007, FJ 3^o.

¹⁴²⁵ No obstante, un sector doctrinal entiende que no cabe interpretar el precepto en el sentido de que pueda servir de fundamento único para la creación de un sistema autónomo de indemnizaciones de carácter punitivo anudadas al acoso, por lo que, para ello, sería precisa su reconducción a las normas procesales laborales a cuyo amparo pudieran establecerse. Por el contrario, se plantea que la expresión legal pudiera referirse a sanciones administrativas específicas para los supuestos de acoso discriminatorio reconducibles, cuando éste se actualice en el ámbito laboral, a la LISOS. Vid., en este sentido, MERCADER UGUINA, J. R., «La "parte general" de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R. (Coords.), *La Ley de Igualdad:...*, cit.

8304/2007, de 22-9), cuya doctrina es extensible, no obstante, a todo incumplimiento empresarial por el que se vean comprometidos derechos fundamentales del trabajador.

En este último sentido y a modo de inciso, es conveniente traer a colación la tesis mantenida por el ya mencionado cuerpo de doctrina de suplicación –que aun enmarcada en procesos especiales de tutela es trasladable, a mi entender, al procedimiento resolutorio– que viene considerando que modificaciones sustanciales u otro tipo de medidas empresariales gravemente atentatorias de la dignidad del trabajador, aisladamente consideradas, esto es, sin necesidad del concurso duradero y recurrente con otros actos de presión psicológica o bien en ausencia de la intencionalidad lesiva –y por tanto no identificables con el tipo jurídico de AMT– puedan engendrar una lesión del derecho fundamental a la integridad psíquica y/o moral cuando conforman un contexto de hostigamiento o vejación del trabajador, de modo que de activarse la facultad resolutoria ex art. 50 LET serían aplicables todas las técnicas de readaptación funcional del instituto extintivo en orden a la tutela efectiva de los derechos fundamentales lesionados, incluyendo la indemnización adicional a la tasada por el legislador laboral en los mismos términos que acaban de señalarse para el AMT. Este planteamiento es, en efecto, el sostenido por algunos pronunciamientos en relación con medidas de modificación sustancial –e incluso de movilidad funcional– con degradación funcional que menoscaban gravemente la dignidad hasta el punto de entenderse que llegan a interesar los derechos constitucionales a la integridad moral (y el honor) del trabajador¹⁴²⁶. Del mismo

¹⁴²⁶ Vid., en este sentido, aunque no en el marco del procedimiento resolutorio sino de un proceso de tutela de derechos fundamentales, Sentencia del TSJ de Cataluña [AS 2007, 197] y la más reciente SJS nº 2 Navarra-Pamplona 23-08-2007 (PROV 2007\316084), para la que las medidas empresariales enjuiciadas son “decisiones que, sin ser conceptualmente constitutivas de acoso laboral, tanto en su consideración contextual o global como individualmente consideradas son contrarias a los derechos fundamentales al honor y a la integridad moral del actor y gravemente lesivas de su dignidad personal. (...) Tales hechos, en sí mismos, en relación con el motivo empresarial aducido, configuran de nuevo, al menos indiciariamente, una presunción judicial favorable a la lesión de derechos invocada que sustenta la corrección de la carga probatoria del art. 179, 2 LPL (RCL 1995, 1144 y 1563) y que reclama, para su eventual neutralización, una justificación reforzada de la actuación empresarial”.(.....) “las decisiones empresariales adoptadas con respecto al demandante a partir de agosto de 2006, en especial su cese en la unidad en la que prestaba servicios y su posterior traslado a la oficina de Beriain, carecen de justificación alguna y, en el contexto en que se producen, constituyen trasgresión de derechos fundamentales y libertades públicas contenidos en la sección primera del capítulo II de la parte dogmática de la Constitución Española”. En la misma línea de afectación de derechos fundamentales incluso para un supuesto no constitutivo de modificación sustancial, sino de mera movilidad funcional, vid. STSJ

modo, se detecta una significativa línea de tendencia en la doctrina judicial que viene aceptando como incumplimiento empresarial subsumible en el art. 50.1.c) LET la omisión de los deberes preventivos de riesgos psicosociales, como el estrés laboral, con producción de daños psíquicos al trabajador, aunque sin llegar al explorar adecuadamente, salvo alguna excepción, el alcance de su proyección en el derecho a la salud y su conexión con el derecho a la integridad psíquica ex art. 15 CE a efectos resarcitorios, es decir en relación con la indemnización adicional a la tasada del precepto estatutario¹⁴²⁷.

Retomando la centralidad del análisis, ha de reconocerse que, con todo y sin perjuicio del peso de los argumentos de orden constitucional y de legalidad supranacional y estatal que avalan la tesis de la complementariedad indemnizatoria en los supuestos de incumplimientos empresariales lesivos de derechos fundamentales, no parece, sin embargo, asumible un enfoque que reniegue totalmente de las principios y reglas civiles sobre responsabilidad por daños que contribuyan a sustentarla¹⁴²⁸. Al fin y al cabo es en los arts 1101 y 1106 CC dónde, en mi opinión, hay que encontrar el fundamento último del resarcimiento íntegro que representa la indemnización “civil” prevista en los arts. 180.1 y 181 LPL respecto de los daños derivados de la afectación de derechos fundamentales y del acoso¹⁴²⁹; de lo que se trata más bien, en mi opinión, es de adaptar dichas reglas a la nueva realidad social y jurídico-

Cataluña 21-11-2003 (AS 671); la sentencia recepciona en su fundamentación jurídica la tesis doctrinal de que “ la movilidad funcional ordinaria (horizontal) en el seno de una categoría profesional o extraordinaria (vertical) aun cumpliendo la exigencia de la causalidad y temporalidad, puede vulnerar del derecho a la dignidad (e indirectamente el derecho al honor y a la propia imagen). En resumen, el respeto a la dignidad (y dentro de ella el derecho al honor y la propia imagen en los términos que se definen en sentencia de 11-4-1994 [RTC 1994, 99] del Tribunal Constitucional) es invocable ante todo tipo de movilidad funcional e incluso para aquella que respete los límites funcionales de su ejercicio”. Desde esa óptica, con la degradación profesional sufrida por el trabajador “la imagen proyectada en las áreas personal y social sufrían un indudable quebranto, que repercutiría desfavorablemente en su propia estima y en la imagen que transmitía a terceros con los que había mantenido relación en época anterior. Ese conocimiento existía previamente al desplazamiento y obligaba a la empresa a autolimitarse en una decisión que sabía podría conllevar aquellas consecuencias no deseables”, por lo que le imputa una responsabilidad por la lesión de los derechos fundamentales invocados.

¹⁴²⁷ Vid., en este sentido, SJS n^o 4 Barcelona 23-12-2003; SJS n^o 32 Madrid 14-01-2005, confirmada por STSJ Madrid 5-10-2005 (rec. 2236/2005); SSTSJ Castilla La Mancha 14-05-2005 y 26-07-2006; STSJ Valencia 9-05-2006. La STSJ Asturias 3-3-2006, sin embargo, sí condena al pago de indemnización complementaria por daños psíquicos y morales al trabajador.

¹⁴²⁸ Se han reprochado doctrinalmente los intentos de retorno al CC en búsqueda de argumentos para desautorizar la tesis tradicional de la incompatibilidad de indemnización adicional a la tasada, vid. MOLINA NAVARRETE, C.: “La compatibilidad de indemnizaciones...”, cit. pg. 154.

¹⁴²⁹ Los artículos 1101 y 1106 del Código Civil muestran que quien causa un daño a la integridad de una persona debe repararlo íntegramente, lo que supone que la norma garantiza al perjudicado la total indemnidad por el hecho lesivo.

constitucional en la que deben ser aplicadas. La referencia al CC no debe perderse de vista, en efecto, por mucho que la propia jurisprudencia que acepta ahora el criterio de la complementariedad indemnizatoria en el marco del art. 50 LET (STS 7176/2006 y sucesivas) insista, con razón, en que en realidad no ha habido un cambio de criterio, sino una mera modulación, pues sólo se admite la indemnización adicional para la reparación de los daños producidos por la lesión de derechos fundamentales vinculados al AMT al amparo del art. 180. 1 y 181 LPL, pero se mantiene el rechazo a que el fundamento de dicha indemnización complementaria se encuentre en las normas civiles de responsabilidad contractual.

Y ahí radica, en mi opinión, una de las principales debilidades de esta doctrina, ya que si de lo que se trata es de que, como reconoce ahora expresamente el TS (STSud 8304/2007, de 22-9), “en situaciones como la presente (resolución contractual casualizada en AMT), en que se invoca la vulneración de un derecho fundamental como causa extintiva del contrato de trabajo, el daño a resarcir no es uno sólo, sino que son dos: a) de un lado la pérdida del empleo, que ha de atribuirse al incumplimiento empresarial legitimador de la acción rescisoria y que tiene una indemnización legalmente tasada, la prevista en el art. 50 ET; y b) de otro, el daño moral que ha de producir -en términos generales- esa *conculcación del derecho fundamental* y que forzosamente ha de imputarse al infractor, a quien -además- *le es exigible por tal consecuencia la indemnización prevista en el art. 1101 CC*”¹⁴³⁰ - como ya hicieron anteriormente los Votos Particulares a la STS 3401/2004 de 14 de marzo y 7176/2006, de 17 de mayo –, esto es, si se reconoce expresamente la existencia de otros daños adicionales no cubiertos por la valoración legal estandarizada del art. 50.2 LET, no se alcanza a encontrar la razón por la cual esos daños – en particular los daños morales – derivados del incumplimiento grave del empresario tipificado en el precepto estatutario no deban ser también resarcidos conforme al art. 1101 y ss CC, cualquiera que sea la naturaleza de los derechos afectados¹⁴³¹.

¹⁴³⁰ STSud 8304/2007, de 22-9, cit.

¹⁴³¹ En el mismo sentido, NAVARRO NIETO, F.: La tutela jurídica frene al Acoso Moral Laboral, Thomson-Aranzadi, 2007, pg. 208.

Esta es, precisamente, la tesis mantenida por el Voto Particular formulado a la STSud 3401/2004¹⁴³² y reiterado en el formulado a la posterior STSud 7176/2006¹⁴³³, por la que venía abogando también desde tiempo atrás autorizada doctrina y que desde aquí que esencialmente comparto. El argumento central de esta tesis reside, como se ha visto, en que las indemnizaciones tasadas vinculadas a la vicisitud extintiva del contrato de trabajo – en particular la del despido improcedente - sólo ponderan la pérdida ilegítima del puesto de trabajo¹⁴³⁴, por lo que pudiendo existir otros daños derivados del incumplimiento empresarial y quedando éstos acreditados, habrían de ser también valorados para su resarcimiento adicional, ya se trate de un ilícito empresarial con relevancia constitucional o de legalidad ordinaria, pues de otro modo se exoneraría injustificadamente al infractor causante de los restantes daños de la obligación de repararlos. A mayor abundamiento, la interpretación del art. 50 LET a la luz de su tronco civil ex art. 1124 CC, pone

¹⁴³² La discrepancia con la sentencia reside en que “la incompatibilidad que, aplicando la doctrina de la sentencia de 3 de abril de 1997 (RJ 1997, 3047) , viene a apreciarse entre la indemnización por la resolución del contrato y la indemnización por los daños derivados de la conducta vejatoria empresarial que se reclaman en este proceso. En mi opinión, *no hay tal incompatibilidad* y la doctrina de la sentencia de 3 de abril de 1997 debe ser revisada, porque *la indemnización prevista en el artículo 50.2 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) repara exclusivamente el daño producido por la pérdida del empleo, derivada de la extinción del contrato de trabajo provocada por la conducta ilícita del empleador, mientras que la indemnización que aquí se reclama no tiene por objeto reparar la pérdida del empleo, sino los daños psíquicos y morales que la conducta empresarial ha provocado en el actor* aquejado de un proceso depresivo que ha determinado el reconocimiento de una incapacidad permanente. Son daños distintos que han de ser objeto de reparación independiente, pues de lo contrario se está exonerando al causante de la obligación de reparar las consecuencias de un acto ilícito que no han sido compensadas por una indemnización que sólo cubre el daño derivado de la extinción del contrato, como se advierte si se tiene en cuenta que aquella reparación hubiera sido posible si el contrato no se hubiera extinguido”.

¹⁴³³ El Voto Particular discrepante insiste en la misma tesis del anterior formulado a la STS 3401/2004 para cuya virtualidad considera irrelevante que el incumplimiento empresarial causante del daño tenga o no relevancia constitucional: “debate es si, aparte del daño que produce la conducta empresarial vejatoria, al obligar al trabajador a extinguir su contrato de trabajo (la pérdida del empleo), hay otro daño que deba también ser indemnizado (el sufrimiento moral y sus secuelas psíquicas) y esos daños indemnizables son, como tales, independientes de la calificación jurídica del incumplimiento (constitucional o meramente contractual). Al trabajador se le indemniza porque ha sufrido un daño y porque la conducta que lo ha producido es ilícita. Pero a efectos de la reparación es indiferente que la conducta ilícita lo sea por violación de una norma constitucional o por violación de una obligación contractual. (...).Lo que está tasado en el ordenamiento laboral es la indemnización por extinción del contrato de trabajo; no las indemnizaciones por daños producidos al margen de esa extinción y que pueden concurrir con ella.

¹⁴³⁴ DESDENTADO BONETE, A y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: Despido y jurisprudencia: La extinción del contrato de trabajo en la unificación de doctrina, Lex Nova, 2002, pp. 171-172; FERNANDEZ LOPEZ, M.F.: “Indemnizaciones tasadas por daños...”, cit., pp. 67. Para estos autores, la tasación legal se abstrae de las circunstancias del incumplimiento empresarial, de las personales del trabajador y de la magnitud de los daños sufridos por éste. Esto es se exonera al trabajador de la carga probatoria de los daños y se elimina la discrecionalidad judicial en su valoración, pero se hace a costa de que el quantum no guarde relación alguna con el perjuicio real producido por el acto extintivo.

de relieve que si conforme a éste precepto civil la indemnización por el incumplimiento resolutorio procede tanto se opte por la exigencia del cumplimiento cuanto por la resolución contractual, parece fácil inferir que la indemnización anudada legalmente a la opción extintiva (en el ámbito laboral, la del art. 50.2 LET) no puede agotar todos los daños derivados del incumplimiento, sino únicamente los ligados a la pérdida del empleo, a la que habría que agregar otra adicional para el resarcimiento de los daños colaterales que corresponde aplicar igualmente cuando se opta por el cumplimiento descartando la solución extintiva del contrato. Desde este punto de vista, pues, se postula la irrelevancia, a efectos de resarcimiento integral, de que el ilícito empresarial ex art. 50. 1 LET lo sea por vulneración de derechos fundamentales u ordinarios, abogando por la extensión del criterio de la compatibilidad indemnizatoria por resarcir todos los daños causados a cualquier género y alcance de incumplimiento empresarial en el que se acrediten daños patrimoniales o extrapatrimoniales – biológicos y morales – inflingidos al trabajador, distintos al menoscabo que supone la pérdida del empleo¹⁴³⁵.

Habría de estarse, desde luego, a una ponderación *ad casum*, que atienda a las circunstancias concurrentes - por otra parte inherente a la dinámica general del art. 50 LET-, en orden a aplicar la indemnización adicional, pero, a mi entender, lo que es difícil de admitir es que la indemnización tasada del despido improcedente, a la que remite el precepto, abarque los daños biológicos y morales vinculados a un eventual quebranto de la salud del trabajador derivado del incumplimiento empresarial (pese a su parcial compensación reparadora a cargo de la Seguridad Social), aunque afecte a un “derecho” carente de valor jurídico-formal de fundamental y, en todo caso, los daños morales que provoca la extinción forzada por un grave incumplimiento empresarial y con ella la lesión del derecho al trabajo –aunque se trate, de nuevo aquí, de un derecho no fundamental en un sentido técnico-

¹⁴³⁵ En contra, MOLINA NAVARRETE, C.: “La compatibilidad de indemnizaciones por “acoso moral”...”, cit., pg. 153-154, para quien en supuestos de lesión de derechos de mera legalidad la disociación de los dos tipos de daños – los derivados de la extinción y los inflingidos por el propio incumplimiento – es “extramadamente artificial”, así como que es no es razonable pensar que el legislador laboral dejara fuera de la valoración estandarizada “el daño moral e incluso determinados daños biológicos”, por lo que no debe considerarse agotada la previsión inddemnizatoria del art. 50.2 LET unicamente a la responsabilidad patrimonial del empleador, sino también a la extrapatrimonial.

jurídico -; si a estos daños se le reconocen autonomía en el contexto del incumplimiento, ¿por qué ha de negárseles una reparación autónoma equiparable a los derivados de derechos fundamentales en sentido técnico-jurídico?

Bien es cierto que no existe una previsión legislativa laboral específica a tal efecto – equiparable a la establecida en los arts. 180.1 y 181 LPL en relación con los daños derivados de la vulneración de derechos fundamentales –, por lo que existiendo entonces una laguna en la *lex specialis* habría de resultar aplicable con carácter supletorio, el régimen común del Derecho de daños y con él el principio de reparación integral vinculado a la responsabilidad contractual positivizado en los arts. 1101 y ss. En otro caso, de entenderse que para trascender del sistema legal de tasación indemnizatoria imperante en el ámbito laboral se precisa una intervención legal específica y expresa en tal sentido, habría que postular *lege ferenda* una modificación del art. 50.2 LET con el objeto de diversificar expresamente los daños que pueda comportar el incumplimiento del empleador y contemplar la posibilidad de una indemnización adicional a la tasada para el resarcimiento independiente de los daños colaterales a la pérdida del empleo cuando resulten convenientemente constatados.

Incluso en la propia STS de 17 de mayo de 2006 se detectan algunos argumentos conformadores de su *ratio decidendi* de los que cabría inferir una solución próxima a la que desde aquí se postula, al menos en determinados casos en que el incumplimiento empresarial ponga en riesgo la salud del trabajador, aunque ello resulte contradictorio respecto a la tesis central en la que apoya el fallo. Así, la sentencia justifica la dualidad indemnizatoria centrándose en el diverso alcance de los incumplimientos empresariales resolutorios del art. 50.1 LET, apelando a que no es equiparable a los restantes encuadrables en el precepto aquéllos que provoquen un menoscabo de la salud del trabajador: “*No es lo mismo la contemplación de una extinción contractual de un trabajador que permanece en situación de sanidad física y mental, de aquella otra en la que, el mismo, queda aquejado de un trastorno psíquico a causa de la conducta empresarial determinante de la extinción contractual operada conforme al art. 50.1.a) del Estatuto de los Trabajadores.*».

Sin desconocer la vertiente negativa de este razonamiento respecto al AMT en el sentido de vincularlo necesariamente a daños psíquicos ciertos a la víctima, interesa resaltar ahora su vertiente positiva que conduce a la solución interpretativa de que en el marco de los incumplimientos resolutorios del art. 50 LET, al margen de su relevancia constitucional, hay que diversificar a efectos resarcitorios los atentatorios estrictamente a la dignidad y/o formación profesional, de aquellos otros en donde se compromete el derecho a la salud, aunque como el derecho al trabajo, no tenga formalmente naturaleza de derecho fundamental, sin perjuicio de que si el comportamiento empresarial pone en grave riesgo cierto o potencial la salud del trabajador, podría quedar también interesado, conforme a la ya comentada doctrina constitucional, el derecho fundamental a la integridad física o psíquica ex art. 15 CE en su relación con el art. 43 CE.¹⁴³⁶ En este sentido, ya hay pronunciamientos judiciales de suplicación aplicando el 50 LET en supuestos de estrés laboral que se vincula al incumplimiento de los deberes de seguridad y algunas implementando la indemnización adicional a la tasada¹⁴³⁷.

Pues bien, si los incumplimientos empresariales atentatorios, real o potencialmente, contra la salud del trabajador, se consideran susceptibles de una ampliación del cauce indemnizatorio previsto en el precepto laboral, no se alcanza la razón de vedar esta reparación complementaria en los supuestos en que el incumplimiento empresarial que causen daños morales: piénsese, por ejemplo, en la afectación de la personalidad, relaciones familiares, amistosas y lúdicas que puede derivar del impago reiterado del salario, que prive de forma duradera al trabajador de la renta necesaria para el sustento propio y familiar o la negativa contumaz del empresario a la reposición de las condiciones de trabajo tras una modificación sustancial injustificada.

5.3 El problema de la acreditación de los “daños colaterales” en la resolución contractual casualizada en AMT. El dismantelamiento de la doctrina de la “no automaticidad de los daños”

¹⁴³⁶ En este sentido, MOLINA NAVARRETE, C.: “¿La “justicia” contra el acoso moral...”, cit., pg. 185

¹⁴³⁷ Vid. SSTSJ Madrid 5-10-2005, Castilla-La Mancha 26-7-2006, Valencia 9-5-2006, que estiman la existencia de incumplimiento empresarial resolutorio en supuestos de estrés laboral derivado de medidas organizativas que ponen en grave riesgo cierto o potencial la salud psíquica del trabajador. La STSJ Asturias 3-3- 2006 en similares circunstancias reconoce además una indemnización adicional a la tasada legalmente .

Volviendo a la tesis de la complementariedad indemnizatoria en los supuestos de dimisión provocada por AMT – y en general, por lesión de derechos fundamentales –, la indemnización adicional procedería, pues, de existir daños colaterales (patrimoniales y/o extrapatrimoniales). A partir de ahí, surge el problema de determinar si estos daños conllevan la carga para el trabajador de su acreditación o si por el contrario se presumen como, *iuris et de iure*, sucede con la pérdida del puesto de trabajo que cubre la indemnización tasada del art. 50.2 LET. Si esto fuera así, la mera producción de la lesión del derecho fundamental conllevaría la presunción del daño moral y la condena automática al pago de la indemnización resarcitoria cuantificada a discreción del Juez, pero la actual jurisprudencia unificada del TS a este respecto discurre por otros derroteros, lo que nos conduce a la referencia al radical cambio de criterio experimentado por la doctrina de nuestro Alto Tribunal en torno a esta materia, esto es, a un análisis crítico del proceso sufrido por la denominada “teoría de la automaticidad del daño” el marco de supuestos de vulneración de la libertad sindical y demás de derechos fundamentales.

En efecto, conforme a la vigente jurisprudencia del TS –relativa al procedimiento especial de tutela, pero trasladable conforme a la tesis integrativa al procedimiento resolutorio ex art. 50 LET en el que se invoquen derechos fundamentales – la existencia de todos los daños, incluidos los de naturaleza moral, derivados de la afectación del derecho fundamental han de ser probados por el trabajador y aportados por él los elementos clave para determinar el montante indemnizatorio que se demanda para su resarcimiento. Con ello se escenifica el abandono de la inicial doctrina de la automaticidad de los daños derivados de derechos fundamentales (en particular los morales) y la consecuente automaticidad de la indemnización resarcitoria. Ello supone un giro copernicano de la primigenia tesis jurisprudencial del TS que venía a sostener que la vulneración de un derecho fundamental judicialmente declarada exime de la prueba del perjuicio para que nazca el derecho al resarcimiento, puesto que «una vez acreditada la vulneración del derecho fundamental se presume la existencia del daño y debe decretarse la indemnización correspondiente»¹⁴³⁸.

¹⁴³⁸ Vid. STS 9-6-1993 e, en igual sentido, STS 8-56-1995 en relación ambas con supuestos de lesión del derecho de libertad sindical, aunque extensible la doctrina a los restantes derechos fundamentales. Esta

Posteriormente, sin embargo, se produce el aludido cambio de la doctrina unificada del TS –fuertemente contestado en la doctrina científica por su carácter restrictivo¹⁴³⁹– que, sobre la base del completo deslinde de lesión (del derecho fundamental) y daños, pasa a exigir al demandante en los procesos de tutela de derechos fundamentales la acreditación de los daños derivados del acto lesivo – incluidos los morales – y la alegación y justificación de las bases y elementos clave de la indemnización reclamada, de modo que quede acreditada «una mínima base fáctica» que permita delimitar tal indemnización¹⁴⁴⁰. En efecto, el TS entiende que art. 180.1 LPL no implica, en absoluto, que la acreditación de la vulneración de un derecho fundamental aboque a la condena automática al pago de una indemnización de la persona conculcadora, sin que el demandante alegue, por un lado, aquellas bases y por otro lado, acredite cuando menos indicios de los daños en los que pueda asentarse dicha condena. La línea argumental que subyace, por tanto, en la nueva y vigente doctrina unificada no puede por menos de ser contestada ya que de su base - la desvinculación entre lesión y daño – se infiere que la vulneración de un derecho fundamental (lesión) no produce en sí misma ningún daño o, dicho de otro modo, el daño – ni siquiera el moral – es inherente a la lesión de un derecho fundamental, la cual, resultado de la conducta ilícita, opera tan sólo como presupuesto de la “resarcibilidad” y precisa del concurso de la demostración de daños adicionales. De este modo, la propia lesión nunca constituirá un concepto en sí mismo indemnizable, al contrario que la primigenia doctrina que al establecer la presunción de los daños venía indirectamente a poner en valor la lesión como elemento principal -sino exclusivo- del contenido del pronunciamiento indemnizatorio.

Desde este entendimiento, no puede caber duda de que el giro jurisprudencial no sólo comporta a efectos prácticos la supresión de una nada desdeñable ayuda procesal al trabajador que alega la vulneración de un

tesis de la indemnización automática probablemente fue acuñada bajo el influjo de la presunción del perjuicio siempre que se acreditara la intromisión ilegítima del honor, la intimidación personal y familiar y la propia imagen, tal como prescribe el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, reguladora de la protección civil de estos derechos.

¹⁴³⁹ Vid. VALLE MUÑOZ, F.A.: “La reparación de las consecuencias ilícitas del comportamiento antisindical: la indemnización procedente”, AL, nº 41, 1999, pp. 804 y ss.; CARDENAL CARRO, M.: La indemnización en los procesos de tutela de la libertad sindical, Cuadernos de Aranzadi Social, nº 23, 2005, pp. 40 y ss.

¹⁴⁴⁰ Cfr., entre otras, las SSTs de 22-7-1996 (RJ 6381), 20-1-1997 (RJ 620); 9-11-1998 (RJ 8917) y 28-02-2000 (RJ 2242), todas ellas también en relación directa con la libertad sindical.

derecho fundamental, sino que, bien mirado, tiene una relevante y reprochable implicación sustantiva, cual es la propia “devaluación del derecho fundamental” dentro del procedimiento judicial ordenado a su tutela efectiva, ya que a efectos resarcitorios su afectación resulta menos importante que cualquier elemento accidental (daños colaterales) traducible a términos monetarios que se produzca con ocasión de su vulneración; así, con la exigencia de búsqueda de ese elemento externo que materialice o visualice la violación del derecho, dicho elemento acapara toda la atención para el pronunciamiento indemnizatorio, haciendo perder a la lesión cualquier relevancia a estos efectos. Se trata de una débil y rechazable argumentación en el marco de la protección de los derechos fundamentales, ya que si bien es cierto que la vulneración de un derecho fundamental puede producir esos daños adicionales (externos), no es menos cierto que la propia lesión constituye, en sí misma, un daño de naturaleza no patrimonial, pero económicamente evaluable, por la afeción al pacífico disfrute del derecho fundamental que la agresión supone al trabajador.

El alcance del cambio jurisprudencial operado es, a mi entender, particularmente grave si se tiene en cuenta, como se ha dicho, que no se limita a neutralizar una importante ayuda procesal al demandante de tutela, sino que al tener repercusiones a nivel sustantivo relativas a la indemnización necesaria para el resarcimiento de los daños fruto del acto lesivo y su quantum, alcanza al mismo contenido esencial de la tutela atribuida al procedimiento de amparo ordinario¹⁴⁴¹ o de cualquier otro procedimiento –como el resolutorio del contrato de trabajo – al que por remisión del art. 182 LPL se debata la lesión de un derecho fundamental, y, en consecuencia pudiera afectar también al derecho a la tutela judicial efectiva ex art. 24 CE.

No obstante, el análisis de la doctrina de suplicación posterior a este giro jurisprudencial pone de manifiesto la existencia de una amplia línea de tendencia en la que, sin perjuicio de recepcionar formalmente la nueva doctrina unificada fuertemente restrictiva del TS, efectúa una “reinterpretación” de la misma sobre la base de una combinación de argumentos que conduce a la recuperación material del punto de partida, esto es, la doctrina de la “automaticidad de los daños”, particularmente los de naturaleza moral que son

¹⁴⁴¹ En este sentido, CARDENAL CARRO, M.: La indemnización en los procesos de tutela de la libertad sindical, cit., pg. 43.

los que asumen el protagonismo en los supuestos de afectación de derechos fundamentales. Así no son inusuales los pronunciamientos que en orden a la aportación de indicios del daño apelan de nuevo a que “la lesión del derecho fundamental produce como daños la falta de su disfrute pacífico, como fruto inevitable de la agresión padecida”¹⁴⁴², o bien, aun admitiendo la exigencia de aportar indicios, consideran circunstancias indiciarias del daño moral los propios hechos relatados en la demanda y acreditados ante el juzgador, “pues todos esos datos forman parte de la descripción completa de la lesión”¹⁴⁴³. Incluso, como argumento de refuerzo de la tesis de la inescindibilidad de lesión y daño y la consecuente indemnización, algunos pronunciamientos judiciales apelan al carácter punitivo y disuasorio de ésta, dado que “cuando lo que se está tutelando es un derecho fundamental, como ocurre en el caso de autos, lo importante, además de la situación concreta enjuiciada, es conseguir el respeto y el cumplimiento del ordenamiento jurídico, por lo que la cantidad a fijar (en concepto de indemnización), amén de la reparación de los perjuicios causados, puede tener un componente punitivo o sancionador que contribuya a los fines perseguidos por la normativa infringida”¹⁴⁴⁴

Por otra parte, en lo atinente a la exigencia de alegar elementos o claves para la cuantificación de la indemnización, la irrelevancia de esta carga del demandante se justifica apelando bien a la “complejidad valorativa del daño moral al tener que ponderarse circunstancias de orden subjetivo de difícil valoración”¹⁴⁴⁵, o bien a las variadas las opciones argumentativas que puede acoger el órgano judicial para el cálculo, ya que los términos de esa operación no son unívocos¹⁴⁴⁶, para concluir –invocando, incluso, jurisprudencia del TS– que en última instancia la valoración de los daños morales y la determinación del montante indemnizatorio será resultado del arbitrio judicial y corresponde

¹⁴⁴² STSJ Galicia 28 abril 2004 (AS 2004, 2274).

¹⁴⁴³ STSJ Murcia 2 marzo 1999 (AS 1999, 6088)

¹⁴⁴⁴ STSJ Cataluña 28 enero 2005 (AS 2005, 436). En similares términos, STSJ Baleares 1 junio 1999 (AS 1999, 2446), para la que “la indemnización tiene un componente sancionatorio que cumple una función preventiva. Pues si la violación del derecho (fundamental) no lleva aparejada ningún perjuicio tangible para el infractor, fácilmente se verá éste inclinado a repetir en el futuro idéntica o parecida conducta ilícita

¹⁴⁴⁵ STSJ Comunidad Valenciana 26 mayo 2004 Rec. 1276/2004.

¹⁴⁴⁶ STSJ Canarias -Las Palmas- 5 abril 2004 (PROV 2004, 153803)

hacerla al juzgador prudencialmente, según las circunstancias de cada caso, la gravedad de la lesión y conforme a las exigencias de la equidad ¹⁴⁴⁷.

En conclusión, pues, esta línea de tendencia judicial conjuga un doble criterio para la recuperación material de la originaria tesis de la automaticidad de daños morales y su resarcimiento en caso de lesión de derechos fundamentales. Por un lado, el criterio de la apreciación de la existencia de daños morales como inherentes o consecuencia natural de cualquier vulneración del derecho fundamental, de manera que los requerimientos alegatorios y probatorios de la STS 22 julio 1996 se referirían más bien o exclusivamente a los daños materiales (apelando a su carácter objetivo que el propio TS contrapone al subjetivo de los daños morales). En segundo término, se esgrime, en concurso con el anterior, el argumento de la libre valoración del juzgador de instancia respecto de los daños morales en base al componente subjetivo de éstos y la pluralidad de criterios de ponderación al servicio de los Tribunales a tal efecto. Este juego argumental combinado se muestra claramente funcional a la elusión de los rigores alegatorios y probatorios reclamados por la doctrina unificada, lo que, a la postre, crea un escenario similar e incluso equiparable al de la presunción de los daños morales establecido por la primigenia doctrina ¹⁴⁴⁸.

Esta postura emergente en la doctrina de suplicación ha resultado refrendada explícitamente primero por el TC en un importante y reciente pronunciamiento sobre vulneración del derecho de libertad sindical ¹⁴⁴⁹ - pero extrapolable *mutatis mutandi* a cualquier otro derecho fundamental o al acoso-

¹⁴⁴⁷ STSJ Cataluña 12 junio 2002 (AS 2002, 2602) .

¹⁴⁴⁸ Vid. al respecto, CARDENAL CARRO, M.: La indemnización en los procesos de tutela de la libertad sindical, cit., pp. 94 y ss. , con acopio de pronunciamientos en tal sentido en relación con la tutela de la libertad sindical.

¹⁴⁴⁹ STC 247/2006, de 24 de julio, para la que constatado “un maltrato o daño psicológico (...) que se da en todo caso, sin que sea factible a veces aportar prueba concreta del perjuicio sufrido y de su cuantificación monetaria, dada su índole”. Para un comentario a dicha sentencia y su corrección de la doctrina del TS de la no automaticidad, vid. CARDENAL CARRO, J.: “La indemnización de los daños infligidos con ocasión de la lesión de derechos fundamentales: el Tribunal Constitucional no considera razonable la Jurisprudencia unificada”, AS, n^o 11, noviembre 2006. El autor constata que aunque el pronunciamiento del TC expresamente salva la vigente interpretación del Tribunal Supremo, desde un punto de vista material propiamente la considera inconstitucional.

en el que, pese a asumir formalmente la tesis restrictiva del TS, la desmantela materialmente mediante una fundamentación jurídica tan contundente que no sólo supone el retorno a la presunción del daño moral por lesión de un derecho fundamental, sino el reconocimiento de que dicha prueba puede resultar en ocasiones imposible; si esto vale para la libertad sindical, cuanto más lo será respecto a un derecho de la personalidad tan sensible como es la integridad moral. Por otra parte, la doctrina ha detectado indicios de que la recuperación de la doctrina de la automaticidad pudiera quedar avalada implícitamente, incluso, por parte del propio TS (STS 17 de mayo de 2006) en relación precisamente con el AMT, hecho que se evidencia de modo reflejo conforme a los términos del Voto Particular formulado a la tesis mayoritaria de la Sala Social reprochándole la confusión entre lesión del derecho fundamental y daño indemnizable por anudar a la constatación de dicha lesión. En efecto, si el voto minoritario esgrime como argumento de discrepancia con la fundamentación jurídica del fallo el de que *“la lesión del derecho fundamental no crea el daño indemnizable; es simplemente una calificación adicional del ilícito que lo ha producido, que no será sólo un incumplimiento contractual, sino también incumplimiento de una norma constitucional (...).La lesión de la norma constitucional que se une a la vulneración de un deber contractual (art. 4.2 e) del ET) puede justificar tratamientos privilegiados en el orden procesal (proceso de tutela y recurso de amparo), pero no produce un daño específico e independiente (a reparar)”*, es porque presupone que esa identificación de lesión del derecho y daño es el criterio sostenido por el voto mayoritario. Si esto es así, estaríamos ante un reconocimiento, aun implícito, del TS de que la afectación del derecho a la integridad moral – inherente a los supuestos de AMT – genera por sí misma un daño moral (que por tanto habría que presumir) que demanda un resarcimiento adecuado y autónomo (determinable discrecionalmente por el Juzgador) respecto de otros daños que puedan derivarse, como ya venía sucediendo, como se ha dicho, en la doctrina de suplicación¹⁴⁵⁰

¹⁴⁵⁰ En este sentido, MOLINA NAVARRETE, C.: “¿La “justicia” contra el “acoso moral”...”, cit., pg. 183-184.

VII. DIMISIÓN PROVOCADA Y OTRAS FORMAS DE ACOSO LABORAL. EL ACOSO SEXUAL

La atención de las instituciones comunitarias respecto al *acoso sexual* en los lugares de trabajo es anterior que la dispensada al AMT, tal y como ha sucedido, en consecuencia en nuestro ordenamiento jurídico interno. A partir de 1986, comienza el proceso de reconocimiento de relevancia comunitaria a la materia y tras un estudio sobre su incidencia real y las posibilidades de actuación comunitaria, fueron adoptadas la Resolución del Consejo CEE de 29-5-1990, la Declaración del Consejo CEE de 19-12-1991, así como la norma más conocida y completa hasta la adopción de la D/2002/73/CEE para la tutela jurídica antiacoso sexual, a pesar de su naturaleza de *soft law*: la Recomendación del Consejo CEE de noviembre de 131/1992 relativa a la protección de la dignidad de hombres y mujeres en el trabajo y el relevante Código de Conducta para combatir el acoso sexual que la acompaña¹⁴⁵¹. En efecto, aunque el enfoque del Código de conducta tiene un enfoque predominante de política de Recursos Humanos, representa una importante contribución a la lucha contra el acoso, ya que avanza el concepto jurídico de acoso sexual ambiental y se califica de riesgo laboral que debe ser objeto de prevención por parte del empleador, apuntándose las medidas preventivas a adoptar al efecto en las organizaciones productivas. Sólo más tarde, a propuesta de los interlocutores sociales europeos (UNICE, CEP y CES), se optó por incluir los conceptos de acoso sexual – agregando el acoso moral por razón de género – en la D/2002/73/CE de 23 de septiembre, de modificación de la D/1976/207/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo. Es a partir de este momento y en el marco del impulso comunitario a las políticas antidiscriminatorias, cuando el acoso sexual, se califica contundentemente ya, junto al acoso moral sexista, en sede normativa, como una conducta

¹⁴⁵¹ A su vez inspiradas en las Directrices de la norteamericana Equal Employment Opportunity Commission (EEOC) de 1980. Iniciativas previas a estos instrumentos jurídicos europeos son el Informe Rubenstein sobre “La dignidad de la mujer en el trabajo. Informe sobre el problema del acoso sexual en los Estados miembros de las Comunidades Europeas” (CEE V/482/1/87, Octubre 1987), que se acompañó de una propuesta de directiva sobre prevención y sanción del acoso sexual que no llegó a aprobarse.

discriminatoria contraria al principio de igualdad, aunque en las doctrinas científica y constitucional en nuestro país el juicio de reproche jurídico se venía centrando más bien en la lesión de la dignidad y del derecho fundamental a la intimidad personal ex art. 18.1 CE.

El art. 2.1.c y d) de la Directiva 2006/54, de 5 de julio de 2006 (de refundición), establecen, respectivamente, las nociones de acoso por razón de género y acoso sexual. El cuanto al primero, se define como «la situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo»; por lo que respecta al segundo, se identifica con «la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo», reiterando, como ya estableciera la Directiva 2002/73/CE, y ahora recepciona el art. 7.3 LOI, que ambas conductas *“son contrarias al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres y constituyen discriminación por razón de sexo a efectos de la presente Directiva”*. Aunque ambos ilícitos tienen un denominador común, ya que en ambos casos es el género de la trabajadora el elemento determinante de la conducta del acosador¹⁴⁵², y su tratamiento jurídico a efectos tutelares es equiparable, existen diferencias estructurales reseñables que aunque se irán apuntando sucesivamente, pueden resumirse aquí en dos: el requerimiento de sistematicidad de la conducta de acoso por razón de género, en contra de lo que sucede con el acoso sexual en el que la gravedad exigible para la integración del tipo puede quedar integrada por un único acto aislado, esto es sin necesidad de recurrencia y prolongación temporal, ni concurso de más comportamientos libidinosos; y el requisito de indeseabilidad del

¹⁴⁵² Vid. PEREZ DEL RIO, M.T.: “La violencia de género en el trabajo: el acoso sexual y el acoso moral por razón de género”, TL, nº 91, 2007, pg. 189, para la que ambos tipos de acoso se ataca a la víctima precisamente por el hecho de ser mujer, realizando comportamientos ofensivos basados en criterios y estereotipos asociados a una determinada visibilización de la condición femenina. Como se ha señalado, el objetivo generalmente asumido por el acosador moral suele ser destruir y expulsar a la víctima de su trabajo, pero en el supuesto del acoso moral por razón de género la causa, el móvil, es el hecho de que la víctima sea mujer.

comportamiento del acosador, inherente conforme a la normativa comunitaria y la doctrina constitucional, al acoso sexual, no así al acoso por razón de género.

El análisis que se efectuará en las páginas sucesivas se centrará en el acoso sexual, por razón de su diversidad conceptual respecto al AMT, pero, no obstante, estará salpicado de referencias al acoso moral sexista dado el móvil que ambos comparten y su regulación conjunta en el ámbito de la normativa comunitaria antidiscriminatoria.

La tipificación del acoso sexual como ilícito laboral en nuestro ordenamiento jurídico se establece, aparte de su previsión a efectos administrativo-sancionadores ¹⁴⁵³, en el art. 4.2.e) ET como consecuencia de la adición introducida en el precepto por Ley 3/1989 de 3 de marzo, sobre maternidad e igualdad de trato de la mujer en el trabajo, en virtud de la cual se reconoce como derecho del trabajador en la relación laboral “la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual”, con lo que el legislador español se adelantó a las primeras actuaciones comunitarias sobre la materia, ya mencionadas, concretadas en la Resolución de 29 de mayo de 1990 del Consejo y la Recomendación 92/131 de la Comisión de 27 de noviembre de 1992 sobre protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, así como el Código práctico de Conducta anexo a ésta última. Posteriormente y en el marco de la transposición de la más reciente normativa comunitaria antidiscriminatoria a través de la LOI 2007, al acoso sexual se agrega la defensa frente al acoso por razón de sexo (acoso moral sexista) en el bloque de derechos de protección del trabajador en la relación laboral (art. 4.2.e) LET y el bloque normativo sancionador (art. 8.13 bis LISOS).

Pese a que la formulación de la tutela antiacoso sexual por la que ha optado el legislador estatutario español es “ciertamente sucinta” privada de siquiera una mínima conceptualización e incluso de una referencia expresa a los términos acoso sexual, doctrina y jurisprudencia no han dudado en ningún momento de que la norma estatutaria positiviza la interdicción de la figura del acoso sexual definida en las normativa comunitaria europea de referencia, mediante el reconocimiento al trabajador de un derecho subjetivo no meramente reactivo sino de “protección”, es decir el derecho a que no se

¹⁴⁵³ El TR de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS) tipifica expresamente como falta muy grave el acoso sexual (art. 8.13).

lesione un bien jurídico protegible y además a que se adopten medidas suficientes y adecuadas para prevenir y reprimir el comportamiento sancionado en el ámbito de la organización empresarial¹⁴⁵⁴. Así entendido, el derecho subjetivo se proyecta sobre el empresario determinando un correlativo deber de protección del trabajador frente al acoso sexual cuya transgresión – bien por ser el propio empresario el sujeto activo del ilícito, o serlo otro trabajador respecto del cual no se adoptan las medidas organizativas y/o disciplinarias tendentes al cese del acoso ya actualizado, o bien por haber incumplido las medidas preventivas en orden a evitar o minimizar el riesgo de su actualización – , podrá ser constitutiva de incumplimiento contractual y justificar la dimisión provocada del trabajador víctima o sujeto pasivo del acoso al amparo del art. 50.1.c) ET, como revela la ya abundante jurisprudencia, incluso constitucional, existente al respecto.

Hecha esta afirmación como punto de partida, no exime de un análisis detallado de la figura del acoso sexual laboral en su proyección específica como causa justa de resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, ya que pese a la unánime convención de que el último inciso del art. 4.2.e) ET se refiere a ella, se hace preciso abordar la tarea de analizar, en primer término, su concepto y tipología, ya que son dos las variantes de acoso que quedan bajo el ámbito protector del precepto: el acoso sexual ambiental y el llamado acoso sexual *quid pro quo* o chantaje sexual; en segundo término, su fundamentación jurídica, esto es, los bienes jurídicos y derechos lesionados por la conducta de acoso a la que se supedita el alcance de la respuesta jurídica antiacoso sexual y, por último las especialidades que su incidencia en la relación de trabajo puedan imprimir en la dinámica de la figura extintiva del art. 50 ET.

En efecto, como se comentó con anterioridad, los términos utilizados por el art. 4.2.e) ET no aportan elementos suficientes que configuren una definición legal completa de acoso sexual, lo que ha llevado tanto a la doctrina científica como a la propia jurisprudencia constitucional a recurrir, además de a los indicios conceptuales del precepto estatutario, a los instrumentos comunitarios existentes en orden a la contrucción de un concepto jurídicamente relevante

¹⁴⁵⁴ Vid. DEL REY GUANTER, S.: “Acoso sexual y relación laboral”, RL, 1993, T.I, pp. 233 y 246

de patología laboral¹⁴⁵⁵. Interesa sobre todo resaltar ahora el concepto acuñado por el Tribunal Constitucional en su primera y más relevante al respecto sentencia de 13 de diciembre de 1999, por ser fruto de recepción selectiva del acervo comunitario existente sobre la materia, representado entonces por el Código de Conducta¹⁴⁵⁶ y la mejor doctrina y jurisprudencia del orden social a ese respecto.

Para el TC, en el concepto de acoso sexual en el trabajo que queda bajo el manto protector del art. 4.2.e) LET quedan incluidas dos modalidades de acoso. Por un lado, los requerimientos de índole sexual por parte del empresario, superior jerárquico o compañeros de trabajo no queridos ni pedidos por el trabajador/a que se erigen en condición “de la estabilidad en el empleo, la promoción, la formación profesional o cualesquiera otras condiciones en el trabajo o en el salario”¹⁴⁵⁷, integrantes el denominado acoso de “intercambio” o “*quid pro quo*” -también conocido como “chantaje sexual”-, que según la doctrina se caracteriza por la verticalidad de la relación entre el acosador –empresario o superior jerárquico- y el acosado, es decir en él es ingrediente necesario una relación de poder entre ambos de manera que la aceptación o rechazo del trabajador-víctima a los requerimientos es utilizada

¹⁴⁵⁵ Por la doctrina, vid. DEL REY GUANTER, S., op. cit., pp. 233-240; PÉREZ DEL RÍO, M.T.: “El acoso sexual en el trabajo: su sanción en el orden social”, RL, n^o 17,1990, pg. 27 y el posterior, “La violencia de género en el trabajo: el acoso sexual y el acoso moral por razón de género”, TL, cit. Págs. 175-203.; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: “El acoso sexual en el trabajo”, RL, 1993, T.II, pg. 470; LAZAIBAL SAIZAR, O.: “El acoso sexual en la STC 224/1999, RDS, n^o 11, 2000, pp. 120-121. Por la jurisprudencia contitucional, cfr. STC 13-12-1999 (RTC 224/1999).

¹⁴⁵⁶ Para el Código «...la conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afectan a la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, incluido la conducta de superiores y compañeros, resulta inaceptable si: a) dicha conducta es indeseada, irrazonable y ofensiva para la persona que es objeto de la misma; b) la negativa o el sometimiento de una persona a dicha conducta por parte de empresarios o trabajadores (incluidos los superiores y los compañeros) se utilizan de forma explícita o implícita como base para una decisión que tenga efectos sobre el acceso de dicha persona a la formación profesional y al empleo, sobre la continuación del mismo, los ascensos, el salario o cualesquiera otras decisiones relativas al empleo, y/o c) dicha conducta crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para la persona que es objeto de la misma”. Posteriormente la noción de acoso sexual se establece en similares términos en el art. 2.2.cuarto de la Directiva /2002/73/CEE de 23 de septiembre (y en los mismos términos pasan al art. 2.1.c) y d) de la D/2006/54, de refundición,: «...aquella situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado, de índole sexual, con el propósito o el efecto atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo», con ello la Directiva parece eludir la conceptualización del chantaje sexual, pero aunque con una deficiente técnica jurídica lo contempla como acoso por razón sexo en el mismo precepto (apartado 3.2^o): «El rechazo de tal comportamiento por parte de una persona o su sumisión al mismo no podrá utilizarse para tomar una decisión que le afecte».

¹⁴⁵⁷ STC 13-12-1999, cit., F.j. 3^o.

como base de una medida afectante a la relación laboral ¹⁴⁵⁸. Por otro lado, también incluido en ámbito de protección está el denominado acoso sexual “ambiental”, consistente en “un comportamiento de carácter libidinoso no deseado que genera un ambiente laboral desagradable, incómodo, intimidatorio, hostil, ofensivo o humillante para el trabajador”, en el que la existencia de requerimientos sexuales y/o la repercusión negativa sobre una concreta condición de trabajo resulta irrelevante, siendo, por tanto, su ingrediente definitorio la concurrencia de circunstancias tales como “contactos o amagos de contactos corporales humillantes”, “insinuaciones, licencias o excesos verbales” de índole sexual que generen un ambiente de trabajo hosco y opresivo o, en otras palabras, un entorno laboral sexualmente ofensivo ¹⁴⁵⁹.

Cualquiera que sea el tipo de acoso sexual, las dos modalidades comparten su carácter ofensivo. En efecto, el acoso sexual se configura como una ofensa en una doble vertiente: objetiva, en el sentido de que debe tratarse de una conducta que socialmente, conforme a un criterio de razonabilidad, se considera atentatoria a la dignidad de la persona; y subjetiva, ya que el comportamiento debe, además, mostrarse como indeseado o rechazable para el individuo que lo padece exigiéndose, en consecuencia, de la víctima alguna señal o indicio del que inferir que la conducta no es deseada, consentida ni tolerada, ingrediente subjetivo que determina la delimitación negativa de la figura frente al comportamiento amistoso fruto de una relación libremente asumida, consentida o tolerada ¹⁴⁶⁰. Para la STC 224/1999, en efecto,

¹⁴⁵⁸ Vid., en este sentido, PÉREZ DEL RÍO, M.T.: “El acoso sexual...”, cit., pg. 28; DEL REY GUANTER, S., op. cit., pp. 242-243; ALTÉS TÁRREGA, J.A.: El acoso sexual en el trabajo, cit., pp. 129-133, que se muestra partidario de una visión más amplia del sujeto activo del chantaje sexual que comprendería a los representantes de los trabajadores y compañeros de trabajo que por lazos familiares, afectivos o de otro tipo tienen ascendencia sobre los sujetos con poder directo de decisión sobre el acosado.

¹⁴⁵⁹ Vid. STC 13-12-1999, cit., F.j. 3º; DEL REY GUANTER, S., op. cit., pp. 243-245; ALTÉS TÁRREGA, J.A., op. cit. pp. 134-135.

¹⁴⁶⁰ Sobre los elementos objetivo y subjetivo configuradores del acoso sexual, vid., LOUSADA AROCHENA, J.F.: El derecho de los trabajadores a la protección frente al acoso sexual, Comares, Granada, 1996, pg. 105-106 y en el mismo sentido, STC 13-12-1999, cit., F.j. 4º, para la que el elemento esencial del acoso sexual es que “la conducta sea lo suficientemente grave... no sólo según la percepción subjetiva o la sensibilidad particular de quien lo padece...aun que sea muy de tener en cuenta..., sino objetivamente considerada atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso...”; añadiendo que “lo que distingue al acoso sexual del comportamiento amistoso es que aquél es unilateral e indeseado, y el otro, voluntario y recíproco..., en consecuencia es razonable que, salvo casos extremos, una señal del carácter no querido de tal conducta por parte de su destinatario sea conveniente para deshacer cualquier equívoco o ambigüedad al respecto”, si bien se rechaza que sea exigible al afectado “la carga de reaccionar con carácter inmediato y con una contundencia incompatible con la interpretación predicada por la sobredicha Recomendación (de la Comisión Europea de 27-11-1991)”. Siguiendo la doctrina

determina expresamente «los elementos definidores del acoso sexual», que se concretan en tres niveles: en primer lugar, existencia de una conducta con tendencia libidinosa; en segundo lugar, la conducta no es deseada por el trabajador/a-víctima (indeseabilidad) y, finalmente, debe mostrarse lo suficientemente grave, por su intensidad, reiteración, si bien en determinadas circunstancias, aquí un solo acto puede revestir la suficiente gravedad para quedar integrado el ilícito laboral; todo ello, además, en clave de la ya apuntada “objetivación” del acoso sexual que se infiere de los textos comunitarios y de la práctica forense comparada: ha de tratarse de *“conductas que generen, objetivamente, y no sólo para la acosada, un ambiente en el trabajo hosco e incómodo. En tal sentido, la práctica judicial de otros países pone de manifiesto que ese carácter hostil no puede depender tan sólo de la sensibilidad de la víctima de la agresión libidinosa, aun cuando sea muy de tener en cuenta, sino que debe ser ponderado objetivamente, atendiendo al conjunto de las circunstancias concurrentes en cada caso...”*. En definitiva, pues, a diferencia del acoso moral genérico y el específico acoso moral por razón de género o “sexista”¹⁴⁶¹, en el acoso sexual la integración del tipo antijurídico que determina la operatividad de las técnicas de tutela jurídica y, en particular, la facultad resolutoria ex art. 50 LET no exige la sistematicidad de la conducta del agresor, pero aparece sin embargo la indeseabilidad de la conducta como elemento subjetivo inherente a la noción¹⁴⁶².

constitucional recogida en esta sentencia, vid. STSJ Madrid 19-6-2002 (AS 2245); STSJ Extremadura 29-1-2002 (AS 944); STSJ Cataluña 11-6-2002 (AS 2417); STSJ Madrid 17-12-2002 (AS 2003, 1507); STSJ Castilla la Mancha 16-5-2003 (AS 3422). Un sector doctrinal, aun admitiendo la necesidad del elemento subjetivo, discrepa acerca de la clave para estimar su concurrencia que, según esta postura, debe desplazarse desde la actitud de rechazo por parte de la víctima a la ausencia de un consentimiento expreso o tácito por su parte, de modo que sería la aceptación de la conducta lo que destruya la presunción general de que un comportamiento de ese naturaleza no es deseado, vid., en este sentido, Arce, J.C.: *El trabajo de las mujeres en el Derecho Comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 109-110.

¹⁴⁶¹ El art. 2.3 de la Directiva /2002/73/CEE de 23 de septiembre, se define acoso por razón de sexo «la situación en que se produce un comportamiento no deseado, relacionado con el sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crearle un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo». Aunque la norma comunitaria no recoge ningún dato relativo al necesario carácter sistemático de la conducta, su interpretación conforme a las pautas conceptuales del acoso moral genérico, tanto en el ámbito de las ciencias extrajurídicas, como de la práctica forense, conducen a la solución de que aquí también se trata de un elemento integrador del tipo antijurídico.

¹⁴⁶² Aunque la nota de indeseabilidad es subrayada por la doctrina constitucional, la mayoría de la científica y la normativa comunitaria, alguna doctrina crítica severamente este requisito, no existente para el AMT, que achaca a una “indigna y discriminatoria sospecha de que la víctima pudo provocarlo o incluso aceptarlo pero se niega a reconocerlo”; vid. en este sentido, PEREZ DEL RIO, M.T.: “La violencia género en el trabajo ...”, cit. pg. 190. Sin embargo aunque la autora apunta a su eliminación por parte del art. 7.1 LOI, otra doctrina duda del alcance de este dato terminológico dado los términos de la

Esta construcción del concepto jurídicamente relevante de acoso sexual ambiental en el trabajo y sus elementos configuradores efectuada en su momento por la jurisprudencia constitucional sobre la base del Código de Conducta de 1992, ha sido reiterada por la más reciente STC 136/2001, de 18 de junio¹⁴⁶³ y refrendada y consolidada normativamente después, junto al chantaje sexual¹⁴⁶⁴, por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002 (art. 2.2.cuarto)¹⁴⁶⁵, que modifica la Directiva 76/207/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo y, posteriormente en el art. 2.1.d) de la Directiva 2006/54, de 5 de julio de 2006 (de refundición), así como en sede de Derecho interno, por el art. 7.1 LOI al transponer las citadas Directivas.

Una vez efectuada la labor de conceptualización jurídica del acoso sexual en el trabajo, corresponde ahora abordar la de determinación de los bienes jurídicos protegidos frente a este ilícito, puesto que en gran medida condiciona las respuestas o medios de tutela jurídica antiacoso que pueden ser utilizados, y al respecto la doctrina es unánime al reconocer el alcance pluriofensivo del acoso sexual laboral en cuanto que afectante a diversos derechos de relevancia constitucional, algunos de ellos recepcionados legalmente en el art. 4 IET. En efecto, el acoso sexual se revela como una conducta potencialmente lesiva de los derechos fundamentales a la intimidad personal (art. 18.1 CE y 4.2.e) ET), a la integridad física y moral (art. 15 CE y 4.2.d) ET), a la igualdad y

Directiva transpuesta y la propia doctrina constitucional vigente sobre la materia (vid. en este sentido, GARCIA-PERROTE, I.: “Acoso sexual, acoso por razón de sexo y acoso en la Ley de Igualdad de mujeres y hombres *Relaciones Laborales*, N.º 4, *Quincena del 23 Feb. al 8 Mar. 2008*”, por lo que habrá de esperarse a cual sea el criterio interpretativo que el TC adopte a partir de ahora.

¹⁴⁶³ La STC 136/2001, de 18 de junio, reitera, en efecto, el criterio de la STC 224/1999, en el sentido de «para que exista un acoso sexual ambiental constitucionalmente recusable ha de exteriorizarse, en primer lugar, una conducta de tal talante por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado, en actos, gestos o palabras, comportamiento que además se perciba como indeseado e indeseable por su víctima o destinataria, y que, finalmente, sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato, gravedad que se erige en elemento importante del concepto». «Son, pues —concluye la STC 136/2001—, en primer término, la objetividad y la gravedad del comportamiento los presupuestos sobre los que asienta la doctrina constitucional (de) la posible existencia de acoso sexual y, por tanto, los elementos que deberán ser valorados a la hora de suministrar los elementos iniciales de prueba que permitan al Juez presumir la posible existencia de los hechos discutidos».

¹⁴⁶⁴ Para las Directivas y art. 7.4 LOI, éste se da cuando “El condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo se considerará también acto de discriminación por razón de sexo».

¹⁴⁶⁵ DOCE L 269/15, 5-10-2002.

no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE y 4.2.c) ET) y en todo caso atentatoria contra la dignidad de la persona, valor constitucional (art. 10.1 CE) que está en la base (tronco común o “madre”, como se ha dicho) de todos los derechos fundamentales. No obstante, conviene subrayar que si bien la doctrina constitucional inicialmente, sobre la base de la ambigüedad en este sentido del Código de Conducta europeo, centró el juicio de reproche jurídico en los supuestos de acoso sexual en la afectación del derecho fundamental a la intimidad, la última normativa comunitaria citada y el art. 7.3 LOI en aplicación de la misma, desplazan definitiva y rotundamente el juicio prevalente de disvalor del ilícito hacia el ámbito del derecho de igualdad entre hombres y mujeres y a la prohibición de discriminación por razón de sexo¹⁴⁶⁶, sin perjuicio de la plurilesividad reconocida a la conducta.

Por ello sin que sea discutible que, como ha puesto de manifiesto doctrina autorizada¹⁴⁶⁷, la reconducción del acoso sexual al ámbito de protección constitucional definido por el art. 14 CE implica un loable enfoque al permitir la aplicación de procedimientos de tutela mucho más elaborados y eficaces que la consideración como actuación violadora de otro tipo de derechos, no hay que perder de vista la afectación de los restantes derechos fundamentales que se ven también comprometidos en este caso. Así, en lo atinente al derecho a la intimidad, la doctrina científica y constitucional sostienen que el acoso sexual es por definición una conducta violadora del

¹⁴⁶⁶ La STC 224/1999 y la posterior 136/2001 en igual sentido, otorga el amparo solicitado por la trabajadora por haberse vulnerado el derecho a la intimidad proclamado en el art. 18 CE, aunque reconoce, *obiter dicta*, sus connotaciones discriminatorias: «sin desconocer por ello» —precisa el TC— que «el acoso sexual en el ámbito profesional puede también tener un engarce constitucional con la interdicción de la discriminación en el trabajo por razón de sexo (art. 14 CE), presente siempre en el trasfondo, por afectar notoriamente con mayor frecuencia y más intensidad a la mujer que al hombre, como consecuencia de condiciones históricas de inferioridad o debilidad de ellas en el mercado de trabajo y en el lugar de su prestación». la D/2002/73/CEE de 23 de septiembre en su art. 2.3.1.º señala que «*E lacoso y el acoso sexual en el sentido de la presente Directiva se considerarán discriminación por razón de sexo y por tanto se prohibirán*». Por su parte, la Exposición de Motivos de la Directiva 2006/54/CE reitera, en su apartado 6, que «el acoso y el acoso sexual son contrarios al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres y constituyen discriminación por razón de sexo a efectos de la presente Directiva. Dichas formas de discriminación se producen no sólo en el lugar de trabajo, sino también en el contexto del acceso al empleo, a la formación profesional y a la promoción. Por consiguiente, se deben prohibir estas formas de discriminación y deben estar sujetas a sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias», así como en su articulado (art. 2.2) prescribe que «*A efectos de la presente Directiva, el concepto de discriminación incluirá: a) el acoso y el acoso sexual, así como cualquier trato menos favorable basado en el rechazo de tal comportamiento por parte de una persona o su sumisión al mismo*». Por su parte el art. 7.3 LOI establece que “*Se considerarán, en todo caso, discriminatorios el acoso sexual y el acoso por razón de sexo*”.

¹⁴⁶⁷ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. «El acoso moral en el trabajo ¿una nueva forma de discriminación?». *Revista de Derecho Social*, núm. 19, 2002, págs. 53 y ss.

mismo por cuanto interesa directamente a la sexualidad en cuanto que ámbito específico perteneciente a la esfera íntima de la persona del trabajador –por tanto sin perjuicio del género, sea hombre o mujer-, y en tal sentido se decanta explícitamente el art. 4.2.e) ET, así como inicialmente la jurisprudencia social, sin perjuicio de considerar también eventualmente implicados otros derechos¹⁴⁶⁸. Otro tanto sucede con la dignidad cuyo menoscabo se liga inexorablemente al acoso sexual cualquiera que sea la opción que se haga respecto de la fundamentación jurídico-constitucional del derecho del trabajador a la protección frente al acoso, no sólo porque la dignidad es la madre o tronco común de todos los derechos fundamentales que puedan verse afectados en los supuestos de acoso, sino por suponer éste una conducta degradante, vejatoria y contraria al libre desarrollo de la personalidad de estrecha conexión con la dignidad de la persona¹⁴⁶⁹. La estrecha conexión de la dignidad y la intimidad con la libertad sexual ha conducido, así mismo, a que un sector de la doctrina iuslaboralista, amparada en la construcción doctrinal en el ámbito penal de los delitos contra la libertad sexual, considere que el acoso sexual implica también la afectación de la libertad sexual del trabajador, entendida en su doble acepción de derecho a disponer de su propio cuerpo y de no verse inmerso en un contexto sexual no deseado, y ello, porque la dignidad de la persona se desarrolla al hilo de la libertad y la protección de la libertad sexual se encuentra implícita en el concepto de intimidad¹⁴⁷⁰.

Por otra parte, es cada vez más frecuente en los pronunciamientos de suplicación el reconocimiento de la vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral teniendo en cuenta las secuelas psicosomáticas que frecuentemente el acoso sexual –al igual que el acoso moral – produce en la

¹⁴⁶⁸ Vid. STC 13-12-1999, cit., para la que el acoso sexual en el ámbito laboral implica una vulneración del derecho a la intimidad personal al suponer “un atentado a una parcela tan reservada de la esfera personalísima como es la sexualidad”. En el mismo sentido STSJ Cataluña 11-6-2002 (AS 2417); SSTSJ Madrid 19-6-2002 (AS 2245) y 17-12-2002 (AS 2003, 1507); STSJ Castilla la Mancha 16-5-2003 (AS 3422); STSJ C. Valenciana 26-6-2002 (AS 2322); STSJ Galicia 7-5-2002 (AS 3541); SSTSJ Asturias 9-5-2003 (AS 3646) y 20-6-2003 (AS 3811).

¹⁴⁶⁹ En este sentido, vid. DEL REY GUANTER, S.: “Acoso sexual...”, cit., pg. 246; LOUSADA AROCHENA, J.F.: El derecho de los trabajadores...”, cit., pg.103; DE VICENTE PACHÉS, F.: El derecho del trabajador al respeto de su intimidad, CES, Madrid, 1998, pg. 103. También con expresa referencia al menoscabo de la dignidad las sentencias citadas en la nota anterior.

¹⁴⁷⁰ Para esta construcción, vid. DE VICENTE PACHÉS, F.: El derecho del trabajador a la protección...”, cit., pp. 213-214; ALTÉS TÁRREGA, J.A.: El acoso sexual..., cit., pp. 65-68. En la doctrina judicial de suplicación son ya algunos los pronunciamientos que apelan a la transgresión de la libertad sexual del trabajador en los supuestos de acoso, vid., STSJ Galicia 7-5-2002 (AS 3541) y SSTSJ Asturias 9-5-2003 y 20-6-2003, cit.

víctima, tales como síndromes postraumáticos de ansiedad, depresión, irritabilidad, fatiga, falta de concentración, frustración, sentimiento de culpabilidad – referenciados en el ya citado informe Rubenstein y advertidos por la doctrina ¹⁴⁷¹ - pero en todo caso, haya o no secuelas en la salud de la víctima el acoso sexual genera, como el moral, un grave riesgo para la salud del trabajador. Por ello, de conformidad con la más reciente doctrina constitucional sobre acoso, más arriba comentada, a efectos de estimar la lesión del derecho fundamental a la integridad personal ex art. 15 CE no será preciso la acreditación de la existencia de los daños psíquicos, como venía exigiendo la doctrina de suplicación, sino que bastará la acreditación de que la conducta empresarial, por acción u omisión, ha puesto en grave riesgo potencial la salud psíquica de la víctima del acoso¹⁴⁷².

Sentada ya la pluriofensividad en clave constitucional del acoso sexual, reforzada ahora con su reconducción normativa al ámbito del derecho de igualdad y prohibición de discriminación por razón de género, todas las ventajas reportadas por las técnicas de tutela antidiscriminatoria y de los demás derechos fundamentales resultan aplicables todas las garantías procesales conocidas: la nulidad radical del acto lesivo, la restitución de la situación anterior a su producción y la reparación de las consecuencias derivadas del acto incluyendo la indemnización de los perjuicios causados (art. 180.1 LPL), así como la atenuación de las reglas del *onus probandi* (art. 179.2 LPL) en el mismo sentido establecido para los supuestos de discriminación en el art. 96 LPL; garantías que, aun siendo propias del proceso especial de amparo ordinario, son trasladables en virtud de la denominada “tesis integrativa” a cualquiera que sea el procedimiento – incluido, por supuesto, el procedimiento resolutorio ex art. 50 LET - que deba seguirse en atención al acto o materia en la que se concrete la discriminación o la lesión del derecho fundamental o derechos fundamentales invocados a los que reconduce el art. 182 LPL¹⁴⁷³.

¹⁴⁷¹ PÉREZ DE RÍO, M.T.: “El acoso sexual en...”, cit. pg. 34; LOUSADA AROCHENA, J.F.: El derecho de los trabajadores...”, cit., pg. 151.

¹⁴⁷² SSTC 5/2002, de 14 de enero [RTC 2002, 5] , 119/2001, de 24 de mayo [RTC 2001, 119], y las más recientes, SSTC 62/2007, de 27 de marzo (RTC 2007, 62) y 160/2007, de 2 de julio.

¹⁴⁷³ Vid., en este sentido, la doctrina constitucional contenida en las SSTC 30-10-2000 (RTC 257) y 29-1-2001 (RTC 10), aplicada por el Tribunal Supremo al procedimiento especial de despido en la STS 12-6-2001 (RJ 5931) La doctrina científica viene postulando desde tiempo atrás, en este línea, una

A la luz de la fundamentación jurídico-constitucional compleja del derecho del trabajador a la protección frente al acoso sexual, son varios y diversos los medios de tutela jurídica que ofrece nuestro ordenamiento jurídico-laboral a la víctima. En primer lugar, el acoso sexual permite al trabajador recabar una tutela restitutoria de los derechos conculcados, mediante la inhibición o remoción del comportamiento acosador; en segundo lugar, la tutela reparadora, complementaria de la anterior, que incluya la indemnización de los daños y perjuicios sufridos a consecuencia del acoso, para lo cual la pretensión podrá ser encauzada por el proceso especial de tutela de derechos fundamentales (arts. 175 y ss LPL) o por la modalidad procesal correspondiente a la decisión empresarial concreta (despido, modificación sustancial de condiciones de trabajo, disfrute de vacaciones) que sea resultado del acoso que se padece; en tercer lugar, el ordenamiento también incluye una tutela represivo-sancionadora al tipificarse específicamente el acoso sexual como infracción administrativa muy grave (art. 8.13 LISOS).

Pero entre todas las respuestas jurídicas posibles frente al acoso sexual laboral, interesa ahora destacar la facultad reconocida al trabajador de resolver el contrato de trabajo al amparo de los arts. 49.1.j) y 50 LET. Veamos, entonces, cuáles son los principales problemas de orden sustantivo y procesal que plantea el encuadramiento del acoso sexual en la figura de la dimisión provocada.

El presupuesto sustantivo de aplicación del art. 50 LET, es, como se sabe, la existencia de un previo incumplimiento contractual grave por parte del empresario, incumplimiento y gravedad que han de entenderse concurrentes al ser elementos consustanciales al acoso sexual, tanto en su modalidad de chantaje sexual como en la de acoso ambiental, al constituir, como se ha visto, un comportamiento pluriofensivo atentatorio contra la dignidad, contra del derecho fundamental de igualdad y a la no discriminación por razón de sexo

interpretación “integradora superadora de antinomias jurídicas” del art. 182 LPL, vid., MONEREO PÉREZ, J.L./MORENO VIDA, M.N.: “Forma y procedimientos del despido disciplinario” en Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los trabajadores, T. II, Edersa, Madrid, 1994, pp. 330 y ss. En el mismo sentido, CRUZ VILLALÓN, J.: “Las modalidades procesales de carácter colectivo y sindical en el nuevo Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral”, en Cruz Villalón, J./Valdés dal Ré, F. Lecturas sobre la reforma del proceso laboral, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 370 y ss.; VALDÉS DAL RÉ, F.: “El proceso de protección de la libertad sindical y demás derechos fundamentales” en VV.AA. Estudios sobre la nueva Ley de Procedimiento Laboral, CGPJ, Madrid, 1991, pp. 664-665; ALBIOL MONTESINOS, I./BLASCO PELLICER, A.: Proceso de tutela de la libertad sindical y otros derechos fundamentales, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 23 y ss.

(art. 14 CE), el derecho a la intimidad (art. 18 CE) así como, eventualmente, del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), todos ellos de relevancia constitucional y proyectados específicamente en la relación laboral por medio de su recepción legal en el art. 4.2. ET, letras e), d) y c), respectivamente. El incumplimiento empresarial por acoso sexual se produce además tanto en el supuesto en que el sujeto activo del acoso sea el propio empresario, como cuando lo sea un superior jerárquico o cualquier compañero de trabajo de la víctima, ya que en estos últimos casos el incumplimiento le es igualmente imputable al empleador por haber omitido la diligencia debida en el ejercicio de sus potestades de vigilancia, control y disciplinarias en orden a garantizar esos derechos en su círculo rector (art. 20.3 y 58.1 ET) ¹⁴⁷⁴, siendo en ambos casos subsumible en la letra c), primer inciso del art. 50 ET ¹⁴⁷⁵.

En lo que concierne al plano resarcitorio, sólo es necesario traer aquí a colación los argumentos ya expuestos respecto al AMT acerca de la indemnización a la que tendrá derecho el trabajador en caso de estimarse la pretensión extintiva. En efecto, como ya se ha visto – y ha reconocido el TS en relación con el AMT- el art. 50.2 LET establece una indemnización tasada de cuantía equivalente a la de despido improcedente que no resarce íntegramente los perjuicios causados al trabajador por el incumplimiento. Para el TS, la afectación de derechos fundamentales a través del incumplimiento empresarial tiene una relevancia autónoma que hace necesaria una reparación también independiente de los daños derivados de este atentado de relevancia constitucional compleja, doctrina que es trasladable, sin matices, al acoso sexual y sexista. Por tanto, dense aquí por reproducidos el análisis efectuado de esta nueva jurisprudencia unificada, así como la argumentación crítica efectuada al respecto, en lo atinente a las vertientes sustantiva y procesal de la tutela resarcitoria frente al AMT.

Sólo subrayar un último aspecto de orden procesal relevante en la resolución del contrato a instancias del trabajador motivada en acoso sexual;

¹⁴⁷⁴ Vid., en este sentido, STS Galicia 7-5-2002 (AS 3541); SSTSJ Asturias 9-5-2003 (AS 3646) y 20-6-2003 (AS 3811). Y más recientemente en la doctrina constitucional, STC 250/2007 de 17 de diciembre (RTC 2007, 250).

¹⁴⁷⁵ Vid., entre otras, SSTSJ Cataluña 4-9-2001 (AS 3204), 15-7-2002 (AS 2881) y 18-11-2002 (JUR 2003, 19321); STSJ Extremadura 29-1-2002 (AS 944); STSJ Andalucía 20-2-2003 (JUR 85254), STS Galicia 7-5-2002 (AS 3541); SSTSJ Asturias 9-5-2003 (AS 3646) y 20-6-2003 (AS 3811).

se refiere a la competencia de la jurisdicción social así como a la viabilidad de una posible excepción de litispendencia de efectos suspensivos de la acción resolutoria a consecuencia de la acción penal que previamente hubiera ejercido el trabajador acosado. El punto de partida del problema que se plantea viene dado por la circunstancia de que el acoso sexual no se limita a ser una conducta constitutiva de ilícito laboral (art. 4.2. e) ET, sino que está tipificada como delito en el art. 184 CP ¹⁴⁷⁶, de modo que un mismo acto de acoso puede generar diversas responsabilidades que deban dirimirse en distintos ámbitos jurisdiccionales: social y penal. En definitiva y por lo que aquí interesa, la cuestión a dilucidar es si ejercitada por el trabajador una acción de resolución indemnizada del contrato de trabajo por acoso sexual del empresario –o de superior jerárquico u otro compañero de trabajo- podría plantearse una incompetencia del orden jurisdiccional social o una excepción de litispendencia por haberse ejercitado previamente una acción penal contra el acosador, en base a la concurrencia de una cuestión “prejudicial penal”.

La solución no puede ser otra que la de afirmar, a estos efectos, la plena independencia de la jurisdicción y el procedimiento laboral y ello porque la potencial entidad delictiva del acoso sexual sufrido no implica la existencia de “prejudicialidad penal” que en el proceso laboral se restringe a la falsedad documental (art. 4.3 LPL), estableciendo además el apartado 2 del mismo precepto de la Ley adjetiva que el conocimiento y decisión de resto de las cuestiones previas y prejudiciales que estén directamente relacionadas con el proceso laboral corresponde a la jurisdicción social, sin perjuicio de que la resolución judicial que ponga fin al proceso y el fallo que se adopte no producirá efecto fuera del litigio laboral en el que se dicte. Dicho más claramente, lo que se enjuicia en el procedimiento laboral seguido por una pretensión resolutoria del contrato de trabajo casualizada en acoso sexual del trabajador es, estrictamente, la antijuricidad del acoso en el ámbito laboral y no si es o no constitutivo de un ilícito penal, de modo que la relación jurídico-material que sustenta la jurídico-procesal no hace preciso un previo pronunciamiento del orden jurisdiccional penal –de coexistir con un pleito de

¹⁴⁷⁶ La reforma operada por la LO 11/1999, de 30 de abril, lo desarrolla a través de tres tipos: el básico (art. 184.1), el agravado (ap.2) y el hiperagravado en atención a la situación de especial vulnerabilidad de la víctima (ap.3).

esta naturaleza- ni mucho menos que deba declararse la incompetencia de la jurisdicción social ¹⁴⁷⁷.

¹⁴⁷⁷ En este sentido, se ha pronunciado la doctrina judicial de suplicación, vid. STSJ Galicia 7-5-2002 (AS 3541) F.j. 2º y STSJ Asturias 9-5-2003 (AS 3646) F.j.2º. Vid. en la misma línea en la doctrina, Altés Tárrega, J.A.: El acoso sexual en el trabajo, cit., pg. 354.

CONCLUSIONES GENERALES

CONCLUSIONES GENERALES

En esta Tesis Doctoral, cuyo objeto ha sido el estudio sistemático del art. 50 LET y de la vicisitud extintiva – la dimisión provocada – que configura y regula, la investigación se ha enderezado primordialmente a detectar sus carencias estructurales en orden a erigirse en una técnica adecuada, conforme a los requerimientos jurídico-constitucionales garantistas, para la tutela efectiva de los derechos del trabajador que se vean concernidos por el incumplimiento empresarial presupuesto del mecanismo extintivo, así como a explorar las técnicas que *lege data* o, en su caso, *lege ferenda* hagan posible su adaptación a los nuevos problemas a los que se enfrenta en esa misma lógica o racionalidad garantista .

En este sentido, han sido dos factores, y de signo opuesto, los que han incidido en el protagonismo adquirido por la institución resolutoria del art. 50 LET. Por un lado, su emergente utilización por los trabajadores, tal y como pone de manifiesto la práctica forense, como respuesta jurídica ante supuestos de acoso laboral y de ahí, en general, frente a conductas empresariales lesivas de derechos de ciudadanía del trabajador en la empresa o, más precisamente, conforme a la concepción lógico-formal propuesta por FERRAJOLI, de sus derechos fundamentales de la personalidad - ya lo sean en un sentido estricto o técnico-jurídico, ya en un sentido lato o jurídico-material– subsumibles en las aperturas causales del precepto, lo que ha puesto en el centro del debate de la Ciencia Jurídica sus carencias y adaptabilidad a los requerimientos de tutela reforzada de tales derechos. En segundo lugar y por otro lado, su reciente y profunda reformulación legal en los supuestos, muy usuales, en que opera en contexto de crisis empresarial formalizada en concurso, una reformulación operada por la Ley 8/2003, Concursal que podría implicar, aquí, una minoración de las garantías para el trabajador inherentes a la figura en contexto de crisis extraconcursal conforme a su régimen jurídico estatutario.

En lo que respecta al primer enfoque –el art. 50 LET y tutela de derechos fundamentales–, la investigación se ha abordado partiendo de la construcción dogmática tradicional de la institución resolutoria efectuada por la doctrina científica y la jurisprudencia interpretativa tradicionales del precepto, sometida

aquí a una revisión crítica y evolutiva a la luz de las nuevas orientaciones dogmáticas y aplicativas con el objeto de identificar sus carencias que, aun derivadas en parte de su configuración legal, se han visto acentuadas a consecuencia de una doctrina legal interpretativa del precepto hasta ahora en exceso formalista y arcaizante. Identificados y analizados, así, sus problemas estructurales y aplicativos, se ha abordado a continuación la labor de explorar sus posibilidades de adaptación a las exigencias constitucionales de tutela cuando sea esta la vía utilizada por el trabajador frente a conductas conculcadoras de sus derechos fundamentales resultado, usualmente, del “desbordamiento” o ejercicio antijurídico de los poderes empresariales.

Este enfoque de análisis de la institución extintiva se torna de particular interés en un escenario de renovada dialéctica entre la reivindicación individual (y colectiva) de efectividad de los derechos fundamentales de la persona del trabajador y la resistencia a su ejercicio (VALDES DAL-RE), una dialéctica a su vez enmarcada en una confrontación latente entre los requerimientos de una cultura “civilizatoria” en los lugares de trabajo propios de una constitución jurídico-garantista del trabajo, frente a una constitución jurídico-flexible predominante que supedita el principio de protección a los contrapuestos requerimientos de productividad y competitividad y su insoslayable proyección en la dinámica del contrato de trabajo (MONEREO).

Desde esta perspectiva y con esa finalidad, el art. 50 LET está siendo objeto de un proceso de reinterpretación por parte de la doctrina científica y legal, operada esta última a través de decisiones judiciales obedientes al paradigma de jurisprudencia “correctora” o “superadora” del Derecho vigente en notable mejora de su alcance protector; todo ello, además, en una buena muestra de las sinergias de jurisprudencia y Ciencia Jurídica propias del “proceso de desarrollo creador del Derecho” (LARENZ) al que este trabajo pretende contribuir aportando una “reconstrucción” compleja y transversal del régimen jurídico del art. 50 LET atinente a su triple plano: causal, procedimental y resarcitorio.

En lo atinente al segundo enfoque, se ha efectuado un análisis comparado del régimen jurídico estatutario de la figura resolutoria en el marco de las crisis de empresa extraconcursoales a la luz de la vigente doctrina unificada recaída al respecto, frente a su diversa dinámica conforme al nuevo

régimen jurídico concursal para, adentrados en los cambios competenciales y procedimentales que experimenta al operar en este contexto y la *vis atractiva* ejercida por los principios inherentes a la racionalidad propia del concurso, concluir si la reformulación legal alcanza también a la vertiente resarcitoria en detrimento de la garantía reparadora de los trabajadores postulantes de la extinción de sus contratos.

Desde ese doble enfoque proporcionado por esos dos vectores que en sentido opuesto inciden en el régimen jurídico de la dimisión provocada, corresponde ahora, a modo de colofón o cierre del estudio, un ejercicio de “autoreflexividad” del que resulten las principales conclusiones o ideas-fuerza en que, sin perjuicio de otras tantas que se han ido desgranando a lo largo del trabajo, se decanta la investigación realizada que he optado por formular más a modo de consecuentes críticos y propuestas de *lege ferenda* con la finalidad de centrar el objeto del debate jurídico.

I. En lo que respecta a la problemática fundamentación jurídica de la figura extintiva, objeto de un debate aún abierto en la doctrina científica y en la judicial, no cabe, en mi opinión, sino darlo ya por cerrado definitivamente conviniendo su correspondencia con la resolución civil por incumplimiento ex art. 1124 CC, si bien con las necesarias modalizaciones derivadas de su inserción en la dinámica funcional específica del contrato de trabajo. Esta correspondencia ha hecho necesario el análisis comparado de esta técnica del Derecho común de las obligaciones y los contratos y de su interpretación doctrinal y jurisprudencial que proporcionan, así, la infraestructura jurídica indispensable para ese diálogo entre distintos sectores del ordenamiento jurídico que es donde radica la verdadera fertilidad del Derecho del Trabajo (VIDA SORIA).

Ni las diferencias conceptuales existentes entre ambas instituciones, ni las atinentes a las vertientes procedimental y resarcitoria –profundamente relativizadas ahora por la reciente reconstrucción interpretativa del art. 50 LET– ni tampoco la relativa disparidad de lógica funcional, y menos aún la pretendida distorsión representada por la primera apertura causal del art. 50 LET –la modificación sustancial productora de perjuicio cualificado–, tienen la suficiente sustantividad como para justificar la quiebra de una fundamentación jurídica

unitaria de la resolución laboral y su entronque en la resolución civil por incumplimiento. En efecto, creo que no se puede seguir manteniendo, como viene haciendo un sector doctrinal y algún pronunciamiento de suplicación aislado, que la causa justa de resolución prevista en el apartado a) del art. 50 LET es un estrambote dentro de los supuestos de hecho extintivos del precepto al no tratarse de un incumplimiento empresarial, sino más bien de una manifestación de ejercicio defectuoso o abusivo de los poderes empresariales a la que habría que calificar por ello, más apropiadamente, de un “ilícito contractual” sobrevenido. Contrariamente y sin cuestionar la teoría del ilícito contractual, resulta más sólida, en mi opinión, la tesis de que dicha conducta constituye un incumplimiento en cuanto que implica una infracción de obligaciones legales básicas del empleador correlativas de derechos del trabajador del mismo carácter (ex art. 4.2.b) y d) LET): el derecho a la formación y promoción profesional en el trabajo y el derecho a la consideración debida a su dignidad que, a mayor abundamiento, cuentan con proyección constitucional (arts. 35, 40.2 y 10 CE); obligaciones legales del empleador, pues, que dado el carácter normado del contrato de trabajo se insertan en su contenido, tornándose así, también, en obligaciones contractuales cuya transgresión no puede ser calificada sino de incumplimiento empresarial resolutorio, en sintonía con la formulación general del presupuesto extintivo establecida en la letra c) del art. 50 y en el propio art. 49.j) LET.

Con todo, no pueden soslayarse diversos matices en la lógica subyacente en el art. 50 LET, en concreto su función preventivo-punitiva de conductas antijurídicas del empleador equiparables al despido injustificado –ya que, intencionalmente o no, provocan la autoexclusión del trabajador–, así como el bien jurídico en el que se centra la tutela resarcitoria que dispensa: el derecho al trabajo y la estabilidad en el empleo, que ponen de manifiesto la conexión de esta vicisitud extintiva también con la figura del despido indirecto. Sin embargo, parece más adecuado optar por una denominación de la institución más neutra y autónoma como la de “dimisión provocada”, que desde aquí se postula, en línea con la más clásica doctrina sobre la figura extintiva (BAYÓN-PEREZ BOTIJA). Su acierto reside, en mi opinión, en poner el acento en que la voluntad extintiva operante en este caso es la del trabajador y, al mismo

tiempo, rompe con la lógica de la dimisión pura o *ad nutum* al enfatizar con el término “provocada” su carácter eminentemente causal vinculado a una conducta empresarial gravemente incumplidora de sus obligaciones contractuales que sitúa a la contraparte en una posición forzada de dimisión que, por eso mismo, debe ser indemnizada como si de un despido injustificado se tratara.

II. En cuanto a las “justas causas” de dimisión provocada ex art. 50.1 LET, sin perjuicio del estudio particularizado y detallado de cada una de ellas efectuado la Parte II (Capítulos I, II, III y IV) de la tesis, cabe resaltar una idea fuerza que conceptualmente impregna el plano causal de la figura extintiva: la inmanencia de la dignidad como bien jurídico protegible en todas las aperturas causales del precepto, pese a que sólo aparezca explícitamente en el apartado a) del art. 50.1. como límite a la implementación de medidas empresariales novatorias –modificación sustancial–. La dignidad subyacería, así, a todas ellas, en ocasiones como elemento estructural o de configuración explícito del supuesto de hecho extintivo y en otras, implícitamente, emergiendo como fundamento del *ius resistentiae* del trabajador en el desarrollo del procedimiento resolutorio. En efecto, todos los supuestos de hecho extintivos previstos en el precepto, sobre todo con la cualificación anudada a la gravedad exigida al incumplimiento resolutorio por la jurisprudencia, son susceptibles de producir un menoscabo de la dignidad: piénsese, p.e. en los supuestos de impago o retrasos recurrentes y duraderos del pago del salario (art. 50.1.b.) durante un plazo superior al que permita la propia subsistencia, entendida aquí en relación con el cumplimiento obligaciones índole financiera, fiscal, de deberes familiares y personales más elementales que trazan un escenario hondamente degradante al colocar al trabajador paulatinamente en una situación que desde la incertidumbre hasta la insostenibilidad física del puesto de trabajo conducen a un potencial deterioro de su autoestima, cuya directa vinculación con la dignidad resulta incuestionable para la jurisprudencia. Por no hablar de las conductas empresariales directas o indirectas de índole degradante o vejatoria que, subsumibles o no en la noción jurídico-laboral de acoso en el trabajo, son reconducibles al art. 50 a través de la cláusula general de cierre del precepto.

La inmanencia de la dignidad en el art. 50 LET como bien jurídico intangible frente a los poderes empresariales en la dinámica de la relación laboral es, precisamente, lo que le ha propiciado su emergente funcionalidad como mecanismo jurídico de defensa ante lesiones de derechos fundamentales, aunque esto no implique, sin embargo, que cualquier conducta empresarial que determine un menoscabo de la dignidad del trabajador haya de concernir necesariamente a sus derechos fundamentales. Hay que admitir que la conducta empresarial ha de revestir una particular gravedad para que pueda entenderse que la vulneración de la dignidad trasciende de una afectación de derechos de legalidad ordinaria para pasar a comprometer derechos fundamentales de la personalidad y aunque la doctrina judicial (y legal) no es uniforme ni contundente a este respecto, cabe inferir de ella que el punto de inflexión residiría bien en su duración, bien en el concurso y conjugación de diversos comportamientos lesivos contra el trabajador, bien en la concurrencia de una intencionalidad o *animus nocendi*, bien en la concurrencia de un grave riesgo, cierto o potencial, de menoscabo de la salud del trabajador. Desde esta perspectiva, la afectación de la dignidad puede tener también unos efectos “pluriofensivos” concerniendo a varios derechos fundamentales: derecho a la integridad moral, a la integridad psíquica, al honor, a la intimidad o a la propia imagen.

Ha de convenirse, por tanto, que no toda lesión de la dignidad es identificable con lesión de derechos fundamentales del trabajador, pero de ahí a afirmar la existencia, como postula alguna doctrina y ciertos pronunciamientos judiciales, de un doble nivel o dimensión – constitucional e infraconstitucional – de la dignidad en la relación laboral y en particular en el art. 50 LET resulta, en mi opinión, artificial: el valor constitucional de la dignidad es unívoco e intangible cualquiera que sea el ámbito en el que opere y por tanto también cuando se proyecta en la relación laboral configurado como derecho legal básico del trabajador (art. 4.2.e) LET y límite de los poderes empresariales como sucede en el art. 50 LET.

III. En lo atinente a la cualificación del incumplimiento empresarial, merece ser destacado, en particular, el análisis efectuado acerca de la nota de culpabilidad que un sector doctrinal y una corriente jurisprudencial consideran

un ingrediente valorativo inherente al incumplimiento resolutorio en base a una interpretación *sensu contrario* de la exclusión del ámbito operativo del art. 50 de los supuestos de fuerza mayor, lo que ha hecho preciso un estudio del alcance de esta figura en el art. 50 LET. En este sentido y de nuevo a base de un diálogo obligado entre el Derecho del Trabajo y el Derecho común de las obligaciones y la mejor doctrina científica y legal interpretativa del art. 1124 en relación con el art. 1105 CC, se ha llegado a las siguientes conclusiones. En primer lugar, la fuerza mayor, si bien es una causa legal de exoneración de responsabilidad del deudor, no puede ser considerada como antónimo de culpabilidad entendida como ausencia de diligencia, sino en todo caso como antónimo de hecho imputable al deudor de la obligación incumplida, de modo que, desde esta perspectiva, la exclusión por el art. 50.1.c) ET de los incumplimientos empresariales derivados de fuerza mayor como causa de dimisión provocada, no comportaría, *sensu contrario*, que los incumplimientos resolutorios incluidos en el ámbito del precepto deban ser, necesariamente, incumplimientos culpables. En segundo lugar, en contraposición a la resolución civil que no se excluye cuando el incumplimiento no sea imputable al deudor debido a la concurrencia de fuerza mayor que imposibilite la prestación, la resolución laboral ex art. 50 LET no sería operativa en este caso con fundamento aquí en la previsión legal excluyente de su apartado c) que se configura, así, como regla especial –que desplaza a la general civil– determinante de un sistema distinto de distribución de los riesgos de la imposibilidad fortuita de la prestación en el ámbito laboral.

Con todo, en base a la interpretación restrictiva que ha de darse a este tipo de normas redistribuidoras del riesgo en el incumplimiento de obligaciones recíprocas, la doctrina laboralista apuesta por una lectura rupturista de la concepción iuscivilista unitaria de la fuerza mayor y el caso fortuito, conforme a los datos aportados por la legislación laboral que expresamente las diversifica (ex art. 30 LET), que aboca a la imputación de responsabilidad al empleador por incumplimiento en este último caso y, por lo que aquí interesa, a la inclusión del incumplimiento empresarial derivado de caso fortuito en el ámbito material de operatividad del art. 50 LET. En todo caso, esta tesis, que desde luego comparto, no destierra una doble y rechazable paradoja: por un lado, el

Derecho civil procura una tutela al contratante cumplidor –la resolución contractual– que el Derecho laboral le niega al trabajador pese a su proclamado carácter tuitivo, y, por otro lado, el propio ordenamiento del trabajo aboca a la insólita solución de procurar dicha tutela precisamente al contratante incumplidor – el empresario – a través de la figura del despido por fuerza mayor que comporta una reparación indemnizatoria para el trabajador afectado sensiblemente inferior a la de la dimisión provocada del art. 50 LET.

Esta línea argumental conduce a la conclusión de que ni desde un punto de vista técnico-jurídico y menos aún político-jurídico es asumible la salvedad excluyente de la fuerza mayor en el ámbito objetivo del art. 50 LET. Conforme a la primera perspectiva, en el orden laboral la fuerza mayor, tanto si se concibe en un sentido lato, cuanto la concebida en su acepción estricta anudada a sucesos externos a la esfera de control del empresario, nunca debería apreciarse, en buena técnica jurídica, como causa justificativa de un incumplimiento grave de las obligaciones laborales inherentes a la condición de empleador dotándola de un efecto impeditivo de la dimisión provocada, ya que de este modo se otorga una censurable cobertura legal a una conducta incumplidora claramente imputable, aquí, al empresario a título de culpa por falta de la diligencia que le es exigible en los supuestos en que por causa de fuerza mayor el cumplimiento de sus obligaciones laborales deviene imposible, concretable aquí en el recurso a los mecanismos *ad hoc* que le ofrece el ordenamiento laboral – las cláusulas de descuelgue salarial (art. 82.3 ET), suspensión contractual (arts. 45.1.i y 47 ET), o en el peor de los casos el despido (art. 49.1.h) ET)-, que, diligentemente utilizadas, evitarían el incumplimiento.

En el plano de política del Derecho, el reproche es mayor si cabe, ya que por muy restrictivo que sea el alcance que se le confiera a la noción de fuerza mayor, la prescripción legal priva al trabajador del único remedio jurídico de tutela que le resta, conforme a la dogmática general de los contratos, frente a la lesión de su derecho de crédito derivada del incumplimiento, al no ser viable aquí ni la pretensión de exigencia de cumplimiento (ya que la prestación ha devenido imposible), ni la pretensión de exigencia de responsabilidad en búsqueda de tutela resarcitoria o indemnizatoria (pues el incumplimiento no es

imputable al empresario y la imputabilidad es, como se sabe, requisito de la responsabilidad). De acuerdo con esta argumentación, se postula *lege ferenda*, la modificación del art. 50.1. c) ET en el sentido de suprimir la referencia a la fuerza mayor como circunstancia excluyente de la dimisión provocada, pues determina, cualquiera que sea el enfoque con el que se aborde la exégesis del precepto, una injustificada situación de desprotección del trabajador frente al incumplimiento empresarial por causa fortuita.

Explorada, así mismo, la eventual incidencia de la categoría general de la *alteración sobrevenida de las circunstancias* en la dinámica del art. 50 LET a través de las distintas construcciones teóricas en las que se manifiesta – cláusula *rebus sic stantibus*, doctrina de la imprevisión, teoría de la base del negocio y, en fin, la categoría de la excesiva onerosidad sobrevenida – , he extraído la conclusión de que ninguna de estas categorías jurídico-contractuales pueden servir de basamento para justificar un incumplimiento empresarial grave de las obligaciones contractuales y en consecuencia no pueden ser utilizadas en orden a dotar de fundamento jurídico a la exclusión de la resolución contractual a instancia del trabajador en tal hipótesis. Es más, si todas las construcciones teóricas aludidas, que como se sabe postulan diversas soluciones a la influencia que en el sinalagma funcional del contrato de trabajo puedan tener el cambio de las circunstancias (sobre todo de índole económica) concurrentes en su génesis, contribuyen, con mayor o menor acierto, a categorizar desde un punto de vista técnico-jurídico los mecanismos jurídico-positivos que el ordenamiento laboral pone a disposición del empresario con el objeto de corregir los efectos adversos derivados de esa alteración sobrevenida (movilidad funcional y geográfica, modificación sustancial, suspensión contractual y despidos económicos), habrá que convenir que todas ellas inciden de modo indirecto en dotar al incumplimiento empresarial de un ingrediente de culpabilidad que, pese a no ser exigible, en términos generales, aquí vendría dado como argumento de refuerzo para justificar la resolución a instancia del trabajador, ya que una utilización diligente de dichos recursos evitaría el incumplimiento resolutorio; en otras palabras, desde esta perspectiva, la teoría de la modificación sobrevenida de las circunstancias aportaría, de modo reflejo, un argumento de refuerzo a la

operatividad de la acción resolutoria del trabajador ex art. 50 LET ante un incumplimiento empresarial de sus obligaciones contractuales para hacer frente a las nuevas circunstancias sobrevenidas, ya que en tal caso el incumplimiento resolutorio además de grave, sería ahora imputable al empresario a título de culpa anudada a la negligente omisión de aquellos mecanismos enderezados a corregir la disfunción sobrevenida en la causa del contrato, quedando integrado así el tipo configurado en el art. 50.1 ET con el argumento de refuerzo de la culpabilidad.

IV. Volviendo a una de las ideas- fuerza de esta tesis: el art. 50 LET como mecanismo de tutela de derechos fundamentales de la persona del trabajador, ha de subrayarse que la frecuente reconducción a esta figura de acciones extintivas con invocación de derechos fundamentales – ya sea por alegación de acoso, ya por otras conductas empresariales diversas también tachadas de lesivas de este tipo de derechos– ha propiciado un proceso fecundo de reconstrucción interpretativa, doctrinal y jurisprudencial, del precepto –al que esta tesis pretende contribuir– con el objeto de su depuración en lógica constitucional a efectos de procurar la tutela requerida en tales supuestos. Esta reconstrucción ha incidido, básicamente, en los planos procedimental y resarcitorio de la institución extintiva llegando a unos resultados óptimos aunque, como se verá, mejorables si se la compara con la tutela procurada por el procedimiento de amparo ordinario, ya que a cambio de superar los estrechos márgenes derivados del limitado ámbito de cognición de éste último, los recursos, sobre todo los de índole procesal, para asegurar la plena efectividad de los derechos concernidos son de aplicación más incierta en el marco del procedimiento resolutorio.

V. En el plano procedimental, superando el clásico y general protocolo judicial vinculado a la dimisión provocada, la doctrina constitucional, yendo más allá de las tradicionales excepciones abiertas por el TS al *ius resistentiae* del trabajador – cese prematuro de la prestación laboral– en el marco del procedimiento resolutorio, ha abierto el paso a un protocolo dimisivo de eficacia jurídica directa, en clave de opción respecto al protocolo judicial, más tuitivo de los derechos fundamentales invocados en el marco de la extinción contractual. El TC (STC 225/2002 de 9 de diciembre), en efecto, mediante su doctrina de la

“autotutela inmediata” que, aunque referida *ad casum* a la cláusula de conciencia de los periodistas, es perfectamente extrapolable, en mi opinión, a los supuestos de lesión de otros derechos fundamentales viabilizados por el art. 50 LET, viene a rechazar la imposición de un único procedimiento extintivo judicial de naturaleza heterocompositiva que obligue al trabajador a mantener viva la relación laboral forzando la prestación de trabajo durante la tramitación del proceso en el que se ventile la vulneración de un derecho fundamental imputable al empresario hasta que se dicte la sentencia constitutiva, ya que ello implicaría un intolerable amparo, aun transitorio, de la lesión de dicho derecho. De este modo y conviniendo que no se trata de una cuestión meramente formal o accesorio, sino afectante de forma decisiva al *contenido del derecho*, acepta la viabilidad de un protocolo extintivo dimisivo de efectos constitutivos en clave opcional con el tradicional de carácter judicial.

VI. La opción por la dimisión constitutiva que esta doctrina sustenta, implicaría, desde luego, la transformación de la naturaleza jurídica de la figura resolutoria configurada en el art. 50 LET que pasaría a convertirse en una dimisión extraordinaria por justa causa de efectos constitutivos, en contraposición con los supuestos de reconocimiento jurisprudencial del *ius resistentiae* del trabajador ante incumplimientos empresariales de efectos gravemente vejatorios o degradantes, que no operan, sin embargo, transformación dogmática alguna de la institución, ya que pese a implicar la justificación del cese prematuro de la prestación laboral, los efectos extintivos (y resarcitorios) se anudan a la fecha de la sentencia judicial constitutiva, tal y como sostiene reiterada jurisprudencia.

VII. Ambas hipótesis – dimisión constitutiva e *ius resistentiae* – coinciden, sin embargo, en arrostrar un indeseable margen de inseguridad jurídica para el trabajador que puede abocar, en el primer caso, a la calificación de una dimisión simple no indemnizada si no se apreciase judicialmente con posterioridad la lesión del derecho fundamental alegada en la pretensión de resarcimiento, y en el segundo caso, a una situación si cabe más adversa para los intereses del trabajador de no apreciarse justificado el abandono prematuro del puesto de trabajo, ya que en tal caso se habría producido una ruptura

previa del contrato por causa imputable al trabajador que haría inviable una postrera resolución judicial.

En ese contexto y dado que el trabajador, tratando de obviar el margen de incertidumbre que arrostra la dimisión constitutiva previa, es previsible que opte por instar la acción resolutoria, se hace de todo punto necesaria la introducción de ciertas modificaciones legales enderezadas a eliminar o minimizar los riesgos derivados del *ius resistentiae* manifestado en el cese de la prestación laboral que usualmente acompaña a la acción extintiva con implicación de derechos fundamentales. Así, con el objeto de evitar la inseguridad jurídica derivada de la calificación judicial que se haga *a posteriori* de su decisión de cese, supeditada además al criterio subjetivo del juzgador de instancia, así como a salvar de paso el problema técnico de la ausencia de una previsión legal al efecto, se propone *lege ferenda* la inclusión de una causa suspensiva específica, bien incorporándola al listado del art. 45 LET, o bien en el propio art. 50 LET, relativa a los supuestos en que concurren indicios razonables de situaciones vejatorias, de grave riesgo cierto o potencial para la integridad personal, la salud y/o la dignidad del trabajador o de grave ilegalidad manifiesta del empleador.

VIII. Por otra parte, como alternativa a esta solución, aunque con idéntica finalidad, se postula también *lege ferenda* una previsión específica para estos casos de medidas cautelares de suspensión que soslaye complejas, pero en todo caso viables, bajo mi punto de vista, aplicaciones supletorias de la LEC (art. 727.11 LEC) o aplicaciones analógicas de la institución cautelar de la modalidad procesal de tutela (art. 178.1 LPL). En efecto, situados en la tesis favorable acerca de la aplicación de la cautela al procedimiento resolutorio, he llegado a la conclusión de que pese a la limitación objetiva de la institución cautelar en sentido excluyente de las sentencias de condena, una interpretación teleológica y evolutiva, concordante con el valor de los derechos aquí en liza, debe conducir a la viabilidad en el procedimiento resolutorio de medidas cautelares “anticipatorias o innovativas” encaminadas al asegurar la efectividad de la sentencia favorable al trabajador, cuanto más si, como sucede señaladamente en estos casos, la duración del proceso puede producir al trabajador perjuicios de imposible o difícil reparación que resten efectividad al

fallo y con ello una colateral lesión de la tutela judicial efectiva. En cuanto a la implementación de la cautela suspensiva propia del procedimiento de amparo ordinario, aunque problemática también aquí dado su ámbito restrictivo, resultaría igualmente viable conforme, por un lado, a una interpretación teleológica que la vincula de nuevo al derecho a la tutela judicial efectiva y, por otro lado, conforme a la “tesis acumulativa” acuñada por la jurisprudencia constitucional y recepcionada por la doctrina unificada, de la que seguidamente se hablará, aunque valga decir por ahora que sustenta la exportación al procedimiento resolutorio de las garantías extraordinarias de aquella modalidad procesal. Pero con todo, el rastreo de doctrina judicial arroja, en este sentido, un balance desesperanzador ya que en general se muestra reacia a la aplicación de la cautela al procedimiento resolutorio acogiéndose, a mi entender, a una rigorista interpretación funcional del instituto cautelar según la cual el objeto de la pretensión - aquí, la extinción contractual indemnizada -, no se vería impedida o dificultada durante la pendencia del proceso ni con un eventual recurso, haciendo prevalecer así, en mi opinión reprochablemente, un aspecto puramente formalista, cual es la finalidad procesal de la institución cautelar en su relación con el art. 50 LET, en detrimento de otro de orden material y de mayor calado: el servicio a la lógica que, desde la perspectiva constitucional, debe primar en el marco de la resolución contractual en la que se ventile la protección de derechos fundamentales o, más genéricamente, derechos de la personalidad del trabajador aunque estén desprovistos del valor jurídico-formal de derechos fundamentales: superar “las limitaciones que lo hagan impracticable, lo dificulten más allá de lo razonable o lo despojen de efectiva protección”.

Dadas, pues, la reticencias a la implementación de medidas cautelares, sería conveniente una previsión específica *lege ferenda* al respecto en el art. 178.1 LPL con expresa mención de su extrapolación a los procedimientos – entre ellos el resolutorio– objeto del mandato remisivo del art. 182 LPL, o en otro caso, me remito a la propuesta formulada con anterioridad de inclusión de la previsión de una causa específica de suspensión contractual agregada al listado del art. 45 LET, o bien en el propio art. 50 LET, relativa a supuestos de demandas de resolución contractual que aporten indicios razonables de

situaciones gravemente vejatorias atentatorias de la dignidad o de la integridad personal del trabajador.

IX. Las consecuencias adversas del carácter constitutivo de la sentencia resolutoria se agravan cuando recayendo sentencia de instancia favorable al trabajador ésta es objeto de recurso, ya que la doctrina legal unificada sigue imponiendo en esta hipótesis la obligación de prosecución de la prestación hasta que recaiga el pronunciamiento firme que ponga fin al proceso. Por ello y en búsqueda de soluciones a este problema he explorado, así mismo, las posibilidades de la ejecución provisional, bien a base de la aplicación supletoria de la LEC (art. 303 LPL en relación con arts. 524 y ss.) –solución, en mi opinión, excesivamente forzada a resultados de la regla prohibitiva de ejecución de sentencias constitutivas (ex art. 521 LEC)– , o bien a base de la menos problemática técnica traslación al procedimiento resolutorio de la previsión del art. 301 de la LPL sobre ejecutividad inmediata de las sentencias recaídas en la modalidad de tutela, con amparo, de nuevo aquí, en la tesis integrativa relativa a los procedimientos que, como el resolutorio, son objeto del imperativo reenvío de art. 182 LPL. Sin embargo, dado que la doctrina judicial se muestra reacia, por lo general, a recepcionar esta solución interpretativa, a pesar de las ventajas nada desdeñables que reporta al trabajador solicitante de la resolución, extensibles también al plano del nacimiento del derecho a las prestaciones de desempleo, vengo postulando desde tiempo atrás una previsión específica *lege ferenda* a este respecto en la LPL para su aplicación en los procedimientos vehiculares de acciones de extinción del contrato en donde se ventile la tutela de derechos fundamentales, que podría hacerse extensible, incluso, a los supuestos de afectación de derechos de la personalidad del trabajador carentes de esta naturaleza lógico-formal, así como a los supuestos en los que la jurisprudencia unificada viene reconociendo excepcionalmente el *ius resistendae* del trabajador afectado en el marco del procedimiento resolutorio.

X. A vueltas con la cuestión de la implementación de la “tesis acumulativa o integrativa” postulada por la jurisprudencia constitucional en el procedimiento resolutorio en el que se invoquen derechos fundamentales, planteada ahora ya con pretensiones de generalidad a efectos de reforzar la tutela dispensada a

dichos derechos a través del art. 50 LET y por tanto referida a la exportabilidad de todas las garantías procesales de la modalidad de tutela –preferencia y sumariedad (art. 53 CE y 177.1 LPL), intervención coadyuvante potestativa del sindicato (art. 175.2 LPL), intervención preceptiva del Ministerio Fiscal (art. 175.3 LPL), modulación del onus probandi (art. 179.2 LPL), reparación indemnizatoria de daños vinculados a la lesión (art. 181.1 LPL) y ejecutividad inmediata de la sentencia (art. 301 LPL)–, la solución afirmativa se impone, en mi opinión, de forma incontestable y ello en base a un doble argumento. En cuanto al primero, la duplicidad de cauces procesales de tutela de derechos fundamentales –específico e “inespecíficos”– que el TC infiere del mandato remisivo del art. 182 LPL, no puede implicar, como también ha reconocido la jurisprudencia constitucional una minoración de garantías en estos últimos que abocara en una intolerable fractura de la protección por una cuestión puramente formal como la relativa al procedimiento a seguir por razón de la materia en que se concrete la lesión. De ahí que el TC, precedido por el contundente pronunciamiento de la doctrina más autorizada en el mismo sentido, sentara el criterio de la exportabilidad a todos los procedimientos objeto del mandato remisivo del art. 182 LPL como única forma de salvar la constitucionalidad del precepto. En cuanto al segundo, el a mi entender irrefutable entendimiento de que entre los procesos relativos a las vicisitudes extintivas concernidos por el reenvío imperativo previsto en el art. 182 LPL, que por ello han de desgajarse del proceso de amparo ordinario, se encuentra, sin necesidad de recurrir a interpretaciones extensivas ni analógicas, el procedimiento resolutorio ex art. 50 LET. Sin embargo, pese a la solidez de los argumentos favorables a esta tesis, la doctrina judicial se muestra mayoritaria y reprochablemente renuente a su aplicación sobre todo en lo atinente a la regla de modulación del *onus probandi*, haciendo recaer por lo general sobre el trabajador postulante de la resolución todo el peso de la carga probatoria de la lesión alegada, en lugar de la exigencia de una mera aportación de indicios de la misma conforme a la previsión del art. 179.2 LPL.

XI. Merece destacarse también la solución dada a los problemas de legitimación pasiva en el procedimiento resolutorio en los supuestos de lesión de derechos de la persona del trabajador a resultas de conductas lesivas –sean

o no constitutivas de acoso – realizadas por otros trabajadores. Aquí la imputabilidad del empresario, el incumplimiento empresarial y su legitimación pasiva vienen fundadas en que los derechos a la dignidad, a la integridad personal y a la salud que puedan verse conculcados por terceros son, además de derechos de libertad, derechos de prestación o “de protección” que comportan un recíproco deber de medios del empresario, esto es, la obligación de desplegar la diligencia necesaria para evitar su vulneración en su ámbito de dirección y control. Se trataría, por lo demás, de incumplimiento empresarial por actos propios vinculados a la infracción de las citadas obligaciones de protección, por lo que primariamente la responsabilidad del empleador es aquí contractual y derivaría directamente del art. 1101 CC, aunque un sector de la doctrina científica y una corriente judicial ha postulado, a mi entender de forma desenfocada, la posible reconducción de la responsabilidad del empleador en estos supuestos al ámbito de la extracontractual o aquiliana por los daños causados por los trabajadores a su servicio ex art. 1903.4 CC, por culpa in eligendo y/o control de la actuación lesiva de los mismos (culpa in vigilando).

En todo caso, lo que debería manejarse, a mi entender, de modo restrictivo, en contra de lo que viene haciendo mayoritariamente la doctrina de suplicación, es la ponderación de la circunstancia del desconocimiento empresarial como criterio de exculpación de responsabilidad, habida cuenta de su alcance a efectos prácticos en el marco del art. 50 LET, ya que de prosperar la pretensión extintiva terminaría siendo desestimada por ausencia de incumplimiento empresarial, aún que quedara acreditada la conducta lesiva ejercida sobre el trabajador y los daños producidos por ella. En este sentido, el enfoque, en mi opinión, debiera ser distinto, de modo que la ignorancia empresarial, más que fundamento de la inimputabilidad empresarial, bien podría denotar una negligencia inexcusable que comportara la responsabilidad culposa del empleador en supuestos de conductas vejatorias duraderas y recurrentes desarrolladas en su ámbito de control; dicho en otras palabras, a efectos de la exculpación de la empresa y con el propósito de evitar el fracaso de la vía del art. 50 LET utilizada por el trabajador afectado, el criterio debería ser más rigorista y pasar del mero desconocimiento del acoso a la constatación de la inimputabilidad de la ignorancia del ilícito por parte del empresario, esto es, a ponderar en orden a la exención de su responsabilidad no el

desconocimiento, sino la imposibilidad de conocer la conducta antijurídica padecida por el trabajador.

En cuanto a la legitimación pasiva en el procedimiento resolutorio del trabajador, autor directo de las conductas lesivas, lo que hasta ahora se había puesto de manifiesto era la conveniencia de ampliar, potestativamente, la demanda para dirigirla también contra él en base a los argumentos esgrimidos al respecto por la doctrina judicial y constitucional en relación con el procedimiento de amparo ordinario –la imputabilidad de conductas lesivas de derechos fundamentales no sólo al empleador y razones de economía procesal que evitarían un segundo procedimiento en caso de exculpación del empleador por el criterio del desconocimiento de la conducta–, en mi opinión plenamente trasladables a la acción resolutoria; pero recientemente el TS en unificación de doctrina (Sentencia de 30 Ene. 2008, rec. 2543/2006) ha sentado el criterio del litisconsorcio pasivo necesario para la válida constitución de la relación jurídico-procesal apelando a los requerimientos del derecho a la tutela judicial efectiva del trabajador al que se le imputan las conductas lesivas directas, y aunque se trata de una doctrina sentada *ad casum* para un supuesto de AMT canalizado además por la modalidad de tutela, entiendo que también aquí es trasladable al procedimiento resolutorio ex art. 50 LET en el que se ventilen cualquier clase de derechos fundamentales, ya que en éste igualmente la acción ejercitada y las pretensiones debatidas afectan tanto al empleador como al trabajador autor material de la conducta antijurídica por vejatoria.

XII. Como contrapunto, a la advertida renuencia judicial respecto a las inserción en el procedimiento resolutorio de las garantías procesales de la modalidad de tutela, las aportaciones primero de la doctrina de suplicación y más recientemente de la doctrina unificada del TS han sido definitivas en el plano de la mejora de la tutela resarcitoria procurada por el art. 50 LET, si bien haciéndose eco, justo es decirlo, del argumentado clamor en ese sentido de la doctrina científica más especializada. En efecto, en el marco de la tensa dialéctica entre el sistema de indemnización legal tasada y el principio general del Derecho de daños de restitución integral y compensación proporcional vinculados a las reglas de la responsabilidad contractual de los arts. 1101 y ss. CC., la jurisprudencia interpretativa del art. 50 –y con ella un sector doctrinal – se ha aferrado hasta ahora a la defensa numantina de la prevalencia del

primero sobre la base de una doble argumentación, en mi opinión, de insuficiente solidez : primero, la superposición de la *lex specialis* laboral al régimen indemnizatorio propio de las normas civiles de responsabilidad contractual que quedaría, así, desplazado; y segundo, una pretendida regla que, a modo de trasunto del principio *non bis in idem* del ámbito punitivo-sancionador, prohibiría “sancionar” la responsabilidad empresarial por un mismo incumplimiento con dos indemnizaciones fundadas en diversos sectores del ordenamiento, regla ésta que, además de carecer de fundamento jurídico en un contexto desvinculado del plano estrictamente sancionador, entra en flagrante contradicción con la consolidada y bien conocida doctrina del propio TS (primero Sala Civil y después Sala Social) sobre responsabilidad e indemnización adicional por accidente de trabajo (AT). Son varios y mucho más atendibles los argumentos, de orden constitucional y de legalidad ordinaria, que cabe esgrimir en contra de esta tesis, al menos cuando se trate de su aplicación a supuestos de resolución contractual con afectación de derechos fundamentales del trabajador: primero, la ya mencionada doctrina constitucional integrativa o cumulativa que habiendo encontrado ya la debida recepción por la Sala Social de TS en materia de despido precisamente en lo atinente a la aplicación de la indemnización resarcitoria del art. 181 LPL, conforme a una interpretación sistemática e integradora de los arts. 182 y 181.1 LPL, debe ser puesta ahora en valor respecto al art. 50 LET; segundo, la regla prohibitiva de tasación de indemnizaciones resarcitorias cuando se vean comprometidos determinados derechos de la personalidad del trabajador que previstas para los casos de discriminación y, en particular, de acoso discriminatorio en la Ley 51/2003 (art. 18.2) en transposición de las Directivas antidiscriminatorias) debe entenderse aplicable *mutatis mutandi* a todos los supuestos de vulneración de derechos fundamentales, dada la identidad de razón reguladora, a través de un interpretación analógica del art. 180.1 LPL; y por ultimo, el indirecto efecto punitivo-disuasorio que conforme a la normativa comunitaria y a nivel interno la Ley 51/2003 y LOI 3/2007 debe anudarse a las indemnizaciones por discriminación que *analogia legis* debe extenderse a los supuestos de afectación de cualquier otro derecho fundamental.

Las ideas-fuerza de esta argumentación han terminado siendo

recepcionadas en unificación de doctrina por el TS (SSTS 17 de mayo de 2006 y 22 de septiembre de 2007) para admitir la indemnización adicional en el marco de la acción resolutoria del art. 50 LET por acoso laboral, si bien en doctrina perfectamente trasladable *analogía legis* a todo incumplimiento empresarial resolutorio en el que se vean comprometidos derechos fundamentales del trabajador.

XIII. Con todo, y sin perjuicio de reconocer la relevancia de este avance, en mi opinión resulta parcial e insuficiente en orden a la total depuración constitucional del art. 50 en su dimensión resarcitoria de los daños derivados del incumplimiento empresarial que induce la extinción contractual, ya que se limita (y no es poco) a afirmar la necesidad de que en el seno de la figura resolutoria se dé una reparación autónoma de los daños derivados de la lesión de derechos fundamentales adicional a la indemnización legal, pero excluye expresamente esa misma reparación autónoma cuando los daños adicionales a la pérdida del empleo que pueda producir colateralmente el incumplimiento empresarial se vinculen a derechos de legalidad ordinaria o fundamentales sólo en sentido jurídico-material. Por eso he manifestado mi adhesión a la doctrina contenida en los Votos Particulares de los últimos pronunciamientos del TS al respecto (SSTSud 3401/2004 y 7176/2006), en la que se postula la irrelevancia de la naturaleza de los derechos –fundamentales u ordinarios – afectados por el ilícito empresarial ex art. 50. 1 LET y se aboga por la extensión del criterio de la compatibilidad indemnizatoria, con el objeto de resarcir todos los daños causados, a cualquier género y alcance de incumplimiento empresarial en el que se acrediten daños patrimoniales o extrapatrimoniales – biológicos y/o morales– inflingidos al trabajador distintos al menoscabo que supone la pérdida del empleo anudada a la extinción contractual provocada, en la línea que empieza a marcar, por cierto, una embrionaria doctrina de suplicación en relación con supuestos de quebranto de la salud del trabajador o de grave de riesgo de su afectación a resultas de medidas de modificación sustancial o, incluso de movilidad funcional lesivas de la dignidad o, en otros casos, de incumplimiento empresarial de los deberes preventivos de riesgos profesionales.

Pero, con todo, si se entendiera que para que proceda la reparación

autónoma de esos daños se precisa una previsión expresa en tal sentido equiparable a la de los arts. 180.1 y 181 LPL en relación con los derivados de la vulneración de derechos fundamentales, habrá que convenir que existe una laguna al respecto en la *lex specialis* que abre una doble hipótesis interpretativa: una, recurrir para su integración a la aplicación supletoria del régimen común del Derecho de daños y con ello a los principios de reparación integral (*restitutio in integrum*) y de resarcimiento proporcional al daño (*compensatio cum danno*) vinculados a la responsabilidad contractual positivizada en los arts. 1101 y ss CC; y dos, de entenderse que para trascender del sistema legal de tasación indemnizatoria imperante en el ámbito laboral no puede acudir sin más al Derecho común, sino que se precisa una intervención legal *ad hoc* en el ordenamiento laboral, he postulado una modificación *lege ferenda* del art. 50.2 LET con el objeto de diversificar los daños que pueda comportar el incumplimiento resolutorio del empleador y contemplar expresamente la posibilidad de una indemnización adicional a la tasada para el resarcimiento independiente de los daños colaterales a la pérdida del empleo cuando resulten convenientemente constatados que sería aquí acordada y cuantificada por el juez laboral a su prudente arbitrio previa acreditación de los mismos y la ponderación de las circunstancias concurrentes.

XIV. En cuanto a la prueba de estos conceptos indemnizables adicionalmente en el marco del procedimiento resolutorio, esto es, de los daños por lesión de derechos fundamentales colaterales a la pérdida del empleo, considero que debe entenderse aplicable la, al menos materialmente, recuperada doctrina legal de la “automaticidad de daños”. Sin perjuicio del más detallado análisis de la misma efectuado en el texto de la tesis, al que desde aquí me remito, valga recordar ahora que el eje de esta primigenia doctrina unificada reside en que acreditada la afectación de un derecho fundamental los daños morales se presumen *iuris et de iure* al considerarse inherentes a la lesión misma del derecho, lo que comporta la condena automática al pago de la indemnización reparadora cuantificada según el prudente arbitrio judicial. No obstante el TS cambió radicalmente de criterio para, mediante una operación de deslinde entre lesión y daño moral, fruto de una rechazable interpretación

fuertemente restrictiva del art. 180.1 LPL, pasar a exigir al trabajador la prueba de los daños y la aportación de los elementos clave para la determinación del *quantum* indemnizatorio. Desde este punto de vista, la todavía formalmente vigente “doctrina de la no automaticidad”, aparte de arrostrar a efectos prácticos la supresión de una nada desdeñable ayuda procesal al trabajador que alega la vulneración de un derecho fundamental, produce un demoledor efecto “devaluador” del propio derecho fundamental y con ello del contenido esencial de su tutela judicial (ex art. 24 CE), al no resultar ya su afectación, en sí misma, un concepto resarcible y mostrarse irrelevante en orden a acordar la indemnización reparadora y su cuantía. Pues bien en este escenario, la doctrina de suplicación posterior ha ido recuperando materialmente, de modo más o menos solapado, la originaria doctrina de la automaticidad de los daños morales, línea de tendencia que recientemente ha sido refrendada de forma explícita por el TC en un importante y reciente pronunciamiento sobre vulneración del derecho de libertad sindical (STC 247/2006, de 24 de julio) - pero extrapolable *mutatis mutandi* a cualquier otro derecho fundamental- , en el que, pese a asumir formalmente la tesis restrictiva del TS, la desmantela materialmente mediante una fundamentación jurídica tan contundente que no sólo supone el retorno a la presunción del daño moral por lesión de un derecho fundamental, sino el reconocimiento de que dicha prueba puede resultar en ocasiones imposible; si esto vale para la libertad sindical, cuanto más lo será respecto a los derechos fundamentales de la persona del trabajador.

XV. Otra técnica de refuerzo de la tutela efectiva de derechos fundamentales encauzada por el art. 50 LET viene representada por la viabilidad de la acumulación de las acciones extintiva y resarcitoria en el procedimiento resolutorio como salvedad a la regla general prohibitiva del art. 27.2 LPL relativa, como se sabe, a las acciones extintivas amparadas en el art. 50 LET. Esta solución, acuñada primero en sede jurisprudencial (STSud 8304/2007 de 20 septiembre) en base, de nuevo, a la tesis integrativa y a la primacía de la regla específica de posibilidad acumulatoria prevista en el art. 180.1 LPL sobre la prohibitiva del art. 27.2 LPL, ha sido recepcionada después legalmente por la LOI 3/2007 (DA 13.1) que introduce la pertinente modificación del precepto de la Ley Adjetiva laboral, en otra manifestación más de la tutela

reforzada y autónoma requerida por los derechos fundamentales de la persona del trabajador en el marco del art. 50 LET. Pero, con todo, dado que esta construcción trae causa en la necesaria indemnización de los daños, cualquiera que sea su naturaleza, derivados de la lesión de los derechos del trabajador concernidos por el incumplimiento empresarial, entiendo que no debe limitarse, como hace ahora el modificado art. 27.2 LPL, a los supuestos en que en el procedimiento resolutorio se ventilen derechos fundamentales, sino que debería hacerse extensiva, en la misma línea que he postulado para la vertiente reparadora de la institución, a las hipótesis en que concurren una pluralidad de daños derivados de la conducta antijurídica del empleador distintos a la propia pérdida del empleo, cualquiera que sea la índole de tales daños y el rango de los derechos del trabajador concernidos.

XVI. El contrapunto de la reconstrucción interpretativa del art. 50 LET en orden a la mejora de sus cotas de tutela frente a la afectación de derechos de la persona del trabajador, viene representado por la mutación que experimenta la dinámica de la institución resolutoria conforme al nuevo régimen jurídico concursal. Acostumbrados hasta ahora a meras “perturbaciones” de las instituciones jurídico-laborales inherentes a los procesos de reestructuración de empresas en crisis por obra del Derecho concursal, se asiste ahora a una honda reformulación, sin precedentes en nuestro Derecho de empresas en dificultad, del régimen estatutario del art. 50 LET por exigencias de los principios inmanentes a la lógica del concurso que en buena medida implican una minoración de garantías del trabajador postulante de la resolución contractual por algunas de las causas justificadas previstas en el precepto: señaladamente, los incumplimientos en materia salarial (ex art. 50.1.b) LET), pero también los concernientes a modificaciones sustanciales cualificadamente lesivas implementadas colectivamente en virtud del procedimiento judicial de regulación de empleo tramitado en contexto concursal.

XVII. En lo atinente a la resolución ex art. 50.1.b) LET, destacan las alteraciones concernientes a la vertiente procedimental y a la competencia jurisdiccional: así, declarado el concurso y superado un determinado umbral cuantitativo-numérico las acciones resolutorias individuales, además de entrar

lege data en el ámbito competencial del juez del concurso, se colectivizan tramitándose en el seno del procedimiento (judicial) de regulación de empleo concursal (ERE concursal) y son acordadas por el auto judicial que lo resuelve cuyo carácter decisorio o autorizante constituye, junto a los problemas que suscita su impugnación por los trabajadores postulantes de las primigenias resoluciones individuales, otro de los muchos puntos críticos de la reformulación de la figura. Sin embargo, la cuestión más polémica a nivel doctrinal reside en si los cambios procedimentales señalados se acompañan de alteraciones de orden sustantivo que aunque no explícitos en la Ley 8/2003, Concursal (LC), cabría inferir vía interpretativa de las previsiones legales, a base de un doble criterio teleológico y sistemático. En este sentido y a falta aun de doctrina jurisprudencial al respecto, mi opinión se suma a la de la doctrina científica que anuda a los cambios procedimentales de las resoluciones contractuales impropias del art. 64.10 LC una transformación en el plano de la reparación indemnizatoria por la pérdida del empleo que pasaría de la indemnización del despido improcedente del art. 50.2 LET a la menor del despido colectivo del art. 51.8 LET, en detrimento aquí de los intereses individuales del trabajador postulante de la resolución contractual. Los argumentos a favor de esta tesis los resumiría aquí en dos: por un lado, la unidad legal y procedimental, apuntan a una opción del legislador concursal guiada por la conveniencia de que las resoluciones individuales (dimisiones provocadas impropias) se valoren en el marco y conforme a los parámetros de las demás medidas colectivas requeridas por la crisis empresarial, con la consecuente homogeneidad de las de carácter extintivo que se adopten en ese marco; por otro lado, cabe apelar a la *vis atractiva* ejercida por los principios integradores de la lógica del concurso –satisfacción preferente del interés de los acreedores y salvamento, en su caso, de la empresa viable– que prevalecerían sobre la previsión del art. 64.11 LC acerca de la aplicación supletoria de la legislación laboral. Se habría consumado legalmente, así, una interacción absoluta de dos instituciones extintivas –el despido colectivo y la resolución contractual individual del art. 50 LET– en contexto concursal, frente a la plena autonomía de ambas figuras proclamada por la vigente doctrina unificada del TS en contexto de crisis extraconcursal de la empresa.

XVIII. También, aunque en menor medida, el Derecho concursal incide en el régimen de la acción resolutoria inducida por modificación sustancial de condiciones de trabajo lesiva (ex art. 50.1.a) LET) cuando se trate de una medida novatoria de carácter colectivo acordada por el juez del concurso en el procedimiento de regulación de empleo concursal, operando una modulación que, incluso, podría *minorar* los derechos que la legislación laboral ordinaria reconoce al trabajador en tal caso. Son varios y de calado los problemas interpretativos que suscita esta hipótesis. En cuanto al primero, referido a la posibilidad de existencia de este tipo de medidas modificativas cualificadamente lesivas en el marco del ERE concursal y en el seno del auto judicial que lo resuelva, se llega a la argumentada convención de que no son en absoluto descartables en ese contexto, al igual que sucede con las que sean objeto de un acuerdo de reorganización productiva adoptado en un ERE extraconcursal o fruto de la otrora autorización administrativa en el régimen estatutario previo a la reforma de 1994; en segundo lugar, en relación con la imputabilidad del incumplimiento a efectos de la operatividad del art. 50.1.a) LET, se concluye que, pese a ser la administración concursal la que ostenta la legitimación negocial en la fase de consultas del ERE del concurso, en la adopción de medidas modificativas que devengan lesivas para un singular trabajador ésta actúa por *sustitución ex lege* del empresario y ejerciendo los poderes de gestión laboral que en el ámbito extraconcursal sólo a él le competen, por lo que su implementación en menoscabo de la dignidad o la formación profesional de un trabajador determinará la integración del incumplimiento empresarial tipificado en el art. 50.1.a) ET y plenamente viable, por tanto, la acción resolutoria del perjudicado; en tercer lugar, en lo atinente al cauce procesal por el que deba discurrir, en tal caso, la acción resolutoria, parece que la solución apunta al incidente laboral previsto en el art. 64.8.2º LC, por tratarse de acciones sociales dirigidas contra el auto del juez del concurso. Por último, en lo atinente a la incidencia que pueda tener sobre estas acciones resolutorias la regla prohibitiva del art. 64.9 LC que, como se sabe, suspende temporalmente con carácter imperativo las “acciones rescisorias” que pudieran ejercerse respecto a medidas colectivas de modificación sustancial (y traslado) acordadas en el ERE concursal, parece que pese a la existencia de suficientes argumentos técnico-jurídicos –interpretación sistemática y teleológica del

precepto— y de política-jurídica —norma obediente a la racionalidad jurídica del Derecho concursal— para entender que las acciones resolutorias fundamentadas en el art. 50.1.a) LET quedan comprendidas en el ámbito de la prescripción suspensiva del art. 64.9.3° soslayando, así, temporalmente el gravamen que las indemnizaciones resultantes supondrían para el empresario-deudor al venir a sumarse al montante crediticio contra la masa, existen, en mi opinión, razones de mayor peso para postular la solución contraria, esto es, la exclusión de estas acciones extintivas del art. 50 LET del ámbito de la prohibición dada la primacía y la relevancia constitucional de los bienes jurídicos del trabajador afectado en liza. Se apuesta, así, por una interpretación restrictiva del art. 64.9 LC en base a un triple argumento: primero, su carácter de norma limitativa de derechos subjetivos, de modo que la suspensión de las resoluciones indemnizadas habría de ceñirse exclusivamente a los supuestos explícitamente tasados; segundo, su interpretación histórica a la luz de sus antecedentes prelegislativos en la reforma concursal; y tercero, y probablemente el de mayor calado: la interpretación del precepto en la lógica de efectividad de derechos constitucionales de los trabajadores de la empresa concursada que se vean concernidos por la medida modificativa empresarial lesiva de la dignidad y/o de la formación profesional. Desde esta perspectiva constitucional que impone la efectividad de la tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores en la empresa (lógica de ciudadanía social propia de la constitución garantista del trabajo) , debe rechazarse desde luego cualquier solución que suponga que la ya comentada racionalidad jurídica del Derecho concursal (preferencia del principio de eficiencia sobre el principio de protección) implique el sacrificio de derechos de los trabajadores, en ocasiones derechos fundamentales, como los que pueden verse implicados en la aplicación de modificación sustancial afectante a la dignidad.

XIX. A día de hoy, las carencias de las que adolece *lege data* la figura extintiva del art. 50 LET en orden a erigirse en una eficaz técnica de tutela de derechos fundamentales y, más en general, de los derechos de la persona del trabajador son, como se ha visto, muy importantes. En este sentido, la institución resolutoria laboral se ha resentido, por un lado, de la opción político-jurídica del legislador estatutario de prescindir de una norma garantizadora de

derechos individuales de la personalidad del trabajador y de imposición de correlativos límites a los poderes empresariales, lo que, a la postre, ha abocado a que la protección de estos derechos, de relevancia constitucional, en el ámbito de la empresa se haya reconducido a la tutela judicial y a la dispensada por el TC (VALDES DAL-RE); por otro lado, de la incapacidad de la negociación colectiva para encauzar una política contractual garantizadora de dichos derechos, tal y como se evidencia en el hecho de que, ni tan siquiera en los tiempos más recientes de emergencia de conductas empresariales lesivas de derechos de la personalidad del trabajador, se haya introducido o mejorado las técnicas de tutela legales; y, por fin, de una impenitente jurisprudencia interpretativa en exceso formalista que, hasta su giro más reciente, ha supuesto más bien un lastre para los intentos doctrinales de una reconstrucción en lógica garantista del art. 50 LET.

Por todo ello, a lo largo de este trabajo se han ido postulando *lege ferenda*, propuestas concretas en orden a modificaciones legales que contribuyan a adaptar definitivamente los planos sustantivo y procedimental de la figura resolutoria a la consecución de la plena efectividad de los derechos fundamentales cuando su protección se viabilice a través de ella. Pero, con todo y a pesar de la jurisprudencia y doctrina constitucional artífices de su más reciente interpretación evolutiva y conforme a la racionalidad garantista exigida por el valor de los bienes jurídicos comprometidos, subsisten resquicios para la inseguridad jurídica, que también se han puesto de manifiesto. En consecuencia, y dado que las condiciones activas y pasivas determinantes del respeto de los derechos de la persona del trabajador en el funcionamiento de la organización del trabajo no dependen tanto de una concreta norma, cuanto de un complejo de aplicación sinérgica de normas, doctrina y jurisprudencia (RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER), es de esperar (y desear) que la línea de tendencia de la doctrina legal relativa al art. 50 LET en su aplicación a supuestos de vulneración de derechos fundamentales del trabajador –en su sentido más amplio, omnicompreensivo de los que lo sean en sentido jurídico-formal, cuanto los que lo sean en sentido material– se consolide e, incluso, avance hasta la plena consecución de la llamada “ciudadanía industrial” – penetración de la Constitución y de los derechos y libertades que consagra en

la empresa (BAYLOS GRAU) que, junto a la “ciudadanía social”, nuestra Constitución se preocupa de garantizar (MONEREO).

BIBLIOGRAFÍA

AGRA VIFORCOS, B., FERNANDEZ FERNANDEZ, R. y TASCÓN LOPEZ, R.: *La respuesta jurídico-laboral al acoso moral en el trabajo*. Laborum, 2004.

AGUT GARCÍA, C.: "Breves consideraciones en torno a la cláusula de inaplicación del régimen salarial pactado en convenio colectivo supraempresarial", *Tribuna Social*, nº 83, 1997.

ALAMEDA CASTILLO, M.T.: *Extinción del contrato de trabajo e insolvencia empresarial. Conservación frente a liquidación de empresas en crisis*. CES, Madrid, 2001.

ALARCÓN CARACUEL, M.R.: *Un proceso de conflicto colectivo sin sentencia normativa*. En VV.AA., *Estudios sobre la Ley de Procedimiento Laboral de 1990*, Madrid, Marcial Pons, 1991.

ALBALADEJO GARCÍA, M.: "Comentario al artículo 1100 del Código Civil", en VV.AA.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dir. Albadalejo García), tomo XV, vol. 1^o, Madrid, 1989.

- *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*. Bosch, Barcelona, 1997, vol I.

ALBIOL MONTESINOS, I.: "Dimisión del trabajador y extinción por voluntad del trabajador", en AA.VV.: *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*. Edersa, Madrid, 1983; T.IX, v. I.

- "La extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador", *RT*, nº 93, 1989.

- "Extinción del contrato de trabajo por fuerza mayor", en *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Edersa, Madrid, 1989; T. IX, vol. 2^o

- *Aspectos laborales de la Ley Concursal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004

- *El despido disciplinario y otras sanciones en la empresa*, Deusto, Bilbao, 1990,

- *El salario. Aspectos legales y jurisprudenciales*, Deusto, Bilbao, 1992

- "Causas y efectos de la extinción por el trabajador", *Comentarios a las Leyes Laborales* (Borrajó Dacruz, dir.), RDP, Madrid, 1983; T. IX, vol. I.

ALBIOL MONTESINOS, I. y BLASCO PELLICER, A.: *Proceso de tutela de la libertad sindical y otros derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

ALFONSO MELLADO, C., PEDRAJAS MORENO, A y SALA FRANCO, T.: "La modificación sustancial de condiciones establecidas en convenios colectivos estatutarios", *RL*, nº 8, 1995.

ALFONSO MELLADO, C., CARRATALÁ TERUEL, J.L. Y MORRO LÓPEZ, J.J.: *La reforma del proceso laboral*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1.994.

ALONSO OLEA, M.: "Consideraciones generales sobre las clasificaciones del salario", en VV.AA., *Dieciséis lecciones sobre salarios y sus clases*. Madrid, 1.971

- *El despido. (Un estudio de la extinción del contrato por voluntad del empresario)*, IEP, Madrid, 1957

- "La extinción del contrato de trabajo por decisión del trabajador", *RPS* nº 126, 1980

- *Un problema cada vez más complejo: la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, Coimbra, 1989

ALONSO OLEA, M., CASAS BAHAMONDE, M.E.: *Derecho del Trabajo*, Civitas, 2006.

ALONSO OLEA, M., TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, 2002.

ALONSO OLEA, M., MIÑAMBRES PUIG, C.: *Derecho Procesal del Trabajo*, Civitas, Madrid, 1994.

ALTAVILLA, R.: *Le dimisión del lavoratore*, Milano, 1987.

ALTÉS TÁRREGA, J. A.:

- *El acoso sexual en el trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

- *El acoso del trabajador en la empresa*, Consideraciones al hilo de la Ley 62/2003 de MFAOS y la Ley 3/2007 para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

ALVAREZ DE LA ROSA, M.: "El complemento extrasalarial de prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social", en AA.VV. *Estudios sobre el salario*, Acarl, Madrid, 1993.

ALVAREZ VIGARAY, R.: *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Granada, 1986.

AMATO/CASCIANO/LAZZERONI/LOFFREDO: *Il mobbing. Aspetti lavoristici: nozione, responsabilità, tutele*. Giuffrè, Milano, 2002.

ANDERMAN, S.D.: *The law of unfair dismissal*, Londres, 1965.

ANDINO AXPE, L.F.: *Ejecución en el orden jurisdiccional social*, 2ª edic., Comares, Granada, 1996.

ARAMENDI SANCHEZ, P., "Acoso moral: su tipificación jurídica y su tutela judicial", *AS*, Nº 2, 2002.

ARCE, J.C.: *El trabajo de las mujeres en el Derecho Comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999

ARDAU, G.: *La risoluzione per inadempimento del contratto di lavoro*, Milán, Giuffrè, 1954.

BAJO GARCIA, I.: “*En torno al recurso de suplicación frente al auto de extinción colectiva de contratos de trabajo en procedimiento concursal*”, AS, nº 17, 2006.

BALZARINI, G.: *La retribuzione del lavoro subordinato*, vol. I, Teramo, 1971.

BARRIO CALLE, M.A.: “*La Ley Concursal y el art. 50.1 del ET: La conversión de demandas individuales de rescisión de contrato seguidas en el Juzgado de lo Social en expediente de regulación de empleo seguido ante el Juzgado*”, AS, nº 17, 2005.

BATLLE VAZQUEZ, M.: “*Comentarios a los arts. 1º a 7º CC*”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Albaladejo, dir.), Edersa, Madrid, 1.978, Tomo I.

BAYLOS GRAU- CRUZ VILLALÓN- FERNÁNDEZ LÓPEZ: *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, Trotta, 2ª ed., Madrid, 1995.

BAYLOS GRAU, A, APARICIO TOVAR, J.: “*Autoridad y democracia en la empresa*”, en VV.AA.: *Autoridad y democracia en la empresa*, Trotta, Madrid, 1995.

BAYLOS GRAU, A.:

-“*El derecho al trabajo como Derecho Constitucional*”, Cuadernos de Derecho judicial, nº 21, 2003 (Moliner Tamborero y Salinas Molina dir).

- “*La autotutela del trabajador frente a las extralimitaciones del poder de dirección del empresario*”, en VV.AA.: *Las limitaciones de los poderes empresariales y las responsabilidades por su utilización ilegítima* (coord. Cabeza Pereiro, Lousada Arochena, Movilla García), Comares, Granada, 2002.

-“*Códigos de conducta y buenas prácticas de las empresas en materia laboral: el problema de su exigibilidad jurídica*”, Estudios de derecho judicial, nº 66, 2004.

-“*Los Acuerdos Marco de empresas globales: una nueva manifestación de la dimensión transnacional de la autonomía colectiva*, RDS, nº 28,2004.

BAYON CHACÓN, G. y PEREZ BOTIJA, E.: *Manual de Derecho del Trabajo*, 3ª edición, Madrid, 1962.

BECK, U.: *La sociedad del riesgo*, Barcelona, Paidós, 1998.

BEJARANO HERNÁNDEZ, A.:

- "Excepciones procesales y subsanación de defectos", RL, I, 1995.
- *Extinción indemnizada del contrato por causa de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- *Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y vías procesales de impugnación*, Civitas, Madrid, 2000.
- *Principio de condición más beneficiosa y reglas de absorción, compensación y supresión de la misma*, Boch, Barcelona, 2001.
- "Indemnización de daños y perjuicios derivados de vulneración de derechos fundamentales", RDS, nº 33, 2006.

BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P.: *El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1990.

BISBAL MENDEZ, J.:

- "El nuevo Derecho concursal francés", RDBB, V, 1985
- *La empresa en crisis y el Derecho de Quiebras (Una aproximación económica y jurídica a los procedimientos de conservación de empresas)*, Bolonia, 1986
- "La insoportable levedad del Derecho Concursal", RDM, nº 214, 1994.

BLANCO PEREA y LOPEZ PARADA: "La vía penal integrada en el tratamiento de urgencia del acoso moral en el trabajo", *Revista Jurídica La Ley*, 2002-3.

BLASCO PELLICER, A.:

- "En torno al contenido y eficacia de las sentencias en procesos de conflicto colectivo", *Tribuna Social*, nº 97, 1999
- "Proceso laboral y efectividad judicial", RDS, nº 12, 2000

BOBBIO, N.:

- *Teoría General del Derecho*, Debate, 1990.
- *El tiempo de los derechos*, Sistema DL, 1991.

BORRAJO DACRUZ, E.:

- "La nueva regulación de la relación especial del personal de alta dirección", *Documentación Laboral*, núm. 17, sept./dic. 1985
- "La regulación de las condiciones de trabajo en España: poderes normativos y autonomía individual", en VV.AA: *La Reforma del Mercado de Trabajo* (dir. Borrajo Dacruz), Actualidad Ed., 1993
- "Configuración jurídica del salario", RPS, nº 50
- "Reinterpretación jurisprudencial del art. 50 del Estatuto de los Trabajadores" en VV.AA: *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo, Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al Prf. Manuel Alonso Olea*, Madrid (MTSS), 1.990

BOSELLI, A.: *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, Torino, 1951.

BRACCIANTI, C.: *Degli effetti della eccessiva onerosità sopravveniente nei contratti*, Milano, 1946.

CABEZA PEREIRO, J.: "El despido tácito", REDT, nº 64, 1994.

CACHÓN VILLAR, P. Y DESDENTADO BONETE, A.: *Reforma y crisis del proceso social (1994-1996)*, Aranzadi, Pamplona, 1996.

CALVO GALLEGO, J.:

- "La cláusula de conciencia de periodistas e informadores", RL, nº 13, 1995
- *Contrato de trabajo y libertad ideológica. Derechos fundamentales y organizaciones de tendencia*. CES, Madrid, 1995.
- "Sobre el modo de ejercicio de la cláusula de conciencia y otras cuestiones conexas", Aranzadi Social, nº 20, febrero, 2003

CAMPOS ALONSO, M.A.: "De la tutela de los derechos de libertad sindical, en *Ley de Procedimiento Laboral. Análisis y comentarios al R. D. Legislativo 521/1990 de 27 de Abril*, Deusto, 1990.

CAMPS RUIZ, L.M.:

- *La modificación de condiciones de trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1.994
- *La nueva regulación del mercado de trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia 1994

CANDELARIO MACIAS, M.I.: "El nuevo régimen italiano sobre Administración Extraordinaria de la Gran Empresa en situación de insolvencia –nuevo régimen italiano, viejo régimen español –", Rev. Derecho de los Negocios, nº 117, junio 2000.

- *El convenio de continuación como medio de protección del crédito en los procedimientos concursales*, Comares, Granada, 1999.

CANET, P.: "La liquidation judiciaire et sauvegarde de l'emploi", RJDA, nº 7, 1997

CARDENAL CARRO, J.:

- La indemnización en los procesos de tutela de la libertad sindical, Cuadernos de Aranzadi Social, nº 23, 2005

- "La indemnización de los daños infligidos con ocasión de la lesión de derechos fundamentales: el Tribunal Constitucional no considera razonable la Jurisprudencia unificada", AS, nº 11, noviembre 2006.

CARRILLO, M.: *La Cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas*, Civitas, Madrid, 1993.

CASAS BAHAMONDE, M.E. y BAYLOS GRAU, A.: " *Organización del trabajo y autonomía individual: la "desregulación" del convenio colectivo*", RL, T. II, 1988.

CASAS BAHAMONDE, M.E.:

- *Autonomía colectiva y Seguridad Social*, IES, Madrid, 1977.
- "¿Hacia la disponibilidad de la eficacia de los convenios colectivos?", RL, nº 4, 1997

- “La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿o de proporcionalidad?) y principio de buena fe”, RL, nº 12, 2004.

CASAS-BAYLOS-ESCUADERO: “*El Estatuto de los Trabajadores. Diez años después: pervivencias, insuficiencias, desviaciones y reformas*”, RL, T.I,1991.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español Común y Foral*, Madrid, Reus, 1983, t.I, V.2º.

CAVAS MARTINEZ, F.:

- *El proceso laboral de tutela de la libertad sindical y otros derechos fundamentales*, Thomson-Aranzadi, 2004

-“El Acuerdo Marco Europeo sobre acoso y violencia en el trabajo”, AS, nº 11, 2007.

CHAMPAUD, C.: “*La situation des entreprises en difficulté: problème de Droit économique perturbant el Droit privé*”, Rev. franç. Comp., nº 64, 1976.

CHARRO BAENA, P.: “ *El pacto de no competencia postcontractual*”, RL, T. I, 1995, pg.147.

CLEMENTE MEORO, M.E.: *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.

COGLIOLO: “*Forme indirette di licenziamento*”, Riv. Imp. Priv., 1927.

COLINA ROBLEDO, A.: *El salario*, CISS, Valencia, 1995.

CONDE MARTÍN DE HIJAS, V.: “*Autonomía individual: alternativa de desarrollo*”, RL, nº 20-21, 1991

- “*Modificación de condiciones de trabajo. Algunos puntos críticos*”, AL, nº 30, 1994.

CONESA BALLESTERO, J y SANAHUJA VIDAL, M.:

-“*Acoso moral en el trabajo: tratamiento jurídico (mobbing)*”, AL, nº 30, 2002

- “*El acoso moral en el trabajo: tratamiento jurídico*”, AS, nº 4, 2002

CORREA CARRASCO, M.: “*El concepto jurídico de acoso moral en el trabajo*”, en VV.AA.: “*Acoso Moral en el Trabajo, Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños*” (Correa Carrasco, M. coord.)Thomson-Aranzadi, 2006.

CORTINA, A., CONILLA, A., DOMINGO, A., y GARCÍA MARZÁ, D.: *Ética de la empresa. Claves para una nueva cultura empresarial*, Madrid, Trotta, 2003

CUENCA ALARCÓN, M., *La determinación de la prestación de trabajo. Clasificación profesional y trabajo convenido*, CES, Madrid, 2006.

CRISTOBAL MONTES, “*La mora del deudor en la resolución contractual*”, RDP, 1985

CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, MTSS, Madrid, 1983

- "La resolución contractual por modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo", RL, T.I, 1988

- "Las modalidades procesales de carácter colectivo y sindical en el nuevo texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral", en Valdés Dal-Ré, F y Cruz Villalón, J. (dir.), *Lecturas sobre la reforma del Proceso Laboral*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991

- "El art. 41 del Estatuto de los trabajadores tras la reforma de 1994", RL, nº17-18, 1994

- "La aplicación judicial de la reforma en materia de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo", RL, nº 23, 1.996

- "El régimen jurídico del salario como instrumento de política económica" en AA.VV: *Reforma de la Legislación Laboral*, Universidad de Sevilla, 1997

- "La aplicación judicial de la reforma en materia de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo", en *La modificación del contrato de trabajo*, Madrid, 1997.

- "Resolución del contrato: modificación sustancial de condiciones de trabajo" En VV.AA. *Extinción del contrato de trabajo*, Ed. Francis Lefebvre , Madrid, 1.998

- "Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales", RL, T. II, 2003.

- «Modificación del tiempo de trabajo», *RDS* (2007), n.º 38.

D'ANTONA, M.: *Appunti sulla fonti di determinazione della retribuzione*, 1986-

MAURICCI, L.: *La contrattazione collettiva*, Bolonia, 1985.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985.

DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M.L.: " *Las mejoras voluntarias de protección social: Naturaleza y régimen jurídico*", TL, nº 36, 1995.

DE LA HAZA DÍAZ, P.: *El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1.996.

DE LA OLIVA SANTOS, A. y DIEZ PICAZO JIMENEZ. I: *Derecho Procesal Civil, El proceso de declaración*, 2ª edic., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001

DE LA VILLA GIL, L.E.; GARCÍA BECEDAS, G. Y GARCÍA- PERROTE ESCARTÍN, L.: *Instituciones de Derecho del Trabajo*, Ceura, Madrid, 1983

DE LA VILLA GIL, L.E: *La extinción del contrato de trabajo*. Madrid, 1960.

DE LAMBERTERIE, I.: *Incidente des changements de circonstances sur les contrats de longue durée*, en " *Modifications du contrat au tours de son exécution en raison de circonstances nouvelles*, Rodier, R. y Talon, D. (dirs.), Pédone, 1986.

DE MARTINI, A.: *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, Milano, 1950.

DE MIGUEL LORENZO, A.: *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, Civitas, Madrid, 1.993.

DE SOTO RIOJA, S.:

- "*El contenido de la prestación laboral*", RL nº 15-16, 1995
- *Proceso especial de modificaciones sustanciales y movilidad geográfica*, Aranzadi, Pamplona, 2001

DE VICENTE PACHES, F.:

- *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, CES, Madrid, 1998
- "*La configuración del acoso moral en el trabajo y las soluciones jurídico-preventivas para erradicarlo. Últimas tendencias doctrinales y jurisprudenciales*", Tribuna Social, nº 180, 2005

DEL REY GUANTER, S.: "*Acoso sexual y relación laboral*", RL, 1993, T.I.

DELMAS-SAINT HILAIRE, J.P.: *L'adaptation du contract aux circonstances économiques*. en VV.AA. "*La tendance à la stabilité du rapport contractuel*", *Études de droit privé*, Durand, P. (dir.), Paris, 1960.

DESDENTADO BONETE, A y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Despido y jurisprudencia: La extinción del contrato de trabajo en la unificación de doctrina*, Lex Nova, 2002.

DESDENTADO BONETE, A. y MERCADER UGUINA, J.: *El desempleo como situación protegida*, Cívitas, 1996.

DESDENTADO BONETE, A.:

- "*Criterios judiciales para la calificación y revisión de las enfermedades del trabajo*", en VV.AA., *Jornadas sobre enfermedades del trabajo: calificación y revisión*, Muprespa, Madrid, 1995
- "*Extinción y suspensión del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y por fuerza mayor*", en *Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después*, REDT, nº 100, t. II
- "*La reforma concursal y el proceso social. Una primera aproximación*", RL, II, 2003.
- "*La modalidad procesal para la impugnación de las decisiones empresariales en materia de movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo*", en A. Desdentado Bonete y R. Cachón Villar (dir.), "*Reforma y Crisis del proceso Social (1994-1996)*", Aranzadi, Pamplona, 1996.
- «*Cuestiones de enjuiciamiento en la modificación de las condiciones de trabajo*», *RPJ* (2000), n.º 57.

- *“La responsabilidad empresarial por los accidentes de trabajo. Estado de la cuestión y reflexión crítica sobre el desorden en el funcionamiento de los mecanismos de reparación”*, Congreso de Magistrados del Orden Social: el futuro de la jurisdicción social, CGPJ, 2007

- *“La resolución del contrato de trabajo por incumplimiento del empresario en la unificación de doctrina. Un apunte crítico”*, Justicia Laboral, nº 8, noviembre 2001.

DESDENTADO BONETE, A. y ORELLANA CANO, N.: *Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboristas*, Bomarzo, 2007.

DESDENTADO BONETE, A. y LIMON LUQUE, M.A.: *“Aspectos procesales de la Ley Concursal. El concurso y el proceso social”*, en VV.AA.: *Comentario Sistemático al tratamiento de las cuestiones sociolaborales en la Ley Concursal* (Monereo Pérez, Molina Navarrete, Moreno Vida dir.), Comares, Granada, 2006.

DIAZ AZNARTE, M.T.: *El principio de condición más beneficiosa en el ordenamiento jurídico laboral*, Boch, Barcelona, 2001.

DIAZ DE RABAGO VILLAR, M.: *“El recurso de suplicación previsto en la Ley Concursal”*, AS, nº 17, 2003.

DIEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS: *Sistema de Derecho Civil*, vol. I y II, Tecnos, Madrid, 2006.

DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, L.:

- *“El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos”*, ADC, 1969

- *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo II *Las relaciones obligatorias*, Civitas, Madrid, 1996

- *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999

DOCUMENTOS

- Comisión CE *“Prever y gestionar el cambio: un enfoque dinámico de los aspectos sociales de las reestructuraciones de empresa”*, en EIRR, nº 343, 2002
- *“Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y reestructuración de empresa en crisis”* (Comunicación de la Comisión 2004/ DOCE C244/02, de 1-10-2004), que sustituye a la versión anterior de 1999 (DOCE C288/02) que ha estado vigente hasta el 9-10-2004.
- *Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC) de 1980. Iniciativas previas a estos instrumentos jurídicos europeos son el Informe Rubenstein sobre *“La dignidad de la mujer en el trabajo. Informe sobre el problema del acoso sexual en los Estados miembros de las Comunidades Europeas”* (CEE V/482/1/87, Octubre 1987), que se acompañó de una propuesta de directiva sobre prevención y sanción del acoso sexual que no llegó a aprobarse.

- El Estatuto de los Trabajadores: *Trabajos parlamentarios*, Madrid, 1980
- *European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions: Fourth European Working Conditions Survey 2005*
- *Informe Randstad sobre acoso moral (mobbing)*, elaborado por el Instituto de Estudios Laborales de ESADE (2003),
- *Informe sobre Prevención de la violencia y el acoso en los lugares de trabajo*, Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo, 2003.
- Gabinete de Estudios Jurídicos CC.OO: *“Ejecución en sus propios términos de las sentencias recaídas en procedimientos sobre impugnación de traslados y modificación sustancial de condiciones de trabajo. (A propósito del Auto del Juzgado de los Social n.2 (Albacete) de 13-9-1999)*, RDS, nº 7, 1999
- Libro Verde *“Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas”*, de 18 de julio de 2001 (COM (2001), 366 Final)
- DICTAMEN CES *“Transformaciones industriales en Europa: balance y perspectivas”* (2004/C 10/21)
- CES: *«Acuerdos Europeos sobre el acoso laboral»*, Cuadernos del Consejo Económico y Social, 2007 (julio-septiembre), núm. 1, 2007

DURÁN LÓPEZ, F.:

- *“Resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador y despido”*, RL, nº 11, 1990
- *“Negociación colectiva y sistema de relaciones laborales”*, Rev. de Economía y Sociología del Trabajo, nº 18, 1992
- *“Los efectos del concurso en las relaciones laborales”*, RL, nº 8, 2005

DURAND, J.L.: *“La clause de conscience des journalistes professionnels”*, Droit Social, nº 3, 1994.

ENGISCH, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, Comares, Granada, 2001.

ESCUADERO RODRÍGUEZ, R.:

- *“El acoso sexual en el trabajo”*, RL, 1993, T.II
- *“Ley, convenios colectivos y acuerdos de empresa”*, en VV.AA. *La reforma del mercado laboral* (Valdés dal Ré, dir.), Lex Nova, Valladolid, 1994

ESPINOSA CASARES, I.: *“Aspectos procesales de la movilidad funcional, geográfica y de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”*, en VV.AA.: *El poder de dirección del empresario*, Ibidem, Madrid, 1997.

EXNER, A.:

- *De la fuerza mayor en el Derecho mercantil romano y en el actual*, Madrid, 1905.
- *La responsabilité dans le contract de transport*, París, 1892

FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.:

- "Los *"salarios de inactividad"*: *Fundamentos y régimen jurídico*, Estudios Financieros, Revista del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, nº 224, noviembre 2001

- *Configuración jurídica del salario*, Comares, Granada, 2001.

FERNÁNDEZ CAVEDA, A.: *La gestión integrada de Recursos Humanos*, Bilbao, 1993.

FERNANDEZ COSTALES, J.: *La imposibilidad de la prestación de servicios del trabajador por causas imputables al empresario*, Secretariado Publicaciones, Universidad de León, 2003.

FERNANDEZ DEL POZO, L.: "Sobre la *preconcurso* y la *prevención de la insolvencia*. El mecanismo de alerta *preconcurso*, en *La reforma de la legislación concursal* (Rojo, dir.), Madrid, 2003.

FERNÁNDEZ DOMINGUEZ, J.J.:

- *La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 1993

- " *Proceso especial de protección de la libertad sindical*", en VV.AA., *Diccionario Procesal Laboral*, Civitas, Madrid, 1996

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M.A.: *La resolución por incumplimiento en la obligaciones bilaterales*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1998.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.:

- *El poder disciplinario en la empresa*, Civitas, Madrid, 1991,

- " *Condición más beneficiosa: absorción y compensación*", RL, nº 4, 1992

- " *La extinción del contrato por voluntad del trabajador*" en AA.VV: *La extinción del contrato de trabajo. El despido*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992

- " *Formalidades y Procedimientos de la extinción del contrato de trabajo*", *Revista de Derecho Social* nº 4, 1998

- « *El acoso moral en el trabajo ¿una nueva forma de discriminación?*». *Revista de Derecho Social*, núm. 19, 2002

- " *Los recursos y los medios de impugnación en materia laboral tras la Ley Concursal*", RL, 2003, II

- " *Delimitación de competencias entre el juez de lo mercantil y el juez laboral en el seno de los procedimientos concursales: los problemas sumergidos de la Ley 22/2003, Concursal*", *Revista de Derecho Social*, nº 26, 2004

- " *Indemnizaciones tasadas por daños con ocasión de la extinción del contrato de trabajo*", RDS, nº 29, 2005

FERNÁNDEZ LOPEZ, M.F/ RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: " *La relación laboral especial del personal de alta dirección y el Real Decreto 1.382/1985*», *Relaciones Laborales*, 1988.

FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: "*Autonomía individual y autonomía colectiva en la relación de trabajo: un apunte de jurisprudencia*", REDT, nº 77, 1996.

FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J.: "*El incumplimiento resolutorio en los contratos bilaterales*", Cuadernos Aranzadi, 1997.

FERRAJOLI, L.:

- De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona, *Identidades comunitarias y democracia*, 2000.
- "Derechos fundamentales", en VV.AA.: *Fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, 2001.
- "Los derechos fundamentales en la teoría del derecho", en VV.AA.: *Fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, 2001.
- "Sobre los derechos fundamentales", *Cuestiones Constitucionales*, nº 15, 2006.

GALIANA MORENO, J.M. Y SEMPERE NAVARRO, A.V.: "*La limitación legal de las mejoras voluntarias establecidas en convenio colectivo a cargo de empresa pública*", AL, nº 8, 1987.

GALLEGO MORALES, A. Y OLARTE ENCABO, S.: "*Liquidación y pago del salario*". En VV.AA: *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, T.I, vol. 2º, Edersa, Madrid, 1994.

GÁRATE CASTRO, J.:

- "*Movilidad funcional en la empresa*" (I y II), AL, 1993/III
- "Modalidad procesal para demandar la tutela de derechos fundamentales y libertades públicas ante los Tribunales Laborales". En: *Trabajo y Libertades públicas* (dir. Borrajo Dacruz), *La Ley-Actualidad*, 1999
- *Los salarios de tramitación. Un estudio de las percepciones salariales unidas a la declaración de improcedencia o nulidad del despido*, Acarl, Madrid, 1994

GARCÍA BECEDAS: "*El despido como acto recepticio (estudio de la jurisprudencia)*", en *Estudios sobre el despido disciplinario*, ACARL, Madrid, 1992.

GARCIA BLASCO, J.: - "Algunos aspectos laborales del concurso", en: VV.AA.: *Las claves de la Ley concursal (García Cruces/ Quintana Carlo/ Bonet Navarro dir.)*, 2005.

- "*Derecho al recurso laboral y tutela judicial efectiva*", en *Derecho Privado y constitución*, nº 4, 1994 (Monográfico sobre la tutela judicial efectiva y el proceso de trabajo).

GARCIA FERNÁNDEZ, M.: *La terminación del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, Palma Mallorca, 1983.

GARCÍA LÓPEZ, R.: "*Despido tácito, ¿existe?*", *La Ley*, vol. III, 1987.

GARCIA MARZÁ, D.: *Ética empresarial. Del diálogo a la confianza*, Madrid, Trotta, 2004.

GARCÍA MURCIA, J.:

- " *Artículo 22. Promoción en el trabajo*" en *Comentarios a las leyes laborales*, T.V, Edersa, 1985.

- *Acumulación de demandas de despido y de resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, Civitas, Madrid, 1991.

- " *Sobre el concepto jurisprudencial de despido y sus consecuencias procesales*", REDT, nº 52, 1992

- " *Concepto y estructura del salario*", REDT, nº 100, 2000

- " *Movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*" en VV.AA., *Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral* (dir. Monereo Pérez, Moreno Vida, Gallego Morales), Comares, Granada, 2002

- " *Movilidad funcional y modificación sustancial de condiciones de trabajo*, RMTAS, nº 58, 2005.

GARCÍA RODRIGUEZ, B. y MARTINEZ MORENO, C.: " *La tutela jurisdiccional frente al acoso laboral. Una aproximación al estado de la cuestión*", en VV.AA.: " *Acoso Moral en el Trabajo*" (Correa Carrasco, coord.), Thomson-Aranzadi, 2006.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: " *Autonomía individual "en masa" y antisindicalidad*", RL, T.II

- " *Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos*", AL, nº 10, 2004.

- " *Acoso sexual, acoso por razón de sexo y acoso en la Ley de Igualdad de mujeres y hombres*", RL, nº 4, 2008.

GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I. y MERCADER UGUINA, J.: " *Modificación de condiciones de trabajo, convenios colectivos y crisis empresariales*", RL, nº 23-24, 2003.

CALLE/LOUSADA AROCHENA: " *El contencioso social en el concurso de acreedores: aspectos procesales*", AL nº 13, 2005.

GHERA, E.: *Diritto del Lavoro*, Caducci, Bari, 1994.

GHESTIN, J.: *Traité de Droit Civil*, París, 1992.

GIMENO LAHOZ, R.: *La presión laboral tendenciosa*, Lex Nova, 2005.

GOERLICH PESET, J.M.: *La extinción del contrato de trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1.994.

- « *El concepto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*», AS (2007), n.º 13.

GÓMEZ FERNÁNDEZ, E.: " *Consideraciones acerca del posible carácter salarial de la retribución a los trabajadores mediante retribuciones basadas en acciones (stock options)*", La Ley, nº 4962, enero de 2000.

GONZALEZ DE PATTO, R.M.:

-“El síndrome de desgaste personal o e burn out y las técnicas jurídico-laborales de tutela. Reflexiones en torno a la sentencia del Juzgado de lo Social nº 16 de Barcelona de 27 de diciembre de 2002”, AL, nº 35, 2003

-“La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador casualizada en mobbing”, en VV.AA.: *Mujer y Trabajo* (coord. RUIZ PEREZ, E), Bomarzo, 2003.

-“ La “perturbación” del Derecho del Trabajo por el Derecho Concursal: el paradigma de la institución resolutoria ex art.50.1.b) ET”, AL, nº 7, 2006.

-“ El artículo 50.1.b) del ET y el nuevo régimen concursal”, en VV.AA.: *Comentario sistemático al tratamiento de las cuestiones sociolaborales en la Ley Concursal* (Monereo Pérez, Molina Navarrete, Moreno Vida dir.), Comares, Granada, 2006.

GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, V.: “*Aspectos penales de la obediencia debida*”, RPS, nº 131, 1981.

GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “*Los criterios jurisprudenciales en materia de extinción del contrato por modificación sustancial de las condiciones de trabajo*”, en VV.AA.: *La Flexibilidad Laboral en España*, Instituto de Relaciones Laborales, Zaragoza, 1993.

- GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “*El despido tácito y su impugnación*”, RPS, nº 129, 1981

- “*Fuerza mayor. Trabajadores discontinuos y no reapertura del centro de trabajo*”, RL, nº 22, 1987

GONZÁLEZ- POSADA MARTÍNEZ, E.: *El proceso de conflicto colectivo. Significación y contenido general*. Acarl, Madrid, 1993.

GONZÁLEZ VELASCO, J.: “*Movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y la reforma laboral*”, AL, nº 33-34, 1995.

GOÑI SEIN, J.L.: *La indemnización por daños derivados de la conducta antisindical*, Colección Jurisprudencia práctica, Tecnos, Madrid, 1996

-“Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial: debilidad y fisuras del principio de proporcionalidad”, RDS, nº 32, 2005.

GORELLI HERNÁNDEZ, J y MARIN ALONSO, I.: “*El acoso como causa de despido disciplinario*”, Iustel, RGDTSS, nº 7, 2004.

GORELLI HERNÁNDEZ, J. y GOMEZ ALVAREZ, T.: “*El acoso laboral: perspectivas jurídico-laborales*”, Iustel, nº 2, 2003.

GRANADOS ROMERA, I.: *La sentencia colectiva*, Colección Práctica de Derecho Social, Comares, Granada, 2000.

GUANCHE MARRERO, A.: *El derecho del trabajador a la ocupación efectiva*, Civitas, 1993.

GUIDOTTI, F.: *La retribuzione nel rapporto di lavoro*, Milán, 1956.

GUTIÉRREZ - SOLAR CALVO, B.: "Protección por accidentes de trabajo de la Seguridad Social y responsabilidad por riesgo", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 53/ 2004.

-*La ejecución de sentencias dictadas en procesos de conflicto colectivo*, RL, nº 15-16, 2002.

-"Responsabilidad civil por accidentes de trabajo: ¿es la limitación de la responsabilidad extracontractual un criterio adecuado para determinar el orden jurisdiccional competente? (Comentario a la STS 1ª de 15 de enero de 2008), RL, nº 10, 2008.

HERNANDEZ VELASCO, E.: "Acoso moral en el trabajo o mobbing. Las acciones judiciales de su víctima", Justicia Laboral, nº 10, 2002.

HIRIGOYEN, M.F.: *El acoso moral en el trabajo. Distinguir lo verdadero de lo falso*, Paidós, Barcelona, 2001.

HOUILLON, PH.: "La prévention des difficultés des entreprises: droits et obligations des créanciers", A.F.F.I.C, 1995.

IGLESIAS CABERO, M.: "Las indemnizaciones adicionales por accidentes de trabajo: puntos críticos", RL, nº 10, 2008.

IGNACIO MARCOS, J Y MOLINA NAVARRETE, C.: "El recargo de prestaciones por infracción preventiva y el acoso moral en el trabajo: razones para corregir un nuevo «error judicial», Actualidad Jurídica Aranzadi num. 726/2007.

JORDANO BAREA, J.B.: "Cumplimiento tardío y facultad resolutoria tácita", ADC, 1951.

JORDANO FRAGA, F.: *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria (Estudio jurisprudencial del art. 1504 del Código Civil)*, Madrid, 1992.

JUANES FRAGA, E.: "Resolución del contrato", en VV.AA., *Extinción del contrato de trabajo*, Madrid, Edit. Francis Lefebvre, 1998.

JURADO SEGOVIA, A.: "Sobre la caracterización jurídica del acoso moral en el trabajo a la luz de los pronunciamientos judiciales", RDS, nº 25, 2004.

-*Acoso moral en el trabajo: Análisis Jurídico-Laboral*, La Ley, Madrid, 2008.

LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho Civil I*, vol. 3º, Bosch, Barcelona, 1990.

LAFONT NICUESA, L.: *“El acoso funcional y contractual en el nuevo proyecto de Ley de reforma del Código Penal”*, Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 741, 2007.

LANDA ZAPIRAIN, J.P.: *“Consideraciones en torno al nuevo enfoque europeo de la resolución “socialmente inteligente” de las reestructuraciones de empresas”*, RL, nº6, 2005.

LARENZ, K.: *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, (trad. Fernández Rodríguez, C.), Madrid, 1956
- *La metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, 1994.

LASARTE ALVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil*, tomo III, Madrid, 1995.

LAZAIBAL SAIZAR, O.: *“El acoso sexual en la STC 224/1999”*, RDS, nº 11, 2000.

LEYMANN, H.: *“Contenido y desarrollo del acoso grupal/moral (mobbing) en el trabajo”*, European Journal of Work and Organization Psychology, 1996, 5 (29)
- *Mobbing. La persécution au travail*, Edit. du Seuil, París, 1996

LLANEZA ALVAREZ, J.: *“Ergonomía y psicología aplicada. Manual para la formación del especialista”*, Lex Nova, 2002.

LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F.: *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, Universidad de Alicante, Alicante, 1984
- *“Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”*, En VV.AA, La Reforma del Estatuto de los Trabajadores (Borrajo Dacruz, dir.), RDP, t.I, vol. 2, Madrid, 1994

LORENZO DE MEMBIELA: *“El Acoso Moral en el Trabajo: su indefinición jurídica. Incidencia en la Administración Pública”*, web Consorcio de Estudios de Medicación y Conciliación de la Administración Local (CEMICAL).

LOUSADA AROCHENA, J. F.: *El derecho de los trabajadores a la protección frente al acoso sexual*, Granada, Comares, 1996.
- *“El acoso moral por razón de género”*, AS, 15, 2004
- *“Algunas anotaciones al artículo 64.10 de la Ley 22/2002, de 9 de julio, Concursal”*, Revista de Derecho Social, nº 27, 2004

LUELMO MILLAN, M.A.: *“Acoso moral o mobbing. Nuevas perspectivas sobre el tratamiento jurídico de un tema intemporal de actualidad”*, REDT, nº 115, 2003.

LUQUE PARRA, M.: *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, Bosch, Barcelona, 1999.

LYON CAEN Y PELISSIER: *Droit du Travail*, París, Dalloz, 1990.

LYON-CAEN, G.: "Les salaires", en Camerlynck, G.H. (dir.), *Traité de Droit du Travail*, París, 1967.

MARAGALL, J.A.: "El tratamiento en el proceso laboral de los riesgos psicosociales: la experiencia del acoso moral. Puntos críticos", Cuadernos de derecho judicial, nº 12, 2004.

MARTINS CATHARINO, J.: "Dimisión provocada por el empresario", RDT, Madrid, 1955.

MARTÍN VALVERDE- RODRIGUEZ SAÑUDO- GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, Tecnos, 2007.

MARTÍN VALVERDE, A.: "Reestructuración de empresas y protección social", en Actas del XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo, Laborum, 2005
- *Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social*, Instituto García Oviedo, Univ. Sevilla, 1970.

MARTIN VALVERDE, A., PALOMEQUE LOPEZ, C., PEREZ ESPINOSA, F., VALDES DAL-RÉ, F., CASAS BAHAMONDE, M.E., GARCÍA MURCIA, J.: *Legislación social en la historia de España. De la Revolución liberal a 1936*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987.

MARTINEZ ABASCAL, V.A.: "La protección extrajudicial frente al acoso moral", T.L., nº 92, 2007.

MARTINEZ EMPERADOR, R.: "Procedimientos para las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo". Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1994
- "Procedimientos para las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo". *Alteraciones en el contenido de la prestación y en las condiciones de trabajo*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1996
- "Puntos críticos de la nueva regulación sobre modificación sustancial de las condiciones de trabajo", en VV.AA., *Puntos críticos de la reforma laboral* (Martínez Emperador, dir.), Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Madrid, 1996.

MARTÍNEZ JIMENEZ, J.M.: "La condición más beneficiosa. Especial referencia a los pactos colectivos y a los usos de empresa como fuentes de la misma, La Ley, T.I, 1988.

MATÍA PRIM, J.: "Consideraciones sobre el derecho a la ocupación efectiva", en *Lecciones de Derecho del Trabajo* (homenaje a los Profesores Bayón y del Peso), Universidad de Madrid, 1980.

MATORRAS DIAZ-CANEJA, A.: "La incidencia de la reforma concursal en el ámbito laboral", en VV.AA.: *La Reforma de la Legislación concursal*. Estudio sistemático de las Leyes 22/2003 y 8/2003, de 9 de julio, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2004

- *Las percepciones extrasalariales* (Estudio del régimen laboral, fiscal y de seguridad social aplicada), Madrid, McGraw & Hill, 1999
- *Medios de prueba y derechos fundamentales: especial referencia a la tutela de estos derechos*, Cuadernos de Derecho judicial, nº 23, 1997 (Agustí Juliá dir.).

MELLA MENDEZ, I.: *“El acoso psicológico en el Derecho del Trabajo”*, TS, nº 145, 2003.

MENCHÓN SÁNCHEZ, A Y MANZANO SANZ, F.: *“La prevención del acoso moral en la empresa”*, Boletín de Prevención de riesgos laborales, tomo I, Aranzadi, Bib 2004/604.

MENENDEZ MENENDEZ, A.: *“Hacia un nuevo Derecho concursal: su necesaria unidad, en VV.AA.: Estudios sobre la Ley Concursal, Libro homenaje a Manuel Olivencia, V. I, 2005.*

MENENDEZ PIDAL: *“Breves consideraciones sobre el despido por voluntad del trabajador”*, RDT, 1961.

MERCADER UGUINA, J. R.: *«La "parte general" de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres»*, en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R. (Coords.), *La Ley de Igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*, Lex Nova, Valladolid, 2007

- *Modernas Tendencias en la Ordenación Salarial*, Pamplona, 1996.

MERCADER UGUINA, J. y ALAMEDA CASTILLO, M.T.: *“Comentario al artículo 64”*, en VV.AA.: *Comentario de la Ley Concursal* (coord. Rojo, A. y Beltrán, E.), Civitas, Madrid, 2004.

MICHELE, R.D.: *Los códigos de ética en las empresas*, Madrid, Granica, 2002.

MIRANZO DÍEZ, J.J.: *“Notas y comentarios sobre el art. 138.6 LPL relativo a la ejecución de sentencia en el proceso de modificación sustancial de condiciones de trabajo”*, RDS, nº 22, 2003.

MIRÓN HERNÁNDEZ. M.M.: *“Vías de tutela de los derechos del trabajador afectado por modificaciones funcionales de carácter sustancial. Tratamiento convencional y jurisprudencia”*, en: *La modificación del contrato de trabajo* (Martínez Abascal, V. coord.), Madrid, Ibidem, 1.997.

MOLERO MARAÑÓN, M.L.: *“El régimen jurídico de la indemnización frente a la extinción colectiva en la Ley Concursal”*, RL, nº 15-16, 2005.

- *El régimen de las modificaciones de condiciones de trabajo en la Ley concursal*, CES, Madrid, 2007.

- *“Una visión crítica del régimen de modificación sustancial de condiciones de trabajo: claves para un futuro debate”*, RL, nº 20, 2008.

-

MOLINA NAVARRETE, C.: *La tutela judicial frente al acoso moral en el trabajo:*

de las normas a las prácticas forenses. Albacete, Bomarzo, 2007.

- "La tutela frente a la "violencia moral" en los lugares de trabajo: entre prevención e indemnización", AS, 2001

- "*Las nuevas leyes «antiacoso»: ¿tienen algo útil para la prevención y sanción del acoso moral en el trabajo --mobbing--?*" Diario La Ley, año XXV, número 5942, 2004

- "Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales (El paradigma de la "Drittwirkung" laboral a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional)", RTSS nº3, 1991

- "Hacia una revisión constitucional de la función de la "buena fe contractual" en las relaciones jurídico-laborales", RL, 1992

- "La dimensión jurídico-salarial de los Employee Stock Options Plans: La doctrina legal ¿zanja o relanza la polémica?", CEF, RTSS, nº 229, 2002

- "Una "nueva" patología de gestión en el empleo público: el acoso institucional (mobbing). Reflexiones a propósito de la STS 3.ª, Sección 6.ª, de 23 de julio de 2001", LA LEY, 2001, 7, D-270, 2001

- "Comentario al artículo 4 ET", en VV.AA.: Comentario al Estatuto de los Trabajadores (dir. Monereo Pérez), Comares, Granada, 1998

- "Del silencio de la Ley a la "Ley del silencio": ¿quién teme a la lucha de la Inspección de Trabajo contra el acoso moral en las Administraciones Públicas?. Argumentos normativos para la ilegalidad y no vinculabilidad del pretendido criterio "técnico" sobre mobbing de la DG de ITSS- CT 34/2003", CEF, RTSS, nº 242, 2003

- "La compatibilidad de indemnizaciones por acoso moral cuando el trabajador resuelve su contrato: una cuestión pendiente de unificación de doctrina. A propósito de la STS Sala 4ª de 11 de marzo de 2004", RDS, nº 26, 2004

- "La justicia contra el acoso moral deja de administrarse con trazos torcidos?: un nuevo criterio sobre la compatibilidad de indemnizaciones (Comentarios a la STS, Sala 4ª, 17 de mayo 2006)", RDS, nº 35, 2006

- "La tutela frente a la "violencia moral" en los lugares de trabajo: entre prevención e indemnización", Aranzadi Social V-2001

- "*La tutela frente al "acoso moral" en el ámbito de la función pública: cómo vencer las persistentes resistencias*", en VV.AA.: Acoso Moral en el Trabajo, Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños (Correa Carrasco, coord.), Thomson-Aranzadi, 2006

- "Un nuevo desafío para los derechos de los trabajadores: principales puntos críticos de la Reforma Concursal, Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF-Recursos Humanos), nº 248, 2003

- Empresas de comunicación y cláusula de conciencia de los periodistas, Comares, Granada, 2000.

MOLINER TAMBORERO, G.: "Comentario al art. 86.2 LORC, en VV.AA., Comentarios a la reforma concursal, Lex Nova, 2004

- "El recurso de suplicación en la Ley Concursal", en VV.AA: "Resoluciones recurribles en suplicación", Lex Nova, Valladolid, 2005
- "La ejecución de sentencias en el proceso de tutela de la libertad sindical", Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1992
- "Las competencias del Juez Mercantil y del orden social de la jurisdicción tras la reforma concursal", en VV.AA.: La reforma concursal: Aspectos laborales y de Seguridad Social (García Perrote Escartín, coord.), Lex Nova, Valladolid, 2004

MONEREO PÉREZ, J.L: *Los Planes de pensiones del sistema de empleo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997

- *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1996

- "La estructura del salario", Comentarios a las Leyes Laborales. La Reforma del Estatuto de los Trabajadores, T. I, Vol. 1º, Edersa, 1994

- "La flexibilidad laboral en las políticas de reorganización industrial", La Flexibilidad Laboral en España, Instituto de Relaciones Laborales, Zaragoza, 1993

- "Concurso y relaciones laborales. Efectos laborales de la declaración de concurso", RL, nº 15-16, 2005

- "Las nuevas tendencias del Derecho del Trabajo postconstitucional: El modelo de constitución flexible del trabajo", en AA.VV.: El modelo social en la Constitución Española de 1978 (coord. Sempere Navarro, A.), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003

- "Las relaciones laborales en la reestructuración y saneamiento de empresas", Ponencia General presentada al XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo, Laborum, 2005

- "Transmisión de empresa en crisis y Derecho Concursal. Estudio crítico del ordenamiento interno y comunitario", Comares, Granada, 1999

- *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de Seguridad e Higiene en el trabajo*, Civitas, Madrid, 1992

- *El salario y su estructura después de la reforma laboral de 1997*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998

- *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral*, Granada, Comares, 2006

- *Las nuevas políticas de protección por desempleo y su reflejo en el sistema jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003

- *Las reconversiones industriales en el Derecho del Trabajo*, Granada, 1988

- *Los Planes de pensiones del sistema de empleo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997

- *Público y Privado en el sistema de pensiones*, Tecnos, Madrid, 1996

- *Transmisión de empresa en crisis y Derecho concursal*, Comares, Granada, 1999

-“*Las relaciones laborales en la reestructuración y el saneamiento de empresas*”, Ponencia General, XVI Congreso Nacional de DTSS, Laborum, Murcia, 2005

- *Derechos Sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, CES, Madrid, 1996.

MONEREO PÉREZ, J.L y MORENO VIDA, M.N: “*Forma y procedimientos del despido disciplinario*”, en VV.AA.: *Comentarios a las Leyes Laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, T.II, Edersa, 1994

- *El contenido de la negociación colectiva de empresa en la era de la constitución flexible del trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005

- “*La negociación colectiva empresarial ante las exigencias de adaptabilidad y reorganización de los sistemas productivos*”, TL, nº 76, 2004

MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “*Caracterización técnico-jurídica del fenómeno extintivo producido por causas del funcionamiento de la empresa: artículos 51 y 52 c) LET*”, REDT, nº 85, 1997

- *El despido colectivo en el Derecho español. Estudio de su régimen jurídico*, Aranzadi, Pamplona, 1997

- “*Comentario al art. 182 de la LPL*”, en VV.AA.: *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral* (dir. Monereo Pérez), Comares, Granada, 2001

- “*Comentario al art. 179 de la LPL*”, en VV.AA.: *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral* (dir. Monereo Pérez), Comares, Granada, 2001,

MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: “*El derecho al trabajo, la libertad de elección de profesión u oficio: principios institucionales del mercado de trabajo*”, en *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España* (dir. Monereo), Comares, Granada, 2002.

MONEREO PÉREZ, J.L.y ALVAREZ MONTERO, A.: “*Comentario al artículo 158 LPL*” en *Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral* (dir. Monereo Pérez), Comares, Granada, 2001.

MONTERO AROCA J.: *El proceso laboral*, T.I, 1982

- *Introducción al proceso laboral*, Marcial Pons, 2000.

MONTOYA MELGAR, A.: “*Poder del empresario y movilidad laboral*”, REDT, nº 38, 1989

- “*Nuevas dimensiones jurídicas de la organización del trabajo en la empresa*”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 23, 2000

- “*Aspectos de la Política de Empleo: (La nueva regulación de los “Expedientes de crisis”)*”, CDT, nº 0, 1974

- “*Convenios, acuerdos colectivos y contratos individuales tras la reforma laboral*”, DL, nº 49, 1996

- “*Crisis de empresa y contrato de trabajo*”, REDT, nº 122, abril-junio 2004

- “*La mora en el pago del salario*”, RPS, nº 64

- *Derecho del Trabajo*, 26 ed., Tecnos, Madrid, 2005

- *La extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, Sevilla, 1967

MORALES ORTEGA, J.M.: "*Perjuicio del trabajador y modificaciones sustanciales: los medios de reacción*", REDT, nº 105, 2001.

MOUSSERON, J.M.: *La gestion des risques par le contrat*, RTDC, 1988.

NAVARRO NIETO, F.:

- "Acoso moral en el trabajo y resolución indemnizada del contrato de trabajo en la jurisprudencia", en *Los medios de tutela frente al acoso moral en el trabajo* (Correa Carrasco, Valdés de la Vega, coord.), Comares, Granada, 2007.

- *La tutela jurídica frente al Acoso Moral Laboral*, Aranzadi, 2007.

NIETO, A.: *El arbitrio judicial*, Ariel Derecho, Barcelona, 2000.

NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: "*Extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador (En torno al art. 50). El Estatuto de los Trabajadores veinte años después*", REDT, nº 100, 2000 .

O' CALLAGHAN MUÑOZ, J.: "*La objetivación del incumplimiento. Un cambio jurisprudencial a propósito del art. 1.504 del Código Civil*", Estudios de Jurisprudencia, Rev. Colex, año I, nº 3, 1992.

OJEDA AVILÉS, A.: "*Delimitación de los acuerdos y pactos colectivos*", AL, nº 17, 1995

- *Derecho Sindical*, Tecnos, 2003

OLARTE ENCABO, S.: "*Pactos individuales y representación legal de los trabajadores*", REDT, nº 50, 1991

- "*La incidencia del acoso moral en el ámbito del sistema de Seguridad Social: hacia la equiparación de las enfermedades psicolaborales*", en VV.AA.: *Acoso Moral en el Trabajo, Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños* (Correa Carrasco, M. coord.), Thomsom-Aranzadi, 2006.

OLIVENCIA RUIZ, M.: "*El Derecho Concursal: modernas orientaciones y perspectivas de reforma*", en AA.VV.: *La reforma de la legislación mercantil*, Civitas-Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1979

- "*Los sistemas económicos y las soluciones jurídicas al Estado de crisis empresarial*", en AA.VV.: *La reforma del Derecho de Quiebra. Jornadas sobre la reforma del Derecho concursal español*, Civitas, Madrid, 1982.

OROZCO PARDO, G.: *De la prescripción extintiva y su interrupción en el Derecho Civil*. Comares, Granada, 1993.

ORTIZ LALLANA, M.C.: *La extinción del contrato por imposibilidad sobrevenida*, MTSS, Madrid, 1985.

PACHECO ZERGA, L.: *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo*, Thomsom-Civitas, 2007.

PAILLUSSEAU: “*Qu’est-ce qu’une entreprise en difficulté?*”. Rev. franc. Compt., nº 64, 1976.

PALOMEQUE LOPEZ, C.: “*El derecho constitucional del trabajador a la seguridad en el trabajo*”, AL, nº 4, 1992

- “*Un compañero histórico del Derecho del Trabajo: La crisis económica*”, RPS, nº 143, 1984.

PALOMO BALDA, E.: “*Modificación sustancial de las condiciones de trabajo y ejercicio de acciones individuales*”, Alteraciones en el contenido de la prestación y en las condiciones de trabajo, Cuadernos de Derecho Judicial (Martínez Emperador, R. Dir.), CGPJ, nº 25, 1996.

PANTALEON PRIETO F.: “*El sistema de responsabilidad contractual*”, ADC, 1991, vol. II.

PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: “*Los acuerdos de empresa de descuelgue salarial de un convenio colectivo supraempresarial*”, RL, nº 23, 1995.

PEDRAJAS MORENO, A.: “*Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*”, La Reforma del Mercado Laboral (dir. Valdés Dal-Ré), Lex Nova, Valladolid, 1.994

- “*Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*”, en VV.AA., Reforma de la legislación laboral. Estudios homenaje al Profesor Manuel Alonso García (De la Villa, coord.), Marcial Pons, Madrid, 1995

PEDRAZZIOLI, M: “*La clausola di coscienza a favore del giornalista e la sua evoluzione*”, en Giurisprudenza Italiana, 1977.

PEDROSA ALQUEZAR, S.I.: “*Actualidad de la prevención del acoso moral en el trabajo desde la perspectiva jurídica*”, en VV.AA.: Acoso Moral en el Trabajo, Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños (coord. Correa Carrasco), Aranzadi, 2006.

PENDAS DÍAZ, B.: “*La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*”, Acarl, Madrid, 1992.

PERA, G.: “*La responsabilità in seguito allo sciopero*”, en Lavoro y Sicuritá Sociale, 1967

- “*Sul caso di coscienza dei giornalisti*”, en Massimario di Giurisprudenza del Lavoro, 1976.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F./RIERA VAYREDA, R.: “*La modificación sustancial de las condiciones de trabajo*”, AL, nº 46, 1997.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “*Mecanismos legales de descuelgue salarial*”, AL, nº 10, 1997

- “*La denuncia modificativa empresarial y el principio de condición más beneficiosa*”, AL, nº 21, 1996

- " *Implicaciones laborales de las stock options*", AL, nº 4, enero 2001
- " *El acoso moral en el trabajo: perfiles jurisprudenciales*", Tribuna Social, nº 178, 2005.

PEREZ DE LOS COBOS/RIERA VAYREDA: " *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo: problemas jurisprudenciales*", AL, nº46, 1997.

PEREZ DEL RIO, M.T.: "El acoso sexual en el trabajo: su sanción en el orden social", RL, nº 17,1990

- " *La violencia de género en el trabajo: el acoso sexual y el acoso moral por razón de género*", TL, nº 91, 2007

PEREZ LUÑO, A.E.: *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1984.

PÉROCHON, F. y BONHMME, R.: " *Enterprises en difficulté. Instruments de crédit et de paiement*", LGDJ, París, 1997;

PERULLI, A.: *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Giuffrè, Milano,1992

PINEDA SEGURA, C.: " *El hostigamiento psicológico en el trabajo. El "mobbing*. CEF, RTSS, nº 215, 2001.

PINO, A.: *La excesiva onerosidad de la prestación*, (trad. Mallol, F.), Barcelona, 1959.

PIÑUEL Y ZABALA, I.: *Mobbing. Cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo*, Sal Terrae, 2001.

PIÑUEL, I. y OÑATE, A., " *La incidencia del mobbing o acoso psicológico en el trabajo en España. Resultados del Barómetro Cisneros II sobre violencia en el entorno laboral*", Lan Harremanak, 7, 2002-II

PIORE, M.J./ SABEL, CH.F.: *La segunda ruptura industrial* (1984), Madrid, 1990.

PLA RODRIGUEZ, A.: *El despido indirecto*, Estudios Kahn Freud, Munich, 1980.

PLANAS PUCHADES, L.: " *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo*", REDT nº 13,1983.

PRADAS MONTILLA, R.: « *La relación laboral especial del personal de alta dirección*», Documentación Laboral, nº 17,1986.

PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil. Derecho General de Obligaciones*, t. I, vol. II, Bosch, Barcelona, 1988.

PULGAR EZQUERRA, J.: *La reforma del Derecho Concursal comparado y español (Los nuevos institutos concursales y reorganizativos)*, Civitas, Madrid, 1994

-“*El presupuesto objetivo de apertura del concurso de acreedores*”, en García Villaverde, R.; Alonso Ureba, A. y Pulgar Ezquerro, J., *Derecho Concursal*, Madrid, 2003

- “*Los presupuestos de la declaración del concurso de acreedores*”, en VV.AA. (Mairata Laviña, coord.): *Aspectos jurídicos del nuevo concurso de acreedores*, ICAM, Madrid, 2004

RAMIREZ MARTÍNEZ, J.M.: “*Modificación de condiciones de trabajo, movilidad geográfica y funcional*”, en VV.AA. : *La Reforma del Mercado de Trabajo* (Borrajo Dacruz dir.), Actualidad Editorial, Madrid, 1993

-“*Flexibilidad interna: movilidad funcional, movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo*”, ejemplar multicopiado, Valladolid, 1996.

REY GUANTER, S. del (1993): «*Acoso sexual y relación laboral*», *Relaciones laborales* núm. 1/1993.

RIOS SALMERON, B. y DE LA PUEBLA PINILLA, A: “*El expediente judicial de regulación de empleo: art. 64 de la Ley Concursal*”, en VV.AA. (Borrajo Dacruz, dir.): *Nueva sociedad y Derecho del Trabajo*, La Ley, Madrid, 2004.

RIOS SALMERON, B.: “*La LC y el procedimiento laboral*”, en VV.AA.: *Problemas críticos del proceso laboral*”, *Estudios de Derecho judicial*, nº 63, 2004.

- “*La nueva Ley Concursal y los trabajadores*”, *AL*, nº 2, 2004

RIVA SANSEVERINO, L.: “*Lo sciopero politico e lo sciopero di protesta*”, en VV.AA., *L’esercizio del diritto di sciopero*, Milán, Giuffré, 1970.

RIVERO LAMAS, J.: *La novación del contrato de trabajo*, Barcelona, 1963

-“*Tipificación y estructura del contrato de trabajo*”, *ADC*, 1972 – XXV

- “*Tutela jurídica de los derechos laborales en el ordenamiento español*”, *REDT* nº57, 1993

- “*La movilidad funcional en la empresa en la Ley 11/1994*”, *REDT* nº67, 1994

- “*Modificación sustancial de condiciones de trabajo: algunos problemas del art. 41 ET*”, *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al profesor Alonso García*, Madrid, Marcial Pons, 1.995

- “*Poderes, libertades y derechos en el contrato de trabajo*”, *REDT*, nº 80, 1996

- “*Las relaciones entre la ley, el convenio colectivo y las manifestaciones de la negociación informal*”, *RMTAS*, nº3, 1997

- “*Comentario al art. 20 LET*”, en VV.AA., *Comentario al Estatuto de los Trabajadores* (dir. Monereo Pérez, J.L.), Comares, Granada, 1998

ROCA SASTRE, R.M.: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, t.II, Barcelona, 1941.

RODRIGUEZ ACHÚTEGUI, E.: “*Sobre el peculiar régimen indemnizatorio en los expedientes del art. 64 de la Ley Concursal*”, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, nº 10, 2005.

RODRÍGUEZ DE RÁVENA, P.: “*La retribución variable, incentivos o bonus: un debate sin resolver en la jurisprudencia*”, RL, nº 21, noviembre, 2001.

RODRIGUEZ GARCÍA, C.J.: *Arrumbamiento de un tópico jurisprudencial: una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento*, La Ley, 1.992.

RODRIGUEZ –PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y FERNANDEZ LOPEZ, M.F.: *La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo*, La Ley-Actualidad, 1998.

RODRIGUEZ- PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: “*Las enfermedades del trabajo*”, RL, 1995 (II)

- “*La Ley Concursal y el contrato de trabajo: aspectos generales (1 y 2)*”, RL, II, 2003.

- “*Gobernanza y política de empleo*”, RL, nº 5, 2005

- “*La Ley Concursal y los trabajadores*, en Estudios sobre la Ley Concursal, Libro homenaje a Manuel Olivencia, Marcial Pons, Madrid, 2005, Tomo III.

- “*De nuevo sobre el orden social competente para conocer sobre la responsabilidad patrimonial del empresario por accidente del trabajador*”, RL, nº 10, 2008.

RODRÍGUEZ SAÑUDO, F.: “*Imposibilidad de la prestación*”, en VV. AA.: *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, 1989.

ROJO, A.: “*El estado de crisis económica*”, en VV.AA: *La reforma del Derecho de Quiebra*, Civitas, Madrid, 1982.

ROMÁN DE LA TORRE, M.D.: *Poder de dirección*, Grapheus, Valladolid, 1992

- “*Proceso de tutela de derechos fundamentales*”, en VV.AA., *El proceso laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1996

ROMERO RODENAS, M. J.: *Protección frente al acoso en el trabajo*. Albacete, Bomarzo, 2005.

- “*El estrés laboral como factor desencadenante de riesgos psicosociales. Su posible protección en el ámbito de la empresa: especial referencia al Acuerdo Europeo sobre estrés laboral*”, Justicia Laboral, nº 22, 2005

RUIZ CASTILLO, M. M.: «*La vertiente jurídica del acoso moral en el trabajo: una aproximación al panorama actual*», Relaciones Laborales I, 2004.

RUIZ-GIMENEZ CORTÉS, J.: “*Artículo 10. Derechos Fundamentales de la Persona*”, en *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, T. II, Edersa, Madrid, 1984.

SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: " *La libertad sindical y los espacios de la autonomía privada*", DL, nº 24, 1988

- "El Estatuto de los Trabajadores", RMTAS, nº 13, 1998.

SAINT- ALARY- HOUIN, C.: *Droit des entreprises en difficulté*, París, 1996.

SALA FRANCO, T. y LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ F.: *La modificación de la prestación de trabajo*, Deusto, Bilbao, 1991.

SALA FRANCO, T.: "La funcionalidad del pacto individual como vehículo flexibilizador de las condiciones contractuales", TS, nº 36, 1993

- "Problemas jurídicos del trabajador no huelguista", AL, nº 2, 1984.

SALINAS MOLINA, F.: "Modificación de las Condiciones de Trabajo: Aspectos procesales". En: *La Nueva Regulación de la Contratación Temporal. Modificación Individual y Modificaciones Colectivas del Contrato de Trabajo*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1995.

SAMPEDRO CORRAL, M.: "La extinción causal del contrato de trabajo a instancia del trabajador", DL, nº 45, 1995.

SAN CRISTOBAL VILLANUEVA, J.M.: "La tutela de los derechos fundamentales y el acoso (moral) a la luz de la actual normativa", Justicia Laboral, nº 20, 2004

SAINT-ALARY-HOUIN: *Droit de entreprises en difficulté*, París, 1996.

SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial de condiciones de trabajo. Estudio del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

SÁNCHEZ CASTILLO, M.: " *Indemnización por vulneración de un derecho fundamental e indemnización por extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador: dos conceptos compatibles*", Revista de Derecho Social, nº 16, 2001.

SANPEDRO CORRAL, M.: "La modalidad procesal de movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo", Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 1994.

SANTIAGO REDONDO, K.: "Movilidad geográfica", en VV.AA., *La reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid, 1994.

SANTOS BRIZ, J.: *Código Civil. Comentarios y jurisprudencia*, Comares, Granada, 1991.

SASTRE IBARRECHE, R.: *El derecho al trabajo*, Trotta, Madrid, 1996.

SCHMIDT, K.: "Fundamentos del nuevo Derecho concursal alemán, en *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, Madrid, 2002.

SEGALÉS FIDALGO, J.: *La cláusula de conciencia del profesional de la información como sujeto de una relación laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

- “Notas sobre el primer pronunciamiento del TC en materia del derecho a la cláusula de conciencia de los profesionales de la información”, *Revista de Derecho Social*, nº 9, 2000
- “La extinción del contrato de trabajo por invocación de la cláusula de conciencia”, *Revista de Derecho Social*, nº 20, 2002
- “La inexistencia de topes indemnizatorios para la extinción colectiva pactada en el contexto concursal”, *AS*, nº 17, 2006
- “Legitimación individual de los trabajadores para interponer recurso de suplicación frente al auto extintivo concursal. Reseña de la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ País Vasco de 6-2-2007”, *AS*, nº 10, 2007
- “La integridad moral como bien jurídico a proteger y la tutela constitucional frente al acoso moral”, *RL*, nº 17, 2007.

SEMPERE NAVARRO, A.V.- S. MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El Artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*, Cuadernos de Aranzadi Social nº 8, 2001.

SEMPERE NAVARRO, A.V./ SAN MARTIN MAZZUCCONI, C.: *La indemnización por daños y perjuicios en el contrato de trabajo*, Aranzadi, 2003.

SEMPERE NAVARRO, A.V. y BUENDÍA JIMENEZ, J.A.: “El carácter tasado de la indemnización por resolución del contrato de trabajo. Comentario a la STS de 11 de marzo de 2004”, *AS*, nº14, 2004.

SENRA BIEDMA, R.: “La reforma del derecho individual del trabajo. Estudio pormenorizado”, en *El derecho del trabajo y de la seguridad social tras la reforma de 1994 y los textos refundidos de 1995*, Bosch, Barcelona, 1995.

SERRANO ARGÜELLO, M.: “En torno al reconocimiento o no en el art. 41 del Estatuto de los Trabajadores de la posibilidad de solicitar una indemnización civil por los presuntos daños derivados exclusivamente de la decisión empresarial de variación de condiciones de trabajo”, *Aranzadi Social*, 2003.

SERRANO OLIVARES, R. *El acoso moral en el trabajo*, Madrid, CES, 2005.

- «La indemnización por los daños y perjuicios derivados del acoso moral: una lectura constitucionalmente orientada de la responsabilidad civil por daños» en VV.AA.: *La responsabilidad laboral del empresario: siniestralidad laboral*, (Pumar Beltrán, N. coord.) Albacete, Bomarzo, 2006

SOTO RIOJA, S.: “Las enfermedades del trabajo y su manifestación “in itinere”(Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1997)”, *RDS*, nº 6, 1999.

- *Proceso especial de modificaciones sustanciales y movilidad geográfica*, Aranzadi, 2001.

SUÁREZ FERNÁNDEZ, A.: “Las opciones del trabajador en caso de modificación sustancial de condiciones de trabajo”, *AL*, nº 16, abril, 2003.

SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: “*La resolución del contrato por excesiva onerosidad sobrevinida de la prestación del empresario*”, RPS, nº 56, 1962.

- *La terminación del contrato de trabajo*, Madrid, 1967

- *Las nuevas relaciones laborales y la Ley del estatuto de los trabajadores*, Círculo de Empresarios, Pirámide, 1980.

TAPIA, A.: “*¿Son salario las opciones sobre acciones?*”, Revista de Trabajo y Seguridad Social, Estudios Financieros, nº 209-210, 2001.

TEUBNER, G.: *Le droit, un système autopoïétique*, París, Puf, 1993.

TREU, T.: *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, Milano, 1968.

TRICLIN, A.: *L’emploi dans l’entreprise en crise. Etude comparee du Droit Francaise et du Droit Espagnol*, , Tesis Doctoral inédita, París 1991.

TRUJILLO VILLANUEVA, F.: « *In memoriam: poderes empresariales y acoso en la negociación colectiva*», en Observatorio de la Negociación Colectiva: *La negociación colectiva en España: una mirada crítica* (coord. Escudero Rodríguez), Valencia, CC OO-Tirant lo Blanch, 2006.

TUDELA CAMBRONERO, G.: “*En torno al proceso de la libertad sindical y demás derechos fundamentales*”, en VV.AA., *El proceso laboral: estudios homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil*, Lex Nova, Valladolid, 2001.

URRUTIKOETXEA BARRUTIA, M. : “*Extinción del contrato de trabajo por acoso e indemnización adicional por daños (Comentario al Auto del TS de 15 de septiembre de 2004)*”, AS, nº 1, 2005.

VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*, CES, Madrid, 1996.

VALDÉS DAL RÉ, F.: “*El proceso de protección de la libertad sindical y demás derechos fundamentales*”. En VV.AA. *Estudios sobre la nueva Ley de Procedimiento Laboral*, CGPJ, Madrid, 1991.

- “*Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador*”, RL, T.I, 1990

- *El proceso de protección de la libertad sindical y demás derechos fundamentales*, en AA.VV: *Lecturas sobre la reforma del proceso laboral*, Ministerio de Justicia 1991

- *Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador*”, en VV.AA.: *Autoridad y democracia en la empresa* (Baylos Grau/Aparicio Tovar, coord.), Madrid, 1992.

- “*La vinculabilidad jurídica de los derechos fundamentales de la persona del trabajador: una aproximación de Derecho comparado*”, Derecho privado y Constitución, nº 17, 2003 (monográfico sobre Fuentes del Derecho, homenaje al profesor Javier Salas Hernández).

- "Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia", RL, T. II, 2003.

- "Los derechos fundamentales de la persona del trabajador entre la resistencia y la reivindicación de su ejercicio", RL, T. II, 2003.

- "Los derechos fundamentales del trabajador: un ensayo de noción jurídico-formal", RL, T.II, 2003.

VALDES DAL-RE, F. y LAHERA FORTEZA, J.: "Funciones de la negociación colectiva en las reestructuraciones empresariales", en VV.AA.: *El éxito de la negociación en las reestructuraciones empresariales* (Cuenca Alarcón coord.), 2005.

VALDÉS DE LA VEGA, B.: "El tratamiento del acoso moral desde la autotutela colectiva, en VV.AA.: *Los medios de tutela frente al acoso moral en el trabajo*, (coord. Correa Carrasco, Valdés de la Vega), Comares, Granada, 2007.

VALLE MUÑOZ, F.A.: "La reparación de las consecuencias ilícitas del comportamiento antisindical: la indemnización procedente", AL, nº 41, 1999.

VALLEJO DACOSTA, R.: *Riesgos psicosociales: Prevención, reparación y Tutela sancionadora*, Aranzadi, 2005.

VIDA SORIA, J.: "La suspensión del contrato de trabajo", en VV.AA.: *Comentarios a las Leyes Laborales*, Madrid, Edersa, 1983

- "El régimen jurídico de la protección contra los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Estudio crítico", Revista de Trabajo nº 31/1970

- "El nuevo régimen jurídico de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo", en VV.AA., *El nuevo Estatuto de los Trabajadores: Puntos críticos* (Borrajo Dacruz, coord.), Actualidad Editorial, 1ª edic., Madrid, 1995

- "Las peculiaridades en la protección contra accidentes de trabajo en el Sistema de Seguridad Social", en AA. VV. *Cien años de Seguridad Social. A propósito del Centenario de la Ley Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*, Fraternidad/Muprespa, Madrid, 2000.

VIQUEIRA PEREZ, C.: *La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador por incumplimiento del empresario*, Civitas, Madrid, 1.993

- *La resolución colectiva del contrato de trabajo por irregularidades en el abono del salario en la Ley Concursal*, Thomsom-Civitas, 2007.

VISCOMI, A.: "Il mobbing: alcune questioni su fattispecie ek effetti", Lavoro y Diritto, nº 1, 2002.

VON MÜNCH, I.: "La dignidad del hombre en el derecho constitucional", Revista Española de Derecho Constitucional, nº 5, 1982.

ZARZALEJO CARBAJO, M.: "El acoso moral en la experiencia comparada, internacional y comunitaria (I): concepto y responsabilidad jurídica", en *Los medios de tutela frente al acoso moral* (Correa Carrasco, Valdés de la Vega, coord), Comares, Granada, 2007.

ZOPPOLI, L.: *La corresponsività nel contratto di lavoro*, Nápoles, 1991.