

UNIVERSIDAD DE GRANADA

PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS



TESIS DOCTORAL

EL DESPIDO DISCIPLINARIO

Presentada por el doctorando:
POMPEYO GABRIEL ORTEGA LOZANO

Bajo la dirección de:
PROF. DR. JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

Granada, 2018

Editor: Universidad de Granada. Tesis Doctorales
Autor: Pompeyo Gabriel Ortega Lozano
ISBN: 978-84-9163-980-0
URI: <http://hdl.handle.net/10481/54520>

COMPROMISO DE RESPETO DERECHOS DE AUTOR/A

El doctorando [Pompeyo Gabriel Ortega Lozano] y el director de la tesis [José Luis Monereo Pérez]:

Garantizamos al firmar esta tesis doctoral, que el trabajo ha sido realizado por el doctorando bajo la dirección del director de la tesis y hasta donde nuestro conocimiento alcanza, en la realización del trabajo, se han respetado los derechos de otros autores a ser citados, cuando se han utilizado sus resultados o publicaciones.

Lugar y fecha: Granada, junio de 2018.

Director de la Tesis

Doctorando

Fdo. José Luis Monereo Pérez

Fdo. Pompeyo Gabriel Ortega Lozano

*A José Luis Monereo Pérez, mi maestro.
A mis padres y hermanos.
A mi amor, Sara.*

RESUMEN

La institución del despido disciplinario posee los rasgos necesarios y suficientes para erigirse en objeto de estudio continuo y actual: es una figura jurídica que goza de una compleja y particular articulación normativa al mismo tiempo que se convierte en un elemento de total aplicación práctica, lo que suscita el planteamiento de numerosos problemas técnicos. En lo que concierne a la estructura del texto, el mismo se encuentra dividido en cinco capítulos independientes pero íntimamente relacionados. El capítulo I hace referencia al trayecto histórico y jurídico recorrido por el despido disciplinario. Continuando en el avance del proceso de despido, en el Capítulo II de la obra, se estudian las causas específicas disciplinarias. Aquí se analiza, fundamentalmente, la normativa y la jurisprudencia sobre los fundamentos en los que se ampara la proyección del despido por el empleador. Por su parte, en el capítulo III de la obra, se estudia la configuración y formalidades del despido. El capítulo IV versa sobre la calificación, efectos y consecuencias jurídicas de la sentencia que declara la procedencia, improcedencia o nulidad del despido en España –nulidad, anulabilidad o ineficacia en Italia– lo que puede aplicarse a las restantes categorías del despido –por tanto, no solo al disciplinario–. Finalizamos el desarrollo de la obra con el capítulo V que viene a tratar los mismos apartados que los capítulos anteriores pero enfocado y orientado al despido disciplinario italiano y a su particular ordenamiento jurídico. Al respecto, se exponen los principales problemas interpretativos de carácter sustantivo y procesal que pueden plantearse, ofreciendo las soluciones más coherentes con arreglo al derecho vigente, así como algunas alternativas *de lege ferenda* que el legislador debiera plantearse de cara a una futura reforma laboral. Este es el modelo legal vigente: las transformaciones sufridas evidencian que evolucionamos hacia un despido cada vez más libre y menos indemnizado –desistimiento unilateral *ad nutum*–; en suma, hacia un nuevo derecho flexible del trabajo.

PALABRAS CLAVE

Despido, disciplinario, causas, procedimiento, formalidades, calificación, consecuencias, efectos.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.....	19
CAPÍTULO I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y TRANSFORMACIÓN ACTUAL DE LA INSTITUCIÓN DEL DESPIDO DISCIPLINARIO: CONCEPTO, FUNDAMENTO COMÚN Y CAUSAS JUSTAS	29
1. Contexto delimitador del despido disciplinario.....	29
2. Desarrollo y evolución histórica de las causas de despido disciplinario	34
2.1 Estabilidad en el empleo y legislación positiva: antecedentes del Código Civil y Código de Comercio	35
2.2. El Código de Trabajo de 1926.....	39
2.3 La Ley de Contrato de Trabajo de 1931 y el Fuero del Trabajo de 1938: de la legislación republicana a los inicios de la dictadura militar	40
2.4 La Ley de Contrato de Trabajo de 1944 y Decreto de 26 de octubre de 1956: el régimen jurídico durante la dictadura franquista	46
2.5 La Ley de Relaciones Laborales de 1976, el Real Decreto-ley sobre medidas económicas de 1976 y el Real Decreto-ley sobre relaciones de trabajo de 1977: las leyes de la transición política española	53
2.6 El Estatuto de los Trabajadores de 1980.....	58
3. Nociones del despido disciplinario.....	62
3.1 El despido disciplinario: aproximación al desistimiento y a la resolución ..	62
3.2 El despido disciplinario como exteriorización del poder empresarial	67
3.3 Efectos extintivos y naturaleza constitutiva del despido disciplinario: relación laboral vigente, elección de la sanción y revocación de la ruptura.....	78
4. El fundamento común del despido disciplinario: incumplimiento contractual grave y culpable	82
5. El punto de partida en la construcción de la institución del despido: la extinción disciplinaria como fuente de inspiración de otros despidos	87
6. Los conceptos jurídicos indeterminados: la interpretación valorativa y discrecional de la concurrencia causal	90
7. Efectos sobre la viabilidad de un recurso de casación para la unificación de doctrina en materia de despido disciplinario	97

SUMARIO

8. El declive en el plano legal del modelo constitucional de despido causal: hacia un modelo legal de despido libre, informal y poco indemnizado.....	101
CAPÍTULO II. LAS CAUSAS ESPECÍFICAS DEL DESPIDO DISCIPLINARIO..	121
1. Faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo	125
1.1 Concepto y fundamento.....	125
1.2 Faltas repetidas y principio <i>non bis in idem</i>	128
1.3 Faltas de asistencia o puntualidad del trabajador	132
1.3.1 Situaciones específicas legales o convencionales.....	132
1.3.2 Situaciones judiciales de ausencias o impuntualidades	140
1.4 Valoración de la gravedad y culpabilidad	143
2. Despido por indisciplina o desobediencia en el trabajo	149
2.1 Concepto y fundamento.....	149
2.2 Presunción de legitimidad del mandato empresarial, regularidad de la orden empresarial y justificación de la desobediencia del trabajador: principio <i>solve et repete</i> e <i>ius resistentiae</i>	151
2.2.1 <i>Ius resistentiae</i> por razones de seguridad y salud en el trabajo .	156
2.2.2 <i>Ius resistentiae</i> por vulnerar elementos esenciales del trabajador y otros elementos jurídicos dignos de protección	159
2.2.3 <i>Ius resistentiae</i> frente a órdenes empresariales ilícitas	162
2.2.4 Principales focos de discusión del <i>ius resistentiae</i>	163
2.3 Conductas inmiscuidas en la indisciplina o desobediencia en el trabajo y relacionadas con otras justas causas de despido	170
2.3.1 Teoría general de los incumplimientos contractuales de desobediencia, transgresión de la buena fe y abuso de confianza	170
2.3.2 Huelga.....	173
2.4 Valoración de la gravedad y culpabilidad	180
3. Despido disciplinario por ofensas verbales o físicas	189
3.1 Concepto y fundamento.....	189
3.2 Sujeto activo y pasivo: nexos con la relación laboral y tipología de las ofensas	193

EL DESPIDO DISCIPLINARIO

3.2.1 Ofensas al empresario o empresa.....	196
3.2.2 Ofensas a los familiares del empresario.....	198
3.2.3 Ofensas a los superiores de la empresa.....	199
3.2.4 Ofensas a compañeros de trabajo.....	201
3.2.5 Amenazas.....	203
3.3 Ofensas verbales y físicas.....	205
3.4 Valoración de la gravedad y culpabilidad	210
4. Despido por transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño del trabajo.....	219
4.1 Concepto y fundamento.....	219
4.2 Actuaciones que transgreden la buena fe contractual o el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.....	231
4.2.1 Deterioro de la imagen de la empresa: libertad de expresión y libertad de empresa.....	231
4.2.2 Menoscabo de la esfera competitiva de la empresa: deber de confidencialidad y prohibición de concurrencia desleal.....	234
4.2.3 Conveniencia de la categoría en la empresa para el lucro indebido: abuso de confianza y manejo de productos propiedad de la empresa.	243
4.2.4 Conveniencia de la categoría en la empresa para otros fines deshonestos: utilización de materiales, medios o instrumentos de la empresa en beneficio propio o favorecer a terceros con perjuicio para el empresario.....	251
4.2.5 Embuste a la empresa	253
4.2.6 El empleo durante la situación de baja por incapacidad temporal	255
4.2.7 Motivación voluntaria de ocasionar daños a la empresa o a personas relacionadas con ella.....	260
4.2.8 Abandono del puesto de trabajo.....	262
4.2.9 Otras infracciones básicas en la prestación de servicios: la falta de diligencia.....	263
4.3 Valoración de la gravedad y culpabilidad	267
5. La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado	272

SUMARIO

5.1 Concepto y fundamento.....	272
5.2 Minoración de la productividad: término de comparación.....	275
5.2.1 Término de comparación previamente convenido –rendimiento pactado–.....	277
5.2.2 Término de comparación extraído de la realidad empresarial y laboral: rendimiento normal deducido de la productividad del resto de trabajadores –rendimiento normal objetivo– o rendimiento del propio trabajador en condiciones anteriores –rendimiento normal subjetivo–.....	281
5.3 Tratamiento de otras figuras afines a la disminución del rendimiento de trabajo normal o pactado –ineptitud y falta de aclimatación a modificaciones técnicas– y descenso del rendimiento superior al habitual.....	284
5.4 Valoración de la gravedad y culpabilidad	288
6. La embriaguez habitual o toxicomanía con repercusión negativa en el trabajo	296
6.1 Concepto y fundamento.....	296
6.2 La influencia del trabajo desempeñado y la matización de la habitualidad: negociación colectiva en la embriaguez o toxicomanía.....	301
6.3 La repercusión negativa en el trabajo	305
6.4 Valoración de la gravedad y culpabilidad	308
7. El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa	312
7.1 Concepto y fundamento.....	312
7.2 Conductas constitutivas de acoso: conocimiento empresarial y ejercicio de poderes disciplinarios	317
7.3 Especial atención al acoso sexual.....	322
7.4 Especial atención al acoso moral o <i>mobbing</i>	324
CAPÍTULO III. CONFIGURACIÓN Y FORMALIDADES DEL DESPIDO DISCIPLINARIO	335
1. La modalidad procesal del despido disciplinario y recurso de suplicación: un recorrido general e introductorio sobre el procedimiento extintivo disciplinario	336
2. Requisitos formales necesarios a todo despido disciplinario	348
2.1 Origen y evolución de la comunicación escrita.....	349

EL DESPIDO DISCIPLINARIO

2.2 La carta de despido disciplinario	352
2.2.1 Contenido mínimo e idoneidad de los hechos	354
2.2.2 Notificación del despido: prueba, receptores de la comunicación escrita y naturaleza recepticia	366
3. El despido tácito	371
3.1 Despido tácito: carácter recepticio, efectos generales, virtualidad jurídica, corriente jurisprudencial, impugnación y caducidad	371
3.2 La posible confluencia de figuras afines: criterios diferenciadores entre el despido tácito, la extinción contractual por voluntad del trabajador y el abandono del empleado	377
4. Singularidad del despido disciplinario de los trabajadores afiliados a un sindicato.	380
5. Particularidades del despido disciplinario de empleados públicos.....	388
6. Particularidades del despido disciplinario de los representantes de los trabajadores	390
6.1 La exigencia necesaria de tramitar expediente contradictorio previo a la imposición de la sanción de despido: descripción de la garantía del expediente, ámbito subjetivo y extensión temporal.....	392
6.1.1 El expediente contradictorio y sus fases	392
6.1.2. Descripción de la garantía del expediente contradictorio	396
6.1.3 Ámbito subjetivo y extensión temporal	400
6.2 Terminación del expediente: secuelas por omisión o cumplimiento defectuoso y efectos de la tramitación. Principio de permanencia, garantía de inmunidad y garantía de indemnidad.....	404
6.2.1 Omisión del expediente y efectos de su tramitación.....	404
6.2.2 El principio de permanencia y las garantías de indemnidad e inmunidad en las funciones representativas.....	407
7. Formalidades singulares establecidas por convenio colectivo	410
8. Formalidad general complementaria: la propuesta de liquidación de cantidades pendientes de pago	412
9. Formalidades de tiempo: plazo para despedir y prescripción de las faltas laborales	415
10. Defectos de forma y nuevo despido	423
10.1 Rectificaciones de defectos formales.....	423
10.1.1 Primera oportunidad	424

SUMARIO

10.1.2 Segunda oportunidad	428
10.2 Los despidos sucesivos	433
11. La impugnación del despido: caducidad	435
11.1 La naturaleza de derecho necesario del plazo establecido: comienzo del cómputo del plazo de caducidad.....	437
11.1.1 El plazo de caducidad de la acción contra el despido.....	437
11.1.2 Particularidades en la caducidad del despido.....	441
11.1.3 No pronunciamiento sobre el fondo en la caducidad: la no interpretación extensiva.....	446
11.1.4 Los días hábiles e inhábiles en la caducidad del despido	448
11.2 La suspensión del plazo de caducidad	451
12. La consecuencia de una posterior sentencia penal que se pronuncia sobre la causa de despido	465
CAPÍTULO IV. CALIFICACIÓN Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DESPIDO DISCIPLINARIO	471
1. Introducción: los efectos inmediatos del despido.....	472
2. Declaración de procedencia del despido disciplinario	475
3. Declaración de improcedencia del despido disciplinario	478
3.1 Improcedencia por razones de forma y de fondo.....	481
3.2 Evolución en el Derecho español del Trabajo de la alternativa readmisión-indemnización.....	484
3.3 Efectos laborales asociados a la declaración de improcedencia: potestad de optar entre la readmisión y la extinción indemnizada	486
3.3.1 Facultad de optar: titularidad, representantes de los trabajadores, alteración por convenio colectivo, ejercicio y circunstancias especiales	489
3.3.2 La alternativa por la readmisión	496
3.3.2.1 Readmisión regular	500
3.3.2.2 Readmisión irregular.....	501
3.3.3 La alternativa por la extinción indemnizada.....	505

EL DESPIDO DISCIPLINARIO

3.3.3.1	Conceptos de la indemnización por despido improcedente.....	505
3.3.3.2	Cálculo legal de la indemnización por despido improcedente.....	512
3.3.3.3	Los años de prestación de servicio.....	526
3.3.3.4	Consecuencias jurídicas de la indemnización tasada .	535
3.3.4	La no acumulación de la indemnización legal mínima con otras indemnizaciones	539
3.4	Salarios de tramitación	541
3.5	Salarios de tramitación imputados al Estado	553
3.6	Consecuencias de la declaración de improcedencia del despido en el contorno de la Seguridad Social	560
4.	Declaración de nulidad del despido disciplinario.....	561
4.1	La caída del sentido de la nulidad del despido: contexto histórico y normativo sobre la nulidad del despido desde el ET de 1980 hasta la actualidad	563
4.2	Despidos discriminatorios o lesivos de derechos fundamentales o libertades públicas.....	567
4.2.1	Despidos discriminatorios.....	567
4.2.2	Despidos lesivos de derechos fundamentales y libertades públicas	575
4.2.3	La problemática subsistencia del despido fraudulento: de la nulidad efectiva de la norma a la improcedencia jurisprudencial del despido.....	581
4.3	Despidos durante las circunstancias biológicas y familiares particularmente protegidas	584
4.3.1	Despidos durante el embarazo	584
4.3.2	Despidos durante la suspensión por maternidad, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, paternidad, riesgo durante el embarazo o la lactancia natural, o por enfermedades ocasionadas por el embarazo, el parto o la lactancia natural, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos	587
4.3.3	Despidos durante otras situaciones amparadas por el legislador para favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras: permiso, reducción de jornada o excedencia..	589

SUMARIO

4.3.4 Despidos de las víctimas de violencia de género que coincidan con el ejercicio de los derechos singulares de la legislación laboral	596
4.4 La vertiente procesal del despido nulo	598
4.4.1 La modalidad procesal del despido cuando se invoque lesión de derechos fundamentales y libertades públicas: la técnica integradora y el reenvío para la aplicación de las garantías del proceso de amparo ordinario.....	598
4.4.2 El proceso de nulidad del despido como cauce para impugnar despidos lesivos de derechos fundamentales	599
4.4.2.1 Caducidad y exclusión de las actuaciones previas de conciliación y reclamación administrativa en el despido lesivo de derechos fundamentales	599
4.4.2.2 Garantías adicionales en la modalidad procesal de despido lesivo de derechos fundamentales: celeridad procedimental, intervención del Ministerio Fiscal y del sindicato coadyuvante potestativo y medidas cautelares como suspensión de los efectos del acto impugnado.....	602
4.5 La carga de la prueba y las reglas específicas en los despidos discriminatorios o lesivos de derechos fundamentales o libertades públicas y circunstancias particularmente protegidas.....	605
4.6 Necesario pronunciamiento sobre el fondo del asunto: la protección reforzada de determinados supuestos de despido nulo	615
4.7 Efectos de la declaración de nulidad del despido y su diferenciación con la extinción improcedente: la indemnización suplementaria del incidente de no readmisión –artículo 281 LRJS– y la indemnización por daño moral derivado de la vulneración de un derecho fundamental –artículo 182 LRJS–	618
4.8 Efectos en el terreno de la Seguridad Social	630
CAPÍTULO V. EL DESPIDO DISCIPLINARIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO.....	635
1. Contexto delimitador del despido disciplinario italiano.....	635
2. Evolución histórica de la institución del despido disciplinario en Italia	636
2.1 La potestad disciplinaria y la sanción de despido: su evolución desde la época del Derecho Romano	636
2.2 La transformación del despido <i>ad nutum</i> al despido por <i>giusta causa</i> o <i>giustificato motivo</i> en el ordenamiento jurídico italiano	639
3. El régimen jurídico del <i>licenziamento disciplinare</i> en Italia.....	646
3.1 El despido por <i>giusta causa</i>	651

EL DESPIDO DISCIPLINARIO

3.2 El despido por <i>giustificato motivo</i>	655
4. La modalidad procesal del despido disciplinario italiano	661
4.1 Formalidades del <i>licenziamento disciplinare</i> : las garantías del artículo 7 del <i>Statuto dei Lavoratori</i>	662
4.2 El procedimiento de la extinción por <i>giusta causa</i> o <i>giustificato motivo</i> ..	665
4.3 Plazo de caducidad e impugnación del despido por el trabajador	672
5. Efectos legales de la calificación del despido: consecuencias jurídicas de la extinción nula, anulable e ineficaz	674
5.1 La reincorporación plena o <i>tutela reintegratoria piena</i> del despido nulo: artículos 18.1, 18.2 y 18.3 del <i>Statuto dei Lavoratori</i>	677
5.2 La reincorporación con indemnización limitada o <i>tutela reintegratoria con indennità limitata</i> del despido anulado: artículos 18.4 y 18.7 del <i>Statuto dei Lavoratori</i>	682
5.3 La indemnización fuerte o <i>tutela indennitaria forte</i> del despido anulado: artículos 18.5 y 18.7 del <i>Statuto dei Lavoratori</i>	684
5.4 La indemnización reducida o <i>tutela indennitaria ridotta</i> del despido ineficaz: artículo 18.6 del <i>Statuto dei Lavoratori</i>	686
5.5 Ámbito de aplicación del artículo 18 del <i>Statuto dei Lavoratori</i> : el nivel de ocupación en la empresa.....	686
6. La tutela real y la tutela obligatoria en el despido ilegítimo.....	688
7. La reforma introducida por el <i>Decreto Legislativo 23/2015, 4 marzo, disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti</i> : la aparición del régimen flexible del despido	693
7.1 Consecuencias del despido a partir de la vigencia del <i>Decreto Legislativo 23/2015, 4 marzo</i>	694
7.2 Conciliación, anulación del despido, pequeñas y medianas empresas, compañías tendenciales o sin ánimo de lucro.....	697
BALANCE Y PERSPECTIVAS: CONCLUSIONES Y PROPUESTAS <i>LEGE FERENDA</i>	701
SINTESI IN LINGUA ITALIANA.....	731
BILANCIO E PROSPETTIVE: CONCLUSIONI E PROPOSTE <i>LEGE FERENDA</i> .	739
BIBLIOGRAFÍA	769

INTRODUCCIÓN

La materia relativa a la extinción del contrato de trabajo viene siendo objeto de intensos debates sociales, políticos y científicos. Ello lo convierte en un tema especialmente atractivo para su tratamiento desde la perspectiva jurídica. Se pretende realizar un análisis de la diversa y heterogénea problemática que presenta el marco jurídico-positivo sobre el despido disciplinario –en España y en Italia– como principal figura extintiva del contrato de trabajo.

Esta institución posee los rasgos necesarios y suficientes para erigirse en objeto de estudio continuo y actual: es una figura jurídica que goza de una compleja y particular articulación normativa al mismo tiempo que se convierte en un elemento de total aplicación práctica, lo que suscita el planteamiento de numerosos problemas técnicos. Al respecto, la práctica jurídica de los tribunales nos lleva a una estadística irrefutable: el despido individual disciplinario es, cuantitativamente, el instrumento más utilizado para reducir el número de trabajadores en las empresas.

Esta investigación se ha realizado partiendo de la premisa objetiva de abordar los siguientes objetivos: en primer lugar, ofrecer un tratamiento técnico-jurídico y de política del derecho de los poderes directivos del empresario y de su plasmación en la figura jurídica del despido disciplinario; en segundo lugar, aportar un estudio de la teoría y práctica jurídica existente respecto a la extinción del contrato de trabajo por causas disciplinarias; y, en tercer lugar, el operador jurídico encontrará un análisis actual y detenido sobre cada una de las modalidades extintivas del despido disciplinario en el ordenamiento jurídico laboral español e italiano. Todo ello marcado por la rigurosidad. Por tanto, se está ante un análisis pormenorizado de las elaboraciones de la doctrina científico-jurídica y jurisprudencial, respecto al derecho regulador, en su conjunto, del despido disciplinario.

En lo que concierne a la estructura del texto, el mismo se encuentra dividido en cinco capítulos independientes pero íntimamente relacionados. Aunque no es éste el momento de desglosar su contenido, sí parece oportuno hacer, en esta introducción, una pequeña mención al propósito que tiene cada uno de ellos y a la relación que éstos guardan entre sí. Aun cuando pudiera pensarse que el Capítulo I de la obra posee un carácter meramente introductorio, cumple con tres funciones trascendentales para la comprensión total del trabajo: en primer lugar, se hace un esfuerzo importante para clarificar el léxico jurídico empleado por el legislador, la doctrina y los tribunales al referirse al despido disciplinario; en segundo lugar, se realiza un seguimiento y análisis histórico de la normativa que regula, desde sus orígenes, el despido disciplinario, lo que resulta muy útil tanto para comprender la legislación vigente como para valorar posibles alternativas de reforma de la ley; en tercer lugar, se explica hasta qué punto puede tener relevancia jurídica la concurrencia de una causa justa disciplinaria para la terminación del contrato de trabajo. Continuando en el avance del proceso de despido, en el Capítulo II de la obra, se estudian las causas específicas disciplinarias. Aquí se analiza, fundamentalmente, el artículo 54 ET y la jurisprudencia sobre los fundamentos en los que se ampara la proyección del despido por el empleador. Por su parte, en el capítulo III de la obra, se estudia la configuración y formalidades del despido disciplinario. El capítulo IV versa sobre la calificación, efectos y consecuencias jurídicas de la sentencia que declara la procedencia, improcedencia o nulidad del despido. Finalizamos el desarrollo de la obra con el capítulo V que viene a tratar –aunque de manera más

reducida— los mismos apartados que los cuatro capítulos anteriores pero enfocado y orientado al despido disciplinario italiano y a su particular ordenamiento jurídico.

En resumen, el objeto de estudio abarca el origen histórico-normativo de la extinción disciplinaria, sus causas justas, las formalidades procesales y las consecuencias jurídicas de la procedencia, improcedencia o nulidad del despido en España o de la nulidad, anulabilidad o ineficacia en Italia. Al respecto, se exponen los principales problemas interpretativos de carácter sustantivo y procesal que pueden plantearse, ofreciendo las soluciones más coherentes con arreglo al derecho vigente, así como algunas alternativas *de lege ferenda* que el legislador debiera plantearse de cara a una futura reforma laboral.

El despido es un negocio jurídico unilateral, constitutivo y recepticio, por el cual, el empresario procede, por su propia voluntad, a la extinción del contrato de trabajo. Es unilateral, porque es el empleador quien toma la decisión de extinguir el contrato de trabajo con independencia de cuál sea la voluntad del trabajador que no influye ni interviene en la decisión empresarial. Es constitutivo, porque produce efectos extintivos e inmediatos por sí mismo, aun cuando en un momento posterior, el despido sea declarado improcedente o nulo. El empleado puede impugnar la extinción contractual —voluntad del empresario— lo que no implica que el despido no haya existido —aunque haya sido declarado no legítimo—. Es recepticio, porque carece de efectividad jurídica hasta que no llega a conocimiento del empleado, produciendo, desde ese mismo instante, la extinción del contrato de trabajo —salvo que la misiva resolutoria señale otra fecha—.

Del Capítulo I es posible comprender que la razón que hace nacer una legislación protectora del empleado contra el negocio jurídico unilateral, constitutivo y recepticio —denominado despido— no es otra que la ley ordenadora del mercado: la ley de la época resultaba netamente favorable y benévola para los empleadores, materializándose la tendencia y necesidad de proteger a los empleados frente a posibles abusos empresariales a través de la regulación legislativa del despido. Ahora bien, es irrefutable que en todas las leyes existentes hasta el momento, siempre ha permanecido inalterada la facultad reconocida al empresario de dar por finalizada la relación laboral ante la presencia de acciones u omisiones del trabajador incompatibles con la continuidad de la relación laboral —en cierta medida, incumplimientos y desobediencias—: el despido como sanción ante una determinada infracción laboral ha sido reconocido a lo largo del amplio recorrido histórico que se realiza en esta investigación y que constituye nuestro actual Derecho Laboral.

El estudio histórico del despido disciplinario deviene necesario para conocer, no sólo la institución, sino los rasgos característicos del ordenamiento jurídico en el que dicha institución se inserta desarrollando efectos y consecuencias. Como se advierte, las exigencias formales y causales para declarar válido el despido han transformado el inicial despido libre —*ad nutum*— en una institución formal y causal —*ad causam*—: consecuencia visible de la íntima relación entre la historia del despido y la historia del Derecho del Trabajo. La técnica que sobrevive actualmente conjuga la enunciación de una causa genérica —incumplimiento contractual grave y culpable— con la enumeración de unas causas específicas heredadas de la tradición legislativa de nuestro ordenamiento jurídico.

Ha de analizarse, pues, los presupuestos jurídicos y la evolución de la normativa laboral para determinar el propósito asignado en cada momento histórico como sus condiciones de aplicación, adoptando una metodología histórica que permita extraer la evolución de las normas laborales que regulan el despido disciplinario: en suma, determinar la significación político-jurídica de la evolución de los textos normativos. En tal sentido, nos preocupamos por poner de manifiesto los intereses o valores protegidos, prevalentemente, por las normas que serán analizadas. Pero sin olvidar que el derecho no puede terminar desconociendo los cambios que subyacen en la realidad.

Por otro lado, la normativa laboral específica que se ha ocupado del despido disciplinario y sus efectos jurídicos no es, desde luego, de aparición moderna. Pero es de significar que en fechas recientes se han producido importantes cambios normativos en su regulación. Sin embargo, la creciente actualidad del tema no radica solamente en las modificaciones normativas. Igual de importantes son las voces que se atreven a vaticinar la constitución de un nuevo derecho flexible y liberal del trabajo. Como realidad económica y social, la empresa y las personas que desarrollan funciones y prestan servicios para la misma son, en sí mismo, dinámicos, lo que hace que la empresa se encuentre en permanente reestructuración.

Determinar qué es o no causa justa de despido disciplinario sigue siendo un quehacer caracterizado por un alto nivel de inseguridad lo que intenta solventar el Capítulo II. Esta situación se repite desde que la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, estableciera –prácticamente y en lo esencial– las mismas causas de despido disciplinario que nuestro vigente Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores –lo que no quiere decir que antes de las fechas señaladas no existiera ese alto nivel de inseguridad jurídica pues lo cierto es que también existía; en efecto, nos referimos a 1980 por ser prácticamente las mismas justas causas disciplinarias que las actuales–.

Por causa de despido se entiende aquella circunstancia que veta o impide la continuación de la vigencia del contrato de trabajo que da fundamento jurídico a la intención resolutoria del empresario y que, teóricamente, no consiste en su mera voluntad por tener que fundamentarse el despido en una justa causa. La exigencia legal de causalidad se enlaza con el propio modelo constitucional que reconoce el derecho al trabajo y con la propia definición de Estado social y democrático de derecho. La causa disciplinaria se convierte en elemento básico de la propia institución del despido. Pero, actualmente, la causalidad del despido se encuentra debilitada; a ello han contribuido diversos factores, siendo el más evidente, la aceptación por nuestros tribunales del derecho del empresario a despedir sin causa justa –nos referimos al despido improcedente–: la causa se convierte en elemento esencial para despedir a un trabajador sin coste alguno –lo que equivale a un despido disciplinario procedente– pero no impide la extinción del contrato de trabajo si el empresario está dispuesto a abonar el coste económico del despido sin justa causa. En efecto, es la improcedencia del despido uno de los factores excepcionales que dirigida en su día a desjudicializar el despido ha terminado por descausalizarlo. Con esta figura jurídica se le permite al empresario la facultad de rescindir el contrato sin necesidad de causa con el requisito de cumplir, únicamente, determinadas formalidades y, sobre todo, el abono de una indemnización económica o coste de despido.

Lo anterior termina convirtiéndose en un defecto innato a nuestro ordenamiento jurídico: la paradoja se produce porque, teóricamente, nuestro sistema no reconoce el despido sin causa; pero ante la ausencia de causa, nuestra normativa lo cataloga de despido ilegítimo o antijurídico, lo que supone privar al acto de sus consecuencias normales –que sería la nulidad– y, al mismo tiempo, considerarlo despido. Al final se produce la extinción a cambio –o por el reemplazo– de la obtención del correspondiente coste económico al trabajador. Esta deformación de nociones fundamentales provoca una serie de delirios y enajenaciones mentales que terminan afectando a la propia lógica del despido; pero no solo eso, pues trae como consecuencia que el debate político sobre el despido se reduzca o finalice en un problema de costes económicos –desviando las verdaderas incógnitas del despido disciplinario, lo que a nuestro juicio, no se sintetizan solo en la indemnización económica, salario por año de servicio, salarios de tramitación o prorrateo de las mensualidades pertinentes; existen también problemas en la garantía de los empleados y en el poder empresarial, entre otras muchas más cuestiones–. Consecuentemente, mientras el despido siga configurándose como un problema de costes económicos, las extinciones laborales de los contratos de trabajo continuarán atesorando –cada vez más– elementos de flexibilidad.

Igualmente, el alto nivel de inseguridad jurídica en la conceptualización y definición del despido disciplinario se localiza en el propio proceso histórico de descausalización del mismo; en otros términos, el propio reconocimiento de la improcedencia del despido ha provocado un total desinterés en las causas justas por no considerarse políticamente relevantes: aun cuando el despido no se justifique en causa justa disciplinaria, el contrato de trabajo podrá quedar extinguido con el pago de una indemnización económica. Los grupos políticos que abogan por mayor flexibilidad en el despido, no ponen la importancia en las causas del mismo sino en sus consecuencias monetarias, lo que provoca incentivos para desconsiderar la causalidad y centrarse en el coste económico de la extinción contractual. Al final, el escenario político-jurídico no aboga por dedicar el esfuerzo necesario en solucionar lo que verdaderamente falla, ni en mejorar lo que realmente funciona. Las observaciones anteriores corroboran nuestra afirmación de que el tema es complejo y vivamente controvertido.

Pero con el estudio de las causas justas estaríamos aportando resultados incompletos, cuando no equivocados por no valorar todas las circunstancias que tienen presencia en cada uno de los despidos disciplinarios: por tanto, en el capítulo III se realiza un estudio unitario o de conjunto de todos los elementos formales del mismo. Para comprender la importancia que engloba la formalización de la extinción del contrato de trabajo, basta con reparar en que uno de los rasgos más típicos del despido es, en nuestro ordenamiento jurídico, su carácter formal, que unido a su carácter causal, permite explicar y aproximarse a cualesquier extremo de aquél. Es cierto que la licitud o no de la decisión de despedir depende, directamente, de que la misma aparezca fundada en causa suficiente, de modo que un despido que carezca de fundamentación causal es ineficaz –no procedente–. No obstante, si el empleador pretende el éxito del despido debe, además, cumplir determinadas formalidades impuestas legalmente o establecidas en el convenio colectivo aplicable. De todos modos, la desobediencia inicial de las formalidades permite un cumplimiento ulterior de los requisitos, total o parcialmente ignorados, procediendo a un nuevo despido, ya en debida forma, por las mismas causas. Pero para que se produzca esta subsanación no basta cualquier obediencia o cumplimiento ulterior de las formalidades sino que se precisa la concurrencia de ciertas

condiciones que, por otro lado, varían según las diferentes situaciones que puedan darse en la práctica.

Igualmente, para una correcta comprensión de la extinción de la relación laboral, es necesario tener en cuenta la calificación, los efectos y las consecuencias jurídicas de la sentencia declarativa de la procedencia, improcedencia o nulidad del despido, lo que se analiza en el capítulo IV de este texto. Jurídicamente, la reconsideración de la proyección constitucional en las relaciones laborales particulares está replanteando el alcance del derecho fundamental de la tutela judicial efectiva ante el despido ilegítimo en el ordenamiento laboral, ocasionando, en la actualidad, el resurgimiento del debate acerca de las técnicas de nulidad como mecanismo real de protección frente a las decisiones extintivas lesivas de derechos fundamentales, lo que, consecuentemente, ha afectado también a los instrumentos procesales que facilitan los mecanismos de prueba y garantizan el cumplimiento, en términos estrictos, de las obligaciones derivadas en la sentencia.

Por último, todo lo establecido y recogido en los capítulos I a IV, ya comentados en esta introducción –apartados que se encuentran destinados al derecho español–, lo trasladamos y estudiamos enfocado al ordenamiento jurídico italiano, obviamente, con sus especialidades y particularidades, lo que se analiza en el capítulo V de esta obra.

Sentadas las bases para la comprensión del régimen jurídico del despido disciplinario, en las conclusiones de esta investigación se hace un replanteamiento crítico de la institución –en gran medida recogiendo ideas elaboradas previamente en los capítulos anteriores– atendiendo a las importantes transformaciones sociales y económicas detectadas en el presente momento. El punto de partida de las mismas se localiza, no solo en la crisis económica que nos encontramos atravesando, sino también en la crisis social y de valores, así como la constatación de la crisis institucional y de la ruptura de la normativa laboral que afecta a todo el ordenamiento jurídico –español e italiano–. Es evidente que la normativa laboral que regula el despido no responde plenamente a las características del entorno social y económico en el que ha de aplicarse, ni a las exigencias de una política que parece decantarse por el favorecimiento del empresario en detrimento del trabajador.

A lo largo de los capítulos que componen esta obra está presente y subyace la problemática tradicional de la contraposición entre los principios de estabilidad en el empleo y de libertad de contratación –en referencia a la libre resolución de los contratos–. Ambos principios se encuentran en fricción antinómica, de modo que se requiere una específica armonía entre los mismos al que debe dar respuesta el marco normativo de referencia. Este entendimiento o equilibrio –como cualquier otro– no es estático sino que depende de la situación de la época o el momento considerado en el que nos encontremos, lo que termina por afectar, de manera sensible, al propio sistema de relaciones laborales –y, sobre todo, al coste económico del despido–. Encontrar el punto de equilibrio exacto no es tarea fácil ni supone, en cualquier caso, soluciones uniformes para toda circunstancia u ocasión.

Igualmente, la indeterminación causal de los despidos disciplinarios, junto a las variadas maneras subjetivas de resolución jurisprudencial de los mismos, terminan sumergidos en un escenario de total inseguridad jurídica: tanto en la determinación de su significado práctico como en la calificación y descripción de la actividad

disciplinaria, los operadores jurídicos sociales se enfrentan –cada uno desde su respectiva posición y en defensa de sus intereses– a la subsunción de la norma en el conflicto a solventar. Además en la práctica interpretativa la norma se complica pues el criterio jurisprudencial no se ha manifestado uniformemente, ya que cada resolución dictada contempla una situación concreta bajo condiciones muy precisas. Se trata, no solo de ser conscientes de que normas aplicadas a realidades distintas producen efectos diversos, sino de actuar con coherencia y, obviamente, en consecuencia a esta constatación.

De la misma manera, el sistema jurídico se ha preocupado por instaurar un sistema complejo de garantías formales que viene tanto a normativizar los poderes resolutorios del empleador como los mecanismos de defensa del trabajador para hacer frente al uso irregular de la potestad empresarial. Se ha pretendido reconducir hacia instrumentos jurídicos el escenario originado por el enfrentamiento entre los poderes de despido del empleador y la necesaria protección de los derechos del trabajador, lo que ha derivado en un sistema de despido directo eminentemente formal y legalmente preestablecido. Asimismo, es evidente que existe tensión entre las opciones político-organizativas de readmisión y de indemnización junto a las exigencias de tutela de los derechos fundamentales del trabajador.

Descendiendo a una praxis atenta a la evolución normativa de las reformas de finales del siglo pasado y las del presente, se observa que las innovaciones más significativas han supuesto una revisión del reequilibrio de los poderes ejercidos en el marco de la relación de trabajo, en concreto, en una figura tan emblemática como es el poder de despedir del empresario. Esta institución es la pieza clave en la constitución del sistema de equilibrios de poder, presente en el seno de la empresa y plasmada en la misma estabilidad de la relación laboral que conecta al trabajador con el empleador. La pretensión de las reformas no ha sido otra que el desplazamiento de la tutela de los derechos fundamentales del trabajador hacia la protección de los poderes del empresario: por todo ello, no podemos negar que nos encontramos ante una de las figuras más incandescentes que actualmente podemos localizar en el Derecho Laboral. Es así que la atribución jurídica directa al poder empresarial para gestionar la empresa parece indiscutible en el sistema legal; pero esas opciones interfieren sobre otro tipo de intereses y derechos jurídicamente relevantes y protegibles que obligan a reclamar, imperiosamente, el carácter limitado de tal poder.

En este contexto, las constantes reformas –progresivas y significativas– proyectadas en la regulación de las modalidades extintivas de la relación laboral han terminado afectando –en gran medida– a las personas trabajadoras. Estas enmiendas se han producido en un escenario político e ideológico que ha defendido, de manera enérgica y atrevida, que la regulación rígida del mercado de trabajo en favor o beneficio de la tutela de la parte débil del contrato –por tanto, del empleado–, es la principal causa de la no construcción de empleo o, en su defecto, de su destrucción–. En lógica consecuencia de la afirmación anterior se ha considerado que el empleador tiene unos inasequibles costes económicos para contratar o despedir a los trabajadores y, sobre todo, excesivas dificultades para la dirección, mantenimiento y gobierno de su empresa.

En efecto, consecuencia de este discurrir, ahora, España e Italia, son países que se fundamentan en un Derecho del Trabajo de principios liberalizadores sustentados en un mercantilizado concepto de empleo concebido como actividad profesional,

generadora de unos costes para el empleador o emprendedor que, con el fin de crear empleo –para reducir las elevadas tasas de desempleo existentes–, en unos casos, admite bonificaciones, reducciones o exenciones fiscales –a cargo del Estado– y, en otros, reduce, precariza o incluso elimina derechos de la persona conseguidos y conquistados tras muchos años de avances paulatinos. Por ende, se decide disminuir y mermar los elementos que venían definiendo a los sistemas jurídicos-laborales a la par que se pone en duda el auténtico valor del derecho al trabajo. Paradójicamente, el tratamiento jurídico de las modalidades extintivas y la política jurídica resultante, en su conjunto, continúa asumiendo una lógica de racionalidad monetaria y económica.

Caminamos hacia un modelo de empresa más flexible desde su estructura jurídico-organizativa. Las nuevas orientaciones se dirigen a una mayor tolerancia en el uso del despido, con objeto de poder contratar y despedir con mucha más facilidad, rapidez y simplicidad, lo que se resume en un mercado laboral contemporizador –hacia el empresario– que facilita la transición de entrada, salida y reincorporación al trabajo del empleado, complementado con un sistema de prestaciones públicas para quienes quedan sin trabajo –de nuevo, a cargo del erario público–. Lo que trasladado al funcionamiento práctico, constata que nuestro sistema permite el despido libre, pero eso sí, indemnizado –despido pagado–. Es evidente que en la práctica jurídica prevalece el modelo de readmisión intercambiable por dinero –en otros términos, la no readmisión del trabajador a cambio de asumir el coste económico de despedir; en la praxis, la denominada estabilidad obligacional– sobre el modelo de la readmisión obligatoria para todo despido sin causa y sin forma –la denominada estabilidad real–. Este es el modelo legal vigente: las transformaciones sufridas evidencian que evolucionamos hacia un despido cada vez más libre y menos indemnizado –desistimiento unilateral *ad nutum*–; en suma, hacia un nuevo derecho flexible del trabajo. Y aunque no creemos posible modificar –y menos detener– la mutación que ya ha comenzado, sí creemos tener capacidad para incidir en ella: por este motivo, en esta tesis se analiza el despido disciplinario, en España e Italia, desde sus orígenes hasta la actualidad, con especial incidencia en el proceso de despido, desde su inicio hasta la finalización del mismo, y de sus consecuencias jurídicas, lo que por seguro puede aplicarse a las categorías restantes del despido –por tanto, no solo al disciplinario– y, sobre todo, al nuevo enfoque del derecho flexible del empleo.

Finalmente, una vez determinado el objeto, justificación, contenido y *status quaestionis* de este trabajo de investigación, procede ahora precisar su metodología. Si bien creemos que el método seguido debe deducirse de la propia investigación –obedeciendo a las exigencias del propio objeto investigado; pues, en rigor, el objeto a conocer determina el método más adecuado para su conocimiento técnico–, conviene hacer una previa referencia al enfoque metódico utilizado. Para conocer la institución del despido disciplinario se ha contemplado el fenómeno jurídico desde una perspectiva social y económica y en una proyección normativa y política-jurídica. Es evidente que el derecho no puede desconectarse por completo de aquel escenario socio-económico sobre el que se inserta e interrelaciona, pues lo contrario conduciría a un conocimiento aparente de una, de por sí, compleja realidad jurídica. La empresa sobre la que se desarrolla la prestación de servicios es, ante todo, una realidad socio-económica sustentada por relaciones laborales que adquieren implicaciones y connotaciones con consecuencias muy variadas. Asimismo, no debe ignorarse que el despido es materia que interesa a numerosas disciplinas jurídicas y metajurídicas, lo que hace que esta investigación deba desarrollarse en un plano de interdisciplinariedad científica;

consecuentemente, este estudio ha de prosperar entre disciplinas jurídicas diversas al mismo tiempo que se conjuga derecho con otras ciencias sociales. Por tanto, no rehusamos en referenciar, allí donde sea oportuno, aportaciones de otros campos de conocimiento.

Inciendo algo más, las pautas de desarrollo de la presente investigación constan de un planteamiento y una metodología jurídica basada en el análisis y estudio de la normativa, doctrina y jurisprudencia. Todo ello, argumentado en los fundamentos normativos de la protección laboral, valorados a través de los enfrentamientos doctrinales y jurisprudenciales con la intención de unificar la problemática descrita. Lo anterior, identificando y describiendo los problemas de interpretación de la ley, con críticas y elogios al ordenamiento existente, y proponiendo la solución más acorde al sistema actual. Es en virtud de lo manifestado que esta tesis doctoral desarrollará una labor de recopilación y sistematización de datos, de análisis del marco normativo vigente y de críticas y propuestas de reformas de viable realización haciendo uso de las siguientes líneas metodológicas: 1º) Investigación sistematizada: explicación ordenadora de disposiciones jurídicas, doctrinales, judiciales y legislativas. 2º) Investigación *lege lata* o interpretativa: interpretación de leyes, sentencias y doctrina científica, planteando el problema interpretativo, presentando alternativas y justificando la solución pertinente. 3º) Investigación *lege ferenda* o reformadora: crítica de la solución vigente y formulación y defensa de su cambio por otra solución –con objeto de instar a las autoridades competentes–. Se pretende que esta investigación, desde sus reflexiones analíticas, profundas y propositivas, tenga la aspiración efectiva de convertirse en toda una obra de referencia para los distintos sectores profesionales relacionados con la misma.

La razón última de esta investigación se centra, principalmente, en la instrumentación jurídico laboral de un sistema justo y equilibrado ante el despido del trabajador, encaminándonos, en lo esencial, a buscar un método de extinción de la relación laboral que proteja, jurídicamente, no solo al empleado, también al empresario. Esta es la finalidad y el intento de este texto que presentamos, siendo conscientes de que la tesis doctoral es un trabajo de investigación en el que se aprenden y utilizan los métodos propios de la disciplina.

CAPÍTULO I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y TRANSFORMACIÓN ACTUAL DE LA INSTITUCIÓN DEL DESPIDO DISCIPLINARIO: CONCEPTO, FUNDAMENTO COMÚN Y CAUSAS JUSTAS

SUMARIO. CAPÍTULO I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y TRANSFORMACIÓN ACTUAL DE LA INSTITUCIÓN DEL DESPIDO DISCIPLINARIO: CONCEPTO, FUNDAMENTO COMÚN Y CAUSAS JUSTAS. 1. Contexto delimitador del despido disciplinario. 2. Desarrollo y evolución histórica de las causas de despido disciplinario. 2.1 Estabilidad en el empleo y legislación positiva: antecedentes del Código Civil y Código de Comercio. 2.2. El Código de Trabajo de 1926. 2.3 La Ley de Contrato de Trabajo de 1931 y el Fuero del Trabajo de 1938: de la legislación republicana a los inicios de la dictadura militar. 2.4 La Ley de Contrato de Trabajo de 1944 y Decreto de 26 de octubre de 1956: el régimen jurídico durante la dictadura franquista. 2.5 La Ley de Relaciones Laborales de 1976, el Real Decreto-ley sobre medidas económicas de 1976 y el Real Decreto-ley sobre relaciones de trabajo de 1977: las leyes de la transición política española. 2.6 El Estatuto de los Trabajadores de 1980. 3. Nociones del despido disciplinario. 3.1 El despido disciplinario: aproximación al desistimiento y a la resolución. 3.2 El despido disciplinario como exteriorización del poder empresarial. 3.3 Efectos extintivos y naturaleza constitutiva del despido disciplinario: relación laboral vigente, elección de la sanción y revocación de la ruptura. 4. El fundamento común del despido disciplinario: incumplimiento contractual grave y culpable. 5. El punto de partida en la construcción de la institución del despido: la extinción disciplinaria como fuente de inspiración de otros despidos. 6. Los conceptos jurídicos indeterminados: la interpretación valorativa y discrecional de la concurrencia causal. 7. Efectos sobre la viabilidad de un recurso de casación para la unificación de doctrina en materia de despido disciplinario. 8. El declive en el plano legal del modelo constitucional de despido causal: hacia un modelo legal de despido libre, informal y poco indemnizado.

1. Contexto delimitador del despido disciplinario

En el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante y para simplificar ET), el despido disciplinario queda regulado en los artículos 54 a 56 –junto a su interpretación enlazada a otros preceptos– dentro de la sección cuarta dedicada a la extinción del contrato de trabajo del capítulo tercero concerniente a la modificación, suspensión y extinción del contrato de trabajo.

El despido disciplinario es una categoría extintiva de pronunciado carácter individual que conecta, de forma explícita e implícita, la dimensión sancionadora que posee el empleador con la estructura de la extinción contractual fundamentada en el principio de causalidad.

Una conexión que se manifiesta, en primer lugar, en la concepción del despido disciplinario como un prototipo del poder sancionador que posee el empleador –frente al trabajador– ante una desobediencia grave de los deberes laborales contractuales en el progreso ordinario de la actividad laboral, constituyéndose, implícitamente, como

sanción más grave, la pérdida de trabajo¹ y, por ende, del medio de supervivencia del trabajador², lo que trae como desenlace la confirmación de la singular posición de desigualdad de las partes en el contrato de trabajo³; en segundo lugar, en la regulación causal, evitando así la imparcialidad o arbitrariedad, asociándose, al mismo par, con el sentido y el alcance del auténtico y genuino derecho social al trabajo constitucionalmente reconocido en el artículo 35⁴, eludiendo, de esta forma, el despido libre y caprichoso –conviene hacer notar que del artículo 35.1 de la Constitución Española se deriva el derecho del trabajador a la continuidad o estabilidad en el empleo⁵: a no ser despedido si no existe justa causa⁶; pero no la garantía constitucional de los efectos del despido injustificado siendo posible, al respecto, distintas elecciones de política jurídica⁷–.

Despido disciplinario considerado como elemento connatural de la norma jurídica. En otros términos, como condena –técnicamente sanción⁸– impuesta a quién incumple sus obligaciones con la finalidad de evitar la amenaza de un mal a la empresa o empresario⁹.

Esclarecedora es la doctrina del Tribunal Constitucional al apreciar que el derecho al trabajo reconocido constitucionalmente supone el derecho de los trabajadores a no ser despedidos si no existe justa causa, por lo que más allá de la categoría extintiva que se trate, la causalidad es inherente a la decisión empresarial¹⁰.

Es el grupo normativo formado por la Constitución Española, la Carta Social Europea y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹¹, junto al Convenio número 158 de la OIT, los textos jurídicos que conforman el grueso

¹ MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Artículo 55. Forma y efectos del despido disciplinario”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al*: *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Granada, Comares, 2012, p. 776.

² RUBIO DE MEDINA, M^a. D.: *El despido disciplinario*, Barcelona, Bosch, 2000, p. 9.

³ MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Forma y procedimientos del despido disciplinario (ET: arts. 55 y concordantes. Estudio especial del despido nulo)”, en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.) *et al*: *La reforma del Estatuto de los Trabajadores. El despido. Tomo II*, Madrid, Edersa, 1994, p. 220.

⁴ 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 MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), MOLINA NAVARRETE, C. (Dir.) y MORENO VIDA, M^a. N. (Dir.) *et al*: *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, 2002, pp. 287 y ss.

⁵ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “La reconfiguración causal del despido colectivo: algunas reflexiones críticas”, en CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al*: *Presente y futuro de la Regulación del Despido*, Navarra, Aranzadi, 1997, p. 161.

⁶ MONTOYA MELGAR, A.: “La protección constitucional de los derechos laborales”, en AA. VV.: *Derecho del trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Madrid, CEF, 1980, p. 288.

⁷ MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Despido nulo”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al*: *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, Granada, Comares, 2014, p. 115.

⁸ Vid. CARNELUTTI, F.: *Teoría generale del diritto*, Roma, Edizioni Scientifiche Italiane, 1951, p. 27.

⁹ LEGA, C.: *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1956, p. 177.

¹⁰ STC 22/1981, de 2 de julio [RTC 1981, 22].

¹¹ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Protección en caso de despido injustificado (art. 30)”, en MONEREO ATIENZA, C. (Dir. y coord.) y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir. y coord.) *et al*: *La Europa de los derechos: estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, pp. 695 y ss.

preceptivo orientado a exigir el justificado motivo del despido del trabajador en los términos del artículo 54 ET –que regula el despido disciplinario o despido por antonomasia–¹².

Asimismo, si de alguna institución es comprensible una imagen del Derecho del Trabajo como inmenso arsenal de textos y reglamentaciones que no cesa de complicarse y reformarse continuamente y que podría sintetizarse como un derecho sin razón jurídica, esta es, sin duda, la institución relativa al despido¹³.

Despido que se convierte en la más amplia de las figuras jurídicas con las que comprender, de manera global y en conjunto, el Derecho del Trabajo y, más en concreto, el contrato de trabajo, siempre enmarcado por el signo de la divergencia de intereses entre las partes que conforman la relación jurídica laboral¹⁴.

En el artículo 54.1 ET se define el concepto jurídico-legal del despido disciplinario como modalidad extintiva del contrato de trabajo por decisión del empresario y sustentado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador. Se ha de advertir que este mecanismo extintivo no se activa automáticamente ante un incumplimiento sino que es el propio empleador el que tendrá que ejecutarlo. Mecanismo que puede ser utilizado de forma directa –por tanto, unilateral, sin sometimiento a otra instancia, ni tampoco al juez– aunque sujeto a unos determinados requisitos formales¹⁵.

La advertencia de la doctrina científica de que en el ordenamiento jurídico-laboral español no se diferencian, ni organizan, sino que se enumeran de un modo confuso, oscuro e igualitario, todas las causas por las que finalizan los contrato de trabajo¹⁶, si bien se refería a la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, continúa siendo válida para la actual legislación: el ET al regular conjuntamente la extinción del contrato de trabajo, en su artículo 49, persevera en tal costumbre.

En el cuadro general de causas de extinción del contrato de trabajo, el legislador no ha seguido un criterio clasificatorio explícito sino que se ha ceñido en realizar una enumeración mínima y estructurada de causas extintivas del contrato laboral. Éstas las podemos encontrar en el artículo 49 ET que son desarrolladas en preceptos ulteriores.

Precisamente, para resarcir tal insuficiencia de enumeración de todas estas causas que extinguen la relación laboral –no obstante, debe manifestarse que la citada

¹² MONEREO PÉREZ, J. L.: “El despido colectivo tras las sucesivas reformas laborales”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 173.

¹³ MOLINA NAVARRETE, C.: “La recalificación judicial del despido en fraude de ley: una nueva Edad Media en el derecho del trabajo post-moderno”, en CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: Presente y futuro de la Regulación del Despido*, cit., p. 459.

¹⁴ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Itinerarios circulares del Derecho del Trabajo: del despido libre al despido indemnizado”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 2001, p. 127.

¹⁵ MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Forma y procedimientos del despido disciplinario (ET: arts. 55 y concordantes. Estudio especial del despido nulo)”, en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.) *et al: La reforma del Estatuto de los Trabajadores. El despido. Tomo II*, cit., p. 221. TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.: “El despido disciplinario”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 69.

¹⁶ Entre ellos, Pérez Leñero. *Vid.* CARRO IGELMO, A. J.: *El despido disciplinario*, Barcelona, Bosch, 1984, p. 15.

deficiencia es relativa ya que la utilización de la fórmula enunciativa es perfectamente adecuada y correcta en una ley— la doctrina se encargó de elaborar distintas clasificaciones de las mismas. En consecuencia, la organización de las causas de extinción del contrato de trabajo puede realizarse desde varios puntos de vista igualmente válidos. Nosotros, en atención a una combinación de criterios de resultado, nos inclinamos por la siguiente clasificación¹⁷:

- Extinción del contrato por voluntad conjunta, inicial o sobrevenida de las partes, entre las que podemos encontrar:
 - i. Mutuo acuerdo.
 - ii. Cumplimiento del contrato: comprende la expiración del tiempo o conclusión del trabajo convenido y el cumplimiento de condición resolutoria válidamente establecida.
- Extinción del contrato por decisión unilateral de las partes, sean dependientes de la voluntad del empresario o atiendan a la voluntad unilateral del trabajador:
 - i. Despido disciplinario.
 - ii. Despido colectivo por causas empresariales o por fuerza mayor.
 - iii. Despido por circunstancias objetivas independientes de la voluntad del trabajador.
 - iv. Causal: dimisión provocada o despido indirecto y por decisión de la trabajadora víctima de violencia de género.
 - v. *Ad nutum*: dimisión voluntaria preavisada.
 - vi. Abandono.
- Extinción del contrato por la concurrencia de situaciones personales impeditivas:
 - i. Muerte, jubilación o incapacidad del trabajador.
 - ii. Muerte, jubilación o incapacidad del empresario persona física.
 - iii. Extinción del empresario persona jurídica.

En el artículo 49 ET existe una serie de causas extintivas referenciadas que necesitan de la actuación del empresario para ser utilizadas. Sin embargo, ninguno de los supuestos posee relevancia jurídica suficiente para producir la extinción de la relación laboral por la sola voluntad del empresario; por tanto, se requiere que vaya acompañada de una causa admitida legalmente que justifique la decisión extintiva del empleador. A nivel internacional, el Convenio número 158 de la OIT se refiere a ello cuando, en su artículo 3, establece la siguiente aclaración terminológica: “*a los efectos del presente Convenio, las expresiones terminación y terminación de la relación de trabajo significan terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador*”. Y partiendo de lo dispuesto en el precepto citado, el artículo 4 manifiesta que “*no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las*

¹⁷ MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a. N.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Granada, Comares, 2017, pp. 642 y ss.

necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”¹⁸. En efecto, y solo teóricamente, el empresario no podrá, por su propia iniciativa, poner término a la relación de trabajo salvo que exista causa justa que ampare su decisión.

Por tanto, el despido es un género que forma parte de una diversidad de causas extintivas del contrato de trabajo siendo el disciplinario una especie de aquél en cuanto que las causas que lo justifican están relacionadas con la conducta del trabajador¹⁹. En efecto, el concepto de despido es de carácter amplio y genérico, mientras que el despido disciplinario no es más que una de las especies en que se divide ese concepto genérico, lo que significa que existen otras especies o clases de despido distintas del disciplinario²⁰.

Que sea una noción amplia y genérica que admite numerosas categorías provoca que la expresión despido no deba referirse, exclusivamente, a la extinción que tenga origen disciplinario, ya que su significado también comprende cualquier otro cese unilateralmente impuesto por el empresario al trabajador, aun cuando sea fundado en causa ajena a su incumplimiento contractual, grave y culpable. El despido, pues, constituye un concepto genérico diversificable, por razón de su causa, en especies distintas²¹. Una de estas especies es el despido disciplinario al que se refieren los artículos 49.1.k) ET –“*el contrato se extinguirá por despido del trabajador*”– y 54.1 ET –“*el contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador*”–. Indistintamente del concepto amplio o estricto que se aplique al despido, el disciplinario siempre lo es: es resultado del desarrollo efectivo del poder disciplinario que posee el empresario junto al poder de dirección –utilizado con la finalidad de ordenar la prestación de servicios a cargo de los trabajadores–²². En el fondo la consecuencia de la noción amplia de despido es el tipo de acción judicial a interponer frente a la decisión extintiva empresarial y el plazo para ejercitarla²³.

No obstante caben opiniones diferentes: hay quien descarta que el despido sea una manifestación del poder disciplinario del empresario²⁴. La justificación de esta afirmación se sustenta en la defensa de que tal facultad de resolver los contratos por incumplimiento también puede ser ejercitada por el trabajador²⁵. Con esta teoría²⁶, no se considera despido, ni a la extinción provocada por fuerza mayor que imposibilite el

¹⁸ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2010, p. 19: afirmaciones contrarias a los ordenamientos jurídicos que plantean el despido libre, como el sistema norteamericano.

¹⁹ ALBIOL MONTESINOS, I.: *El despido disciplinario y otras sanciones en la empresa*, Bilbao, Deusto, 1990, p. 36.

²⁰ STSJ Extremadura 1 de septiembre de 1989 [AS 1989, 1220 O].

²¹ STS 29 de noviembre de 1993 [RJ 1993, 9091].

²² MELLA MÉNDEZ, L.: *La formalización del despido disciplinario. Un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*, Granada, Comares, 1999, p. 6.

²³ ALBIOL MONTESINOS, I.: *El despido disciplinario y otras sanciones en la empresa*, cit., p. 37.

²⁴ Vid. al respecto el debate doctrinal sobre dos importantes autores laboralistas, Alonso Olea y Suárez González, analizado en MURCIA CLAVERÍA, A.: *El despido en España: una perspectiva histórica*, Granada, Comares, 2014, pp. 106 y ss.

²⁵ SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: *La terminación del contrato de trabajo*, Bolonia, Real Colegio de España, 1967, p. 9.

²⁶ La tesis limitada o restringida del concepto de despido.

trabajo²⁷, ni tampoco a la cesación de la industria, comercio, profesión o servicio fundada en crisis laboral o económica²⁸. En consonancia con lo manifestado, solo se consideraría despido a la resolución del contrato que se sustenta en el incumplimiento del trabajador en la línea del artículo 1124 del Código civil²⁹: de ahí que a esta posición se le conozca como la tesis limitada o restringida del despido³⁰. Frente a ella se localiza la tesis amplia de la noción del despido en la que se engloba a toda extinción del contrato por voluntad del empresario³¹. Sin embargo, en referencia exclusivamente al despido disciplinario, ambas teorías, la limitada o restringida y la amplia, reconducen la citada figura jurídica a un supuesto de resolución judicial *ex* artículo 1124 del Código Civil³².

2. Desarrollo y evolución histórica de las causas de despido disciplinario

El estudio histórico de toda institución laboral deviene siempre necesario para conocer no sólo la figura jurídica que se analiza, sino también los rasgos característicos del ordenamiento jurídico en el que dicha institución se inserta: el despido es un enclave en el que converge la totalidad de los debates que han acompañado al ordenamiento laboral a lo largo de su desarrollo y de su consagración como rama de la ciencia jurídica dotada de autonomía y sustantividad propia en razón de las peculiaridades que regula³³.

La historia es importante para explicar en qué consiste el sistema de despido: los antecedentes históricos pueden generar dependencia del pasado³⁴. Como se advierte, las exigencias formales y causales para declarar válido el despido han transformado el inicial despido libre *–ad nutum–* en una institución formal y causal *–ad causam–*: consecuencia visible de la íntima relación entre la historia del despido y la historia del Derecho del Trabajo. Pero la utilidad de la investigación histórica hace comprender la regulación actual y los problemas que suscita³⁵.

Las dificultades en la construcción de un concepto jurídico de despido se entienden mejor si se tienen en cuenta los propios orígenes y el grado de desarrollo de su regulación. A su vez, los datos existentes podrán ser mejor y más adecuadamente interpretados a la luz de los principios que inspiraron su construcción inicial teniendo en cuenta su origen y la influencia comparada³⁶.

Por último, una importante consideración del examen histórico del despido ha de ponerse en relación con el empeño del legislador en liberalizar las normas reguladoras del despido con objeto de crear empleo: el estudio histórico de la flexibilización del

²⁷ SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: *La terminación del contrato de trabajo*, cit., pp.154 y ss.

²⁸ *Ibidem*, pp.199 y ss.

²⁹ SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: *Las nuevas relaciones laborales y la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, Círculo de empresarios, 1980, p. 156.

³⁰ SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: *La terminación del contrato de trabajo*, cit., *passim*.

³¹ ALONSO OLEA, M.: *El despido*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1957, p. 11.

³² MURCIA CLAVERÍA, A.: *El despido en España: una perspectiva histórica*, cit., p. 110.

³³ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Itinerarios circulares del Derecho del Trabajo: del despido libre al despido indemnizado”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, cit., p. 127.

³⁴ MALO OCAÑA, M. Á.: “La evolución institucional del despido en España: una interpretación en términos de un accidente histórico”, en *Revista de Historia Económica - Journal of Iberian and Latin American Economic History*, núm. 1, 2005, p. 87.

³⁵ MURCIA CLAVERÍA, A.: *El despido en España: una perspectiva histórica*, cit., p. XII.

³⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “El régimen jurídico del despido y el real decreto de 22 de julio de 1928”, en *Revista de Política Social*, núm. 74, 1967, p. 23.

despido constata que liberalizar acaba traducándose en una importante reducción de las garantías jurídicas contra los despidos injustificados al mismo tiempo que no se convierte en instrumento útil para el objetivo pretendido: la creación de empleo³⁷.

2.1 Estabilidad en el empleo y legislación positiva: antecedentes del Código Civil y Código de Comercio

Tradicionalmente, la característica primordial de nuestra legislación laboral ha sido la creciente restricción de la libertad empresarial para despedir con propósito de asegurar el principio de estabilidad en el empleo. Paralelamente a los impedimentos que se han ido implantando en la figura jurídica del empresario para eludir que exista una incondicional libertad con la que poder abolir la relación contractual, el empleado ha visto afianzadas sus oportunidades de romper unilateralmente el contrato de trabajo sin alegar ninguna circunstancia previa³⁸.

En la evolución experimentada por la legislación positiva –una vez anunciada la característica actual de estabilidad en el empleo del ordenamiento jurídico–rememorarnos hasta los orígenes civiles del contrato de trabajo y las disposiciones de derecho común aplicables al mismo. No obstante, los antecedentes legales del despido se remontan a períodos anteriores al proceso de codificación³⁹.

Al tiempo de la composición de los códigos civiles –Código de Napoleón de 1804, Código Civil español de 1889, Código Civil alemán de 1897– que sirvieron de arquetipo al mundo, las condiciones fundamentales del trabajo se encontraban muy alejadas de las figuras romanas *locatio conductio operarum*⁴⁰ y *locatio conductio operis*⁴¹, por la dignificación a que había llegado el hombre a través del proceso de civilización.

El clamor avasallador de la casta trabajadora hizo regular el contrato de trabajo en los apartados referidos al “arrendamiento de servicios” y de la “libre concurrencia” en el Código Civil español, apreciándose la relación laboral como un simple contrato bilateral de derechos y obligaciones en el que ambos contratantes –el que ofrece trabajo y el que se obliga a prestarlo a cambio de una remuneración– eran jurídicamente iguales, siendo más cierto que por encima del derecho existía –y existe– otra materialidad, en concreto la realidad económica que, al hacer de distinta condición a uno y otro, producía una notoria desigualdad de facto con la consecuente indefensión e inferioridad por parte del trabajador.

En relación a la estabilidad que ha particularizado al ordenamiento jurídico español que se ha encargado de regular el empleo, en el capítulo III del Código Civil –del arrendamiento de obras y servicios–, sección primera –del servicio de criados y trabajadores asalariados–, artículo 1583, puede despuntarse el carácter imparcial del

³⁷ MURCIA CLAVERÍA, A.: *El despido en España: una perspectiva histórica*, cit., p. XIV.

³⁸ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del Despido Disciplinario y su Valoración por la Jurisprudencia*, Navarra, Aranzadi, 1997, p. 23.

³⁹ Vid. HOSTECH, F.: *El derecho del despido en el contrato de trabajo*, Barcelona, Bosch, 1929, pp. 66 y ss. También NÚÑEZ SAMPER, A.: “Evolución histórico-legislativa del despido sin causa”, en AA. VV.: *Estudios dedicados al profesor García Oviedo con motivo de su jubilación*, vol. II, Sevilla, 1954, pp. 287 y ss.

⁴⁰ Arrendamiento de servicios.

⁴¹ Arrendamiento de obra.

legislador ante la duración del contrato de arrendamiento de servicios, sin que pueda decretarse prioridad alguna por el contrato indefinido, ni por el de duración determinada. Pero en este período, si puede manifestarse alguna inquietud, no es sobre el contrato temporal sino más bien sobre el indefinido, con la amenaza o el peligro de los contratos vitalicios⁴². Por tanto, un fenómeno jurídico común de los textos normativos de la época se localiza en el propio rechazo de las relaciones jurídicas eternizadas. Como reacción frente a los vínculos laborales inmortalizados –de por vida que no indefinidos– los textos codificadores se muestran más propicios a relaciones de duración determinada: en otros términos, a vínculos jurídicos cuya duración se encuentre sometida a un término o a la realización de una determinada obra⁴³. Así quedó establecido en el Código de Napoleón⁴⁴, en el Código Civil Italiano⁴⁵ y en el español: “*puede contratarse esta clase de servicios sin tiempo fijo, por cierto tiempo, o para una obra determinada. El arrendamiento hecho por toda la vida es nulo*”⁴⁶. Mismo sentido se localiza en el Código de Comercio cuando en su artículo 302 establece que: “*en los casos de que el empeño no tuviere tiempo señalado, cualquiera de las partes podrá darlo por fenecido, avisando a la otra con un mes de anticipación. El factor o mancebo tendrá derecho, en este caso, al sueldo que corresponda a dicha mesada*”⁴⁷.

Así, el Código Civil, en su artículo 1586, precepto dedicado a la duración determinada, establece que “*los criados de labranza, menestrales, artesanos y demás trabajadores asalariados por cierto término para cierta obra, no pueden despedirse ni ser despedidos antes del cumplimiento del contrato, sin justa causa*”. Pero claro, si el Código Civil no dedica un precepto autónomo al contrato indefinido, haciendo una interpretación *a contrario sensu* –del precepto destinado a la duración determinada–, este artículo está consagrando la posibilidad de desistir unilateralmente del contrato de trabajo indefinido, sin ni siquiera respetar un plazo de preaviso –a diferencia del Código de Comercio y de su artículo 302–⁴⁸: surge así la figura del desistimiento unilateral *ad nutum* cuyo principal fundamento radica en el principio de libertad y en la prohibición de relaciones o vínculos perpetuos⁴⁹.

Por su parte, el Código de Comercio, en el título III –de la comisión mercantil–, sección segunda –de otras formas del mandato mercantil. Factores, dependientes y mancebos–, para contratos temporales, en su artículo 299 establece que “*si el contrato entre los comerciantes y sus mancebos y dependientes se hubiere celebrado por tiempo fijo, no podrá ninguna de las partes contratantes separarse, sin consentimiento de la otra, de su cumplimiento, hasta la terminación del plazo convenido. Los que contravinieren a esta cláusula quedarán sujetos a la indemnización de daños y perjuicios*”. Por tanto, la extinción se producirá con la llegada del término o la

⁴² MONTOYA MELGAR, A.: “Estabilidad en el empleo, globalización económica y «flexiseguridad»”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Madrid, Cinca, 2009, p. 88.

⁴³ MURCIA CLAVERÍA, A.: *El despido en España: una perspectiva histórica*, cit., p. 2.

⁴⁴ Artículo 1780 del Código de Napoleón.

⁴⁵ Artículo 1628 del Código Civil Italiano de 1965.

⁴⁶ Artículo 1583 del Código Civil. *Vid.* al respecto ALONSO OLEA, M.: *De la servidumbre al contrato de trabajo*, Madrid, Tecnos, 1979, *passim*.

⁴⁷ Artículo 302 del Código de Comercio de 1885.

⁴⁸ MURCIA CLAVERÍA, A.: *El despido en España: una perspectiva histórica*, cit., p. 3.

⁴⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “El régimen jurídico del despido y el Real Decreto de 22 de julio de 1928”, en *Revista de Política Social*, cit., pp. 26 y ss.

realización de la obra o el servicio contratado. Si la extinción de la relación se produce antes de la finalización del término establecido, esta ruptura solo podrá justificarse por una circunstancia excepcional –un motivo jurídicamente relevante–⁵⁰. A estos motivos relevantes que hacen inviable la continuación del servicio se refieren los artículos 300 y 301 del Código de Comercio. De acuerdo con el artículo 300 del Código de Comercio, el comerciante podrá despedir a sus dependientes por: “1.^a *El fraude o abuso de confianza en las gestiones que les hubiere confiado. 2.^a Hacer alguna negociación de comercio por cuenta propia sin conocimiento expreso y licencia del principal. 3.^a Faltar gravemente al respeto y consideración debidos a éste o a las personas de su familia o dependencia*”. De acuerdo con el artículo 301 del Código de Comercio, los dependientes pueden extinguir el vínculo por: “1.^a *La falta de pago en los plazos fijados del sueldo o estipendios convenidos. 2.^a La falta de cumplimiento de cualquiera de las demás condiciones concertadas en beneficio del dependiente. 3.^a Los malos tratamientos u ofensas graves por parte del principal*”.

A las consecuencias de la finalización antes del plazo estipulado se refiere el artículo 302 del Código de Comercio: “*en los casos de que el empeño no tuviere tiempo señalado, cualquiera de las partes podrá darlo por fenecido, avisando a la otra con un mes de anticipación. El factor o mancebo tendrá derecho, en este caso, al sueldo que corresponda a dicha mesada*”.

Llama la atención como en las relaciones de duración indefinida aparece el desistimiento *ad nutum* como la herramienta idónea con la que garantizar la temporalidad de la relación. En cambio, en las relaciones de duración determinada, el fundamento del desistimiento unilateral se sustenta en una causa justa que faculta a los intervinientes de la relación laboral para una ruptura inmediata de la misma⁵¹. Al fundamento de una justa causa se califica despido *ad causam* frente a la extinción *ad nutum*. Es a la extinción *ad causam* –justa causa– al que el ordenamiento jurídico denomina hoy despido⁵².

En el Código de Comercio, la ausencia de preaviso en el contrato indefinido se sanciona con un mes de salario⁵³, y en el contrato de duración determinada con la indemnización de los daños y perjuicios que se haya ocasionado por la terminación antes de tiempo⁵⁴. De lo anterior se deduce que la falta de preaviso y la falta de causa, aun cuando responden a razones diferentes, son incumplimientos contractuales que se sancionan por medio del mismo sistema: el indemnizatorio. En cambio, en el Código Civil, respecto a los contratos indefinidos, no se regula el régimen de extinción del contrato: a consecuencia de su no regulación, se elude cualquier omisión al preaviso y a las consecuencias del incumplimiento contractual⁵⁵. Igualmente, tampoco hace referencia a los efectos de la extinción unilateral en los contratos de duración determinada –artículo 1586 del Código Civil–. A las citadas carencias normativas se responde por la jurisprudencia que, en un primer momento, se muestra partidaria de no

⁵⁰ MURCIA CLAVERÍA, A.: *El despido en España: una perspectiva histórica*, cit., p. 3.

⁵¹ *Ibidem*, p. 5.

⁵² RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “El régimen jurídico del despido y el Real Decreto de 22 de julio de 1928”, en *Revista de Política Social*, cit., pp. 27 y 28.

⁵³ Artículo 302 del Código de Comercio.

⁵⁴ Artículo 299 del Código de Comercio.

⁵⁵ MURCIA CLAVERÍA, A.: *El despido en España: una perspectiva histórica*, cit., pp. 8 y 9.

restringir el poder de despedir del empresario⁵⁶, comenzando con el paso del tiempo a exigir el preaviso y la indemnización en contratos indefinidos, y la reclamación de daños y perjuicios en contratos de duración determinada, extendiéndose al ordenamiento civil el régimen más avanzado que poseía el Código de Comercio⁵⁷.

Pero donde sí recoge el Código Civil una indemnización de carácter tasado es en referencia a los criados domésticos. En efecto, el Código Civil diferencia entre, por un lado, los criados domésticos, y, por otro, los criados de labranza, menestrales, artesanos y demás trabajadores asalariados. Y es a los primeros, a los criados domésticos, a los que si reconocía una indemnización de carácter tasado: “*el salario devengado y el de quince días más*”⁵⁸. Se inicia así el sistema por el cual el empresario puede conocer, de manera previa al despido, la indemnización que debe afrontar para prescindir del trabajador⁵⁹. Indemnización tasada que se diferencia por completo de la de daños y perjuicios, regulada en el Código de Comercio, para trabajadores con contrato temporal –indemnización cuya cuantía podría abarcar a todo tipo de daños–⁶⁰ y la indemnización del sueldo correspondiente a dicha mesada en los contratos sin empeño señalado⁶¹.

Se pone así de manifiesto la existencia de una necesaria legislación que atienda a la realidad social y de producción de las relaciones laborales y que responda a las insuficiencias legales de los citados preceptos –sustentados en la libertad y la igualdad de trabajadores y empresarios–. La habilitación legal para que las partes puedan desvincularse de la relación laboral que les une es reflejo del principio de libertad y consecuencia del principio de igualdad formal; principios sobre los que se construye el incipiente sistema capitalista de la época⁶² –consecuencia colateral de la revolución burguesa y del movimiento obrero–. Por tanto, dejando atrás la afirmación de que la duración determinada del contrato constituye una garantía de libertad personal para el empleado, se plantea la necesidad de proteger el mantenimiento y la continuidad de la relación de trabajo para garantizar la propia subsistencia del trabajador: en vinculación con esta consideración se pretenderá limitar, normativamente, el poder del empleador de extinguir la relación laboral sin justa causa⁶³.

Los artículos precitados sobre normas precisas en materia de despido podrán ser considerados antecedentes laborales en el origen del nacimiento de una nueva disciplina jurídica con personalidad y autonomía propia que vino a denominarse Derecho del Trabajo⁶⁴, y en la que actualmente se sitúa el régimen disciplinario laboral que, en efecto, es un sofisticado régimen de exigencia empresarial de cumplimiento del contrato por el trabajador y, en su caso, de resolución por incumplimiento grave y culpable del

⁵⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “El régimen jurídico del despido y el Real Decreto de 22 de julio de 1928”, en *Revista de Política Social*, cit., p. 30.

⁵⁷ NÚÑEZ SAMPER, A.: “Evolución histórico-legislativa del despido sin causa”, en AA. VV.: *Estudios dedicados al profesor García Oviedo con motivo de su jubilación*, cit., p. 300.

⁵⁸ Artículo 1584 del Código Civil.

⁵⁹ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2010, p. 58.

⁶⁰ Artículo 299 del Código de Comercio.

⁶¹ Artículo 302 del Código de Comercio.

⁶² MARTÍN VALVERDE, M.: “Estudio preliminar. La formación de derecho del trabajo en España”, en AA. VV.: *La legislación social en la historia de España: de la revolución liberal a 1936*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1987, pp. XXXII y ss.

⁶³ MURCIA CLAVERÍA, A.: *El despido en España: una perspectiva histórica*, cit., pp. 9 y 10.

⁶⁴ CARRO IGELMO, A. J.: *El despido disciplinario*, cit., pp. 31 y 32.

mismo⁶⁵. O lo que es lo mismo, los citados textos –Código Civil y Código de Comercio, hoy aún vigentes– constituyen el antecedente más inmediato de la regulación moderna del despido⁶⁶: surge así el primer Código de Trabajo de 1926.

2.2. El Código de Trabajo de 1926

El Código de Trabajo de 1926⁶⁷ constituyó la primera tentativa de dotar a los españoles de una normativa laboral unificada con la que regir la vida social de los mismos⁶⁸. Este Código de Trabajo marca el tránsito de la principiante legislación obrera al sistema de Derecho del Trabajo⁶⁹: otorga plena libertad a los contratantes para que pacten la duración de la relación laboral pero dando preferencia al contrato temporal o de duración determinada –salvo que se haya estipulado lo contrario–; igualmente centra su atención en la regulación de la extinción unilateral *ante tempus* de los contratos con duración determinada⁷⁰.

El artículo 20 del precitado texto establecía que “*celebrado el contrato por tiempo determinado, ninguna de las partes podrá darlo por terminado antes de su vencimiento, a no mediar justa causa*”. Y era el artículo 21 el que se refería a las causas justas de despido: “*se estimarán justas causas a favor del patrono para poder dar por terminado el contrato antes del plazo del vencimiento, las siguientes: 1) La falta repetida a las condiciones propias del contrato. 2) La falta de la confianza debida en las gestiones o en la clase de trabajo a que se dedique el obrero. 3) Los malos tratamientos o la falta grave al respeto y consideración por parte del obrero al patrono, su familia, a su representante y a los compañeros de trabajo*”. Con estas causas se aludía a lo que luego había de llamarse despido procedente. Pero insistimos: se refiere al principio de causalidad en la extinción de los contratos temporales.

No obstante, nada se decía sobre los efectos de este despido sin justa causa. A ello se refería el Real Decreto-ley sobre Organización Corporativa Nacional de 1926, reformado en 1928 –Real Decreto de 1928 por el que se modifica el artículo 17 del Real Decreto-ley de 26 de noviembre de 1926, relativo a la Organización Corporativa Nacional–, y que se ocupó de las consecuencias del despido *ante tempus* y sin justa causa: como primera opción, la readmisión del trabajador –y salarios que el trabajador debió de cobrar–; y en defecto de esta primera opción, solo quedaría la indemnización –lo que permite que la voluntad extintiva del empresario, aun cuando es injustificada, pueda desplegar sus efectos–. Lo que el legislador estableció era una obligación alternativa entre readmisión o indemnización cuya elección correspondería al empresario⁷¹. Fue este texto normativo el que se ocupó, por primera vez, de las

⁶⁵ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: *La causalidad del despido disciplinario*, Thomson Reuters, Navarra, 2009, p. 58.

⁶⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “El régimen jurídico del despido y el Real Decreto de 22 de julio de 1928”, en *Revista de Política Social*, cit., p. 26.

⁶⁷ Real Decreto Ley de 23 de agosto de 1926: Código de Trabajo.

⁶⁸ *Vid.* antecedentes del Código de Trabajo.

⁶⁹ MONTOYA MELGAR, A.: “Estabilidad en el empleo, globalización económica y «flexiseguridad»”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Madrid, Cinca, 2009, p. 88.

⁷⁰ MURCIA CLAVERÍA, A.: *El despido en España: una perspectiva histórica*, cit., p. 10.

⁷¹ MONTOYA MELGAR, A.: “Estabilidad en el empleo, globalización económica y «flexiseguridad»”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 89.

consecuencias de la carencia de justa causa en el despido de los trabajadores. Además, es en este período cuando se contempla, también por vez primera, la condena al empresario del pago de los salarios correspondientes a los días que medie entre el despido del trabajador y la readmisión del mismo⁷²: en otros términos, de los salarios de tramitación⁷³.

Lo cierto es que la extinción de los contratos indefinidos aparece, otra vez, desprovista de cualquier mención legal. Este vacío, al igual que en la etapa de los códigos codificadores, será cubierta por las resoluciones judiciales de los tribunales que establecen una doctrina que viene a calificar de abusivas estas rupturas empresariales⁷⁴.

Sobre la duración de la prestación y en relación a esa estabilidad a la que venimos refiriéndonos, este Código de Trabajo, en su artículo 18, disponía que “*el contrato de trabajo, cualquiera que sea, durará el tiempo estipulado*”, añadiendo que “*a falta de estipulación expresa, y salvo el caso de prueba de costumbre en contrario, se entenderá concertado: por día, cuando la remuneración sea diaria, aun cuando su pago se efectúe por semanas o quincenas; por meses, cuando la remuneración sea mensual, y anual, si es por años*”. Este texto normativo fue el virtuoso de iniciar una más que retraída apertura hacia el reconocimiento de instituciones de permanencia del contrato de trabajo: así ocurrió con el instrumento de la suspensión. En el artículo 19 se establecía “*para el personal del Estado, de la Provincia o del Municipio, o de Establecimientos, Empresas, Sociedades intervenidas, o subvencionadas o que tengan contratos con aquellos, que desempeñen cargo en propiedad y que hubiera sido destinado a Cuerpo del Ejército o de la Armada*”, la suspensión del contrato “*mientras permanezca en filas*”. Y decimos retraída porque tan solo se permitía este suspenso del contrato de trabajo respecto del personal de las administraciones públicas o de empresas conexas⁷⁵.

Esta normativa inicial sobre el despido va a dejar su impronta en todas las normas posteriores. Igualmente, este sistema sancionador del despido injusto constituirá una opción legislativa que va a prevalecer en el debate doctrinal que se desarrollará en España acerca de la extinción del contrato de trabajo⁷⁶.

2.3 La Ley de Contrato de Trabajo de 1931 y el Fuero del Trabajo de 1938: de la legislación republicana a los inicios de la dictadura militar

Una considerable progresión en las ordenaciones de las condiciones de trabajo se produjo con la promulgación de la Ley de Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931, ley constituida en la Segunda República de España. Durante esta etapa se formará

⁷² GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, cit., p. 60.

⁷³ CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Naturaleza jurídica y garantía de pago de los salarios de tramitación: ¿punto y final al debate sobre dos viejas cuestiones?”, en *Aranzadi Social*, núm. 5, 2002, p. 267.

⁷⁴ MURCIA CLAVERÍA, A.: *El despido en España: una perspectiva histórica*, cit., p. 11.

⁷⁵ MONTOYA MELGAR, A.: “Estabilidad en el empleo, globalización económica y «flexiseguridad»”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 89.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 17.

la base y la estructura del moderno Derecho del Trabajo⁷⁷. Si el Código de Trabajo de 1926 constituyó la laboralización del contrato de arrendamiento de servicios pero sin sustituir su esencia civilista, la citada Ley de Contrato de Trabajo se atrevió a confeccionar un texto innovador en el que aparecen los rasgos definitorios de la relación laboral en términos de dependencia y ajenidad⁷⁸: en efecto, si bien el Código de Trabajo de 1926 respondía a un propósito de reformar el arrendamiento de servicios pero sin alterar su sustancia y contenido esencial, en la Ley de Contrato de Trabajo se distinguían manifestaciones típicas de la institución nuclear del Derecho del Trabajo⁷⁹. Lo cierto es que supuso un punto de inflexión en el proceso de juridificación de las relaciones laborales⁸⁰.

La Ley de Contrato de Trabajo, en su artículo 89, incorporaba una enumeración bastante más acabada que el derogado Código de Trabajo al instaurar las siguientes causas de finalización de los contratos individuales: “a) *Las faltas repetidas e injustificadas de puntualidad o de asistencia al trabajo.* b) *La indisciplina o desobediencia a los Reglamentos de Trabajo, cuando los hubiere y estuvieren dictados con arreglo a las leyes.* c) *Los malos tratamientos o la falta grave de respeto y consideración al patrono, a los miembros de su familia que vivan con él, a su representante o a los compañeros de trabajo.* d) *La ineptitud del trabajador respecto a la ocupación o trabajo para que fue contratado.* e) *El fraude o abuso de confianza en las gestiones confiadas.* f) *La disminución voluntaria y continuada del rendimiento normal del trabajo.* g) *El hacer alguna negociación de comercio o de industria por cuenta propia sin conocimiento expreso y licencia del patrono”*. El establecimiento de este listado de causas subjetivas significaba que el principio de libertad de las partes cedía ante el principio de estabilidad de la relación laboral⁸¹. Igualmente, este sistema ya no se refería específicamente a los contratos temporales: de esta manera, quedaba establecido el principio de causalidad con carácter general⁸².

Al igual que el Código de Trabajo de 1926, esta ley no analizaba los efectos del despido sin justa causa. Estas consecuencias se delegaban a la regulación de la normativa procesal. En concreto, la Ley de Jurados Mixtos de 17 de noviembre de 1931 –siete días posterior a la Ley de Contrato de Trabajo de 1931– otorgaba al empresario que hubiera extinguido la relación laboral sin justa causa la alternativa entre la readmisión y la indemnización que hubiera fijado el Presidente del Jurado, que sería de entre quince días y seis meses del jornal –artículos 51 y 53 de la Ley de Jurados Mixtos– más los salarios dejados de percibir. Específicamente establecía el artículo 51 de la Ley de Jurados Mixtos que “*si en el fallo se declarase que no existe causa que justifique el despido del obrero, en él se otorgará opción al patrono para que lo*

⁷⁷ MARTÍN VALVERDE, M.: “Estudio preliminar. La formación de derecho del trabajo en España”, en AA. VV.: *La legislación social en la historia de España: de la revolución liberal a 1936*, cit., pp. LXXVIII y ss.

⁷⁸ MURCIA CLAVERÍA, A.: *El despido en España: una perspectiva histórica*, cit., p. 22.

⁷⁹ MARTÍN VALVERDE, M.: “Estudio preliminar. La formación de derecho del trabajo en España”, en AA. VV.: *La legislación social en la historia de España: de la revolución liberal a 1936*, cit., pp. LXXVIII y ss.

⁸⁰ Vid. VALDÉS DAL-RÉ, F.: “El Derecho del Trabajo en la segunda República”, en *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 2006, *passim*.

⁸¹ MURCIA CLAVERÍA, A.: *El despido en España: una perspectiva histórica*, cit., p. 27.

⁸² VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Itinerarios circulares del Derecho del Trabajo: del despido libre al despido indemnizado”, en *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, cit., p. 129. GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, cit., p. 61.

readmita o para que le abone la indemnización que haya fijado el Presidente, haciendo uso del arbitrio que la ley le concede sobre la cuantía de la indemnización”.

Pero esta alternativa concedida al empresario cedió momentáneamente a favor de un planteamiento más favorable para el empleado. Precisamente, el Decreto de 23 de agosto de 1932⁸³ establecía, como consecuencia única de la extinción del contrato de trabajo sin justa causa, la readmisión del trabajador, pues al ser el despido injusto un acto contrario a la ley, la consecuencia civil merecía ser la nulidad de pleno derecho. En efecto, el propio legislador republicano era consciente del contrasentido que suponía, por un lado, conceder el derecho de opción en favor del empresario que ha despedido injustamente al empleado; por otro lado, constituir una normativa en la que el despido aparece plenamente causalizado con el objetivo de garantizar la estabilidad del puesto de trabajo⁸⁴: es por este motivo por lo que el texto analizado, a través de la readmisión del trabajador, pretendía establecer una tutela real sobre el puesto de trabajo.

Específicamente el artículo 1 del citado Decreto establecía que *“no tendrán el derecho de opción a que se refiere el artículo 51 de la Ley de 27 de Noviembre de 1931, sobre Jurados mixtos, y en caso de declararse injusto por sentencia firme de estos Organismos el despido de empleados y obreros fijos, vendrán obligadas a la readmisión de los despedidos y a pagar a éstos los sueldos o salarios que les correspondan desde el día de la separación injusta hasta el de la readmisión, las Empresas siguientes: a) Las de servicios públicos, tales como los de comunicaciones, telefónicas e inalámbricas, ferrocarriles y tranvías, abastecimientos de agua, y electricidad y todos los concedidos por el Estado, Provincia, Municipios o Corporaciones análogas; y las que por estas instituciones estén subvencionadas. b) Las que, a la fecha de la promulgación de este Decreto, tengan establecida por Bases o Reglamentos de trabajo la condición de que para el despido de sus agentes por faltas a éstos imputables será requisito la formación previa de expediente en que se acrediten tales faltas. c) Las Empresas bancarias”*. La eliminación del derecho de opción exclusivamente para las grandes empresas encontraba explicación en el propio preámbulo del citado texto: la opción se justifica *“cuando se trata de industria de escasa importancia por la dificultad de mantener una convivencia propicia a constantes choques y rozamientos que, sin provecho para nadie, pueden originar que enemistades o enconos personales deriven en otros de carácter colectivo. Pero esta razón no existe tratándose de Empresas y Sociedades patronales de mayor amplitud y desarrollo, en que falta el contacto diario entre patronos y obreros, especialmente en aquellas a las que este Decreto comprende”*. Por consiguiente, este texto normativo constituía un sistema mixto de tutela del puesto de trabajo que atendiendo a la dimensión de la empresa, en unos casos determinará la tutela real, y en otros, una tutela obligatoria⁸⁵. Sin embargo, meses más tarde, y por Decreto de 20 de diciembre de 1932, se regresó al sistema de las obligaciones alternativas –readmisión o indemnización– al considerarse la fórmula excesivamente rígida⁸⁶. Por ende, readmisión o indemnización aparecen en

⁸³ Publicado en Boletín Oficial en fecha de 25 de agosto de 1932.

⁸⁴ MURCIA CLAVERÍA, A.: *El despido en España: una perspectiva histórica*, cit., p. 45.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 46.

⁸⁶ MONTOYA MELGAR, A.: “Estabilidad en el empleo, globalización económica y «flexiseguridad»”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., pp. 89 y 90.

régimen de igualdad⁸⁷ y es la propia voluntad del empresario quien determinaba la consecuencia que se haría efectiva⁸⁸.

En lo concerniente a la estabilidad en el empleo dentro de esta tercera etapa, unge con fuerza, aunque de modo indirecto, el principio de estabilidad. Esta Ley de Contrato de Trabajo de 1931, en su artículo 21, concretaba que “*a falta de plazo expreso, se entenderá por duración del contrato la mínima que se haya fijado por bases de trabajo o pactos colectivos*”, y en defecto de tales normas, “*por las costumbres*”. Igualmente, la regulación republicana sobre el despido supuso la eliminación del régimen referido a la duración del contrato, reconociéndose desde ese mismo instante, un despido sujeto a causa para todo tipo de contrato, sea de duración indefinida o de carácter temporal. Por tanto, el ordenamiento se desprendía de la figura jurídica del desistimiento *ad nutum* contemplándose únicamente el despido como desistimiento *ad causam*: como un sistema de despido causal⁸⁹. Y respecto a esa cohibida apertura hacia el reconocimiento de instituciones con objeto de mantener la relación laboral que había iniciado el Código de Trabajo de 1926, la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 se arriesgó a albergar de forma más rematada –artículos 90 a 92– variadas causas de suspensión del contrato como las siguientes: incapacidad temporal, servicio militar, descanso de la obrera por alumbramiento, huelgas y tratos, así como conservación del contrato en caso de cesión, traspaso o venta de la industria.

En los últimos meses de la II República se promulgó el Decreto de 29 de febrero de 1936⁹⁰. De acuerdo con el artículo 1 del citado texto normativo, “*todas las entidades patronales, tanto las que tengan a su cargo la explotación y el funcionamiento de servicios de carácter público o asimilados por disposiciones legales, como las de índole privada, se hallan obligadas, desde la publicación de este Decreto, a readmitir a todos los obreros empleados o agentes que hubiesen despedido por sus ideas o con motivo de huelgas políticas, a partir de 1 de enero de 1934. Asimismo dichas entidades patronales habrán de restablecer, desde la misma fecha, en sus negocios, establecimientos o talleres las plantillas que estuviesen vigentes en 4 de Octubre de 1934*”. Y de acuerdo con el artículo 3 de la norma, se podía solicitar una indemnización por el tiempo que los trabajadores estuvieron privados del ejercicio de su profesión que, en ningún caso, podría “*ser inferior a treinta y nueve jornales ni superior a seis meses de salarios*”. La readmisión forzosa al trabajo por este Decreto se impuso como garantía de una amnistía laboral⁹¹. Pero en este texto, por primera vez, se manifiesta la obligación de readmitir al trabajador por motivos que afectan a la esfera de los derechos políticos y libertades públicas del empleado. Por tanto, nos encontramos ante la primera normativa sobre la nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales que contempló la readmisión del trabajador –no contempla la nulidad de manera expresa, pero sí las consecuencias de la misma–, categoría que desaparecerá meses después con el advenimiento de la dictadura militar⁹².

⁸⁷ GÁRATE CASTRO, J.: *Los salarios de tramitación. Un estudio de las percepciones salariales unidas a la declaración de improcedencia o nulidad del despido*, Madrid, ACARL, 1994, pp. 96 y ss.

⁸⁸ MURCIA CLAVERÍA, A.: *El despido en España: una perspectiva histórica*, cit., p. 34.

⁸⁹ *Ibidem*, pp. 24 y 25

⁹⁰ Publicado en Boletín Oficial en fecha de 1 de marzo de 1936.

⁹¹ BORRAJO DACRUZ, E.: “Indemnización o readmisión por despido improcedente”, en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.) *et al: El estatuto de los trabajadores. Puntos críticos*, Madrid, Edersa, 1980, p. 114.

⁹² MURCIA CLAVERÍA, A.: *El despido en España: una perspectiva histórica*, cit., p. 47

El régimen político que brota como resultado de la guerra civil de 1936 puso su contemplación en lo social como se deduce de la siguiente expresión: el Estado “*acude al plano de lo social con la voluntad de poner la riqueza al servicio del pueblo español, subordinando la economía a la dignidad de la persona humana, teniendo en cuenta sus necesidades materiales y las exigencias de su vida intelectual, moral, espiritual y religiosa*”⁹³. Así se proclamó desde el Fuero del Trabajo promulgado en fecha de 9 de marzo de 1938, todavía en plena lucha, como puede leerse del párrafo primero de la declaración XV: “*en la fecha en que esta Carta se promulga, España está empeñada en una heroica tarea militar, en la que salva los valores del espíritu y la cultura del mundo a costa de perder buena parte de sus riquezas materiales*”. Efectivamente, el Fuero del Trabajo fue la primera ley laboral de la dictadura del general Franco que se prolongará hasta su fallecimiento en 1975. Al respecto, las orientaciones sobre las que oscilaron las normas laborales desarrollaron un régimen de inhabilitación del sistema jurídico democrático por un Estado dictatorial⁹⁴.

En este sentido, en el Fuero del Trabajo, respecto al empleado, en su declaración II se establecía que “*el Estado se compromete a ejercer una acción constante y eficaz en defensa del trabajador, su vida y su trabajo*”. Fuero del Trabajo de 1938 en cuya declaración III se localizaba una breve referencia a la estabilidad en el empleo: “*el Estado velará por la seguridad y continuidad en el trabajo*”. Pero como contrapartida a la citada estabilidad laboral, en este texto normativo, el empleado quedaba sometido a los postulados ideológicos del propio régimen franquista y, por ende, a una relación laboral totalmente jerarquizada dominada por “*el recíproco deber de lealtad, la asistencia y protección en los empresarios y la fidelidad y subordinación en el personal*”.

Sobre el despido, la declaración XI del Fuero del Trabajo afirmaba que “*los actos ilegales, individuales o colectivos, que perturben de manera grave la producción o atenten contra ella, serán sancionados con arreglo a las leyes; la disminución dolosa del rendimiento en el trabajo habrá de ser objeto de sanción adecuada*”. Al respecto, el poder disciplinario quedaba igualmente intervenido: así se desprende del Decreto de 5 de enero de 1939⁹⁵, cuando, de un simple vistazo, se observa el grado de autoritarismo laboral existente de los primeros años franquistas⁹⁶. En este sentido, establecía el preámbulo del citado texto normativo que “*todo trabajador, cualquiera que sea su categoría y forma en que realice la prestación de su esfuerzo, está obligado a poner en su labor el máximo de competencia y actividad, conforme a las condiciones físicas y capacidad profesional, desarrollándola con la subordinación que debe al jefe de la empresa, responsable ante el Estado de la dirección de la misma y de su ordenación al bien común*”. Y de acuerdo con el artículo primero de la misma resolución normativa, “*se estimarán como faltas en el trabajo, sin perjuicio del carácter delictivo que puedan tener algunas de ellas, en actividades especiales con arreglo a disposiciones legales vigentes: a) El abuso de autoridad por parte de los empresarios, jefes o encargados, respecto a los trabajadores a sus órdenes. b) Los actos de los trabajadores contra los derechos o los intereses de la Empresa y la falta de disciplina y respeto a sus jefes. c) La falta del rendimiento debido en el trabajo*”. Esta norma anómala sobresale sobre el

⁹³ Decreto de 9 de enero de 1938, publicado en Boletín Oficial en fecha de 10 de marzo de 1938.

⁹⁴ MURCIA CLAVERÍA, A.: *El despido en España: una perspectiva histórica*, cit., p. 49

⁹⁵ Publicado en Boletín Oficial en fecha de 13 de enero de 1939.

⁹⁶ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a. F.: *El poder disciplinario en la empresa*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 98 y 99.

resto por una insólita característica⁹⁷: el poder disciplinario dejaba de ser un poder de titularidad empresarial para hacerse público. Al respecto, el artículo tercero del Decreto de 5 de enero de 1939 establecía que *“de toda denuncia o reclamación de faltas en el trabajo, así como de las comprobadas por la Inspección, conocerá el Delegado de Trabajo, quien, previa la formación de expediente, con arreglo al procedimiento que fija el artículo sesenta y tres del Reglamento de veintitrés de junio de mil novecientos treinta y dos, acordará la sanción oportuna de las señaladas en los apartados a), a d) inclusive, trasladando el acuerdo al Jefe de la Central Nacional-sindicalista para su cumplimiento, cuando la sanción sea de privación de cargos o categorías sindicales”*.

Por otro lado, estando todavía vigente la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 y la Ley de Jurados Mixtos de 17 de noviembre de 1931 –promulgada en la época republicana– se dictaron dos leyes de fecha 6 de noviembre de 1941⁹⁸.

La primera de las leyes, la Ley de 6 de noviembre de 1941 por la que se modificaba el artículo 89 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931, incorporaba tres nuevas causas al listado taxativo de causas justas del despido: *“h) La embriaguez cuando sea habitual. i) La falta de aseo, siempre que sobre ello se hubiese llamado repetidamente la atención al trabajador y sea de tal índole que produzca queja justificada de los compañeros que realicen su trabajo, en el mismo local que aquél. j) Cuando el trabajador origine frecuentemente riñas o pependencias injustificadas con sus compañeros de trabajo”*.

La segunda de las leyes, la Ley por la que se modificaban los artículos 51 y 59 de la de Jurados Mixtos de 27 de noviembre de 1931, sobre despidos, reformaba el derecho de opción del empresario. Concretamente, el preámbulo de la ley reconocía lo siguiente: *“se da, pues, el contrasentido jurídico de que, la ventaja que indudablemente representa ese derecho de opción, se otorga precisamente y, en todo caso, a quien incumplió las obligaciones legítimamente contraídas, sustentándose de esta forma un evidente criterio de desigualdad que, en buenos principios, no puede mantenerse con el carácter de generalidad que en el indicado artículo cincuenta y uno se establece”*. En efecto, *“el Nuevo Estado, consecuente con las declaraciones contenidas en el Fuero del Trabajo, ante la necesidad de regular justa y equitativamente las relaciones entre los diversos elementos que intervienen en la producción, no puede dejar subsistente, con carácter absoluto, los preceptos legales de referencia. Pero al propio tiempo, tampoco es posible desconocer la importancia de la artesanía, de tan honda raigambre tradicional en nuestra Patria, por cuyo incremento y desarrollo tiene el deber de velar; y a su lado es preciso considerar también las pequeñas industrias en las que, como en aquella, la relación entre trabajador y empresario reviste un aspecto marcadamente personal y, por lo mismo, la continuidad del productor-obrero en contra de la voluntad del empresario, cuando entre ellos exista manifiesta incompatibilidad de caracteres u otros motivos que, aún sin constituir justa causa de despido, redundarían en perjuicio evidente de la economía nacional, que el legislador está llamado a salvaguardar”*. Por tanto, se decide que si el trabajador desarrolla su relación laboral en una empresa que cuenta con más de cincuenta operarios fijos, cuando se declare que el despido no posee causa justificada, se otorgará al trabajador el derecho a optar entre *“que se le readmita en igual puesto e idénticas condiciones que lo venía desempeñando, o se le indemnice en una suma que fijará el magistrado a su prudente arbitrio y que no podrá exceder del*

⁹⁷ MURCIA CLAVERÍA, A.: *El despido en España: una perspectiva histórica*, cit., p. 54.

⁹⁸ Publicado en Boletín Oficial en fecha de 20 de noviembre de 1941.

importe de un año de sueldo o jornal”. Pero si el trabajador prestase sus servicios en una empresa que no tuviese más de cincuenta operarios fijos y el despido se hubiera ejecutado sin causa justificada, se otorgará la opción al patrono para “*que lo readmita o le abone una indemnización*”, cuya cuantía “*no podrá exceder de un año de sueldo o jornal, teniendo el obrero, en este último caso, un derecho de prioridad para obtener nueva colocación*”⁹⁹.

Posteriormente, se dicta la Ley de 10 de noviembre de 1942 por la que se crea en favor de los trabajadores el Fondo de anticipos reintegrables sobre sentencias recurridas¹⁰⁰. Al respecto, el artículo segundo de la citada ley establecía que “*en los juicios en que se ejerciten acciones derivadas de despido injustificado, cuando la sentencia dictada por el magistrado fuera favorable al trabajador y el empresario interpusiese alguno de los recursos autorizados por la ley, éste vendrá obligado, mientras dure la tramitación del recurso, a satisfacer al recurrido la misma retribución que viniese percibiendo con anterioridad al hecho de despido, y continuará el trabajador prestando sus servicios, a menos que el empresario prefiera hacer el abono aludido sin compensación alguna*”. Esta ley fue fruto de la conciencia que se posee sobre la desigualdad del trabajador y del empresario al hacer frente a un proceso judicial de despido injustificado¹⁰¹.

Como consecuencia del contenido del Fuero del Trabajo y de las disposiciones que sucesivamente se han ido desarrollando y adoptando, se produjo el desmantelamiento del sistema republicano –aun cuando gran parte del articulado de la época se siguió manteniendo– por un sistema caracterizado por un consistente autoritarismo: llegamos así a la Ley de Contrato de Trabajo de 1944.

2.4 La Ley de Contrato de Trabajo de 1944 y Decreto de 26 de octubre de 1956: el régimen jurídico durante la dictadura franquista

Pocos años después, el régimen político constituye una nueva legislación sobre el contrato de trabajo, promulgándose por Decreto de 26 de enero de 1944¹⁰², el Texto refundido del Libro I de la Ley del “*Contrato de Trabajo en general*”, reservándose para el Libro II, promulgado por Decreto de fecha 31 de marzo del mismo año¹⁰³, la regulación “*de los Contratos Especiales de Trabajo*”: contratos de embarco, de trabajo a domicilio, de aprendizaje, de las mujeres y de los menores¹⁰⁴.

Este período se caracteriza por el monopolio estatal en la fijación de las condiciones laborales, con especial protagonismo de las Reglamentaciones de Trabajo emanadas del poder ejecutivo¹⁰⁵, que con el paso del tiempo pasaron a denominarse Ordenanzas Laborales¹⁰⁶. Por tanto, se constituye una doble arteria respecto a las condiciones de trabajo: por un lado, el procedimiento general que se aplica a todas las

⁹⁹ Artículo primero de la Ley por la que se modifican los artículos 51 y 59 de la de Jurados Mixtos de 27 de noviembre de 1931, sobre despidos.

¹⁰⁰ Publicado en Boletín Oficial en fecha de 23 de noviembre de 1942.

¹⁰¹ MURCIA CLAVERÍA, A.: *El despido en España: una perspectiva histórica*, cit., p. 57.

¹⁰² Publicado en Boletín Oficial en fecha de 24 de febrero de 1944.

¹⁰³ Publicado en Boletín Oficial en fecha de 11 de abril de 1944.

¹⁰⁴ CARRO IGELMO, A. J.: *El despido disciplinario*, cit., p. 33.

¹⁰⁵ MURCIA CLAVERÍA, A.: *El despido en España: una perspectiva histórica*, cit., p. 62.

¹⁰⁶ Vid. al respecto, GARCÍA MURCIA, J.: *La reglamentación sectorial del trabajo. De la intervención pública a la autonomía colectiva*, Madrid, Civitas, 2001, pp. 67 y ss.

relaciones de trabajo y que se estipula en la propia Ley de Contrato de Trabajo de 1944; por otro lado, el procedimiento sectorial o reglamentario encargado de regular las condiciones mínimas que han de ajustarse a las relaciones laborales concertadas entre empresarios y trabajadores. Esta doble fuente normativa será causa de interpretaciones divergentes sobre temas relevantes, especialmente, de requisitos formales para el despido¹⁰⁷.

Centrándonos en el despido disciplinario, el artículo 77 del Texto refundido consideraba causas justas subjetivas las siguientes: “a) *Las faltas repetidas e injustificadas de puntualidad o de asistencia al trabajo.* b) *La indisciplina o desobediencia a los reglamentos de trabajo dictados con arreglo a las leyes.* c) *Los malos tratamientos de palabra u obra o la falta grave de respeto y consideración al empresario, a las personas de su familia que vivan con él, a su representante o a los jefes o compañeros de trabajo.* d) *La ineptitud del trabajador respecto a la ocupación o trabajo para que fue contratado.* e) *El fraude, la deslealtad o el abuso de confianza en las gestiones confiadas.* f) *La disminución voluntaria y continuada del rendimiento normal de trabajo.* g) *Hacer negociaciones de comercio o de industria por cuenta propia o de otra persona sin autorización del empresario.* h) *La embriaguez, cuando sea habitual.* i) *La falta de aseo, siempre que sobre ello se hubiese llamado repetidamente la atención al trabajador y sea de tal índole que produzca queja justificada de los compañeros que realicen su trabajo en el mismo local que aquél.* j) *Cuando el trabajador origine frecuentemente riñas o pendencias injustificadas con sus compañeros de trabajo*”. En tal fecha, la doctrina ya perseveraba en el origen unilateral de voluntad de una de las partes para extinguir la relación laboral, mereciendo la máxima intransigencia y enjuiciamiento, el culpable autor de la disolución de la relación laboral por encontrarse ésta –la relación laboral– especialmente protegida y amparada no solo por la ley de 1944 sino por los principios básicos del sistema político estatal¹⁰⁸.

Un importante problema de discusión de la época brota cuando la doctrina se plantea si la relación de causas que el legislador hace de los variados casos en los que el despido se encuentra justificado, poseía carácter enunciativo o, por el contrario, taxativo¹⁰⁹. En otros términos, si cabe o no admitir otros supuestos equivalentes a los previstos por el legislador. Parte de la doctrina sostenía de forma positiva esta posibilidad fundamentándose en la aseveración de que la Ley del Contrato de Trabajo del año 1944 especifica cuáles son las justas causas de despido, pero no dice que otras puedan serlo, siendo posible que se estimen otros motivos de despido aunque la ley no los haya manifestado explícitamente¹¹⁰. Otra parte de la doctrina mantenía el criterio opuesto al considerar que la enumeración de causas que emplea el legislador es taxativa al sustituirse la justa causa genérica de los artículos 1584 y 1586 del Código Civil por causas expresamente recogidas en la propia Ley de Contrato de Trabajo, pues de otra suerte, se estaría incumpliendo el artículo 9 del citado texto¹¹¹: “*el contrato de trabajo*

¹⁰⁷ MURCIA CLAVERÍA, A.: *El despido en España: una perspectiva histórica*, cit., p. 62.

¹⁰⁸ DE LUGO Y REYMUNDO, L. B.: *Extinción del Contrato de Trabajo*, Madrid, Reus, 1945, p. 104.

¹⁰⁹ Este problema también fue muy discutido con la entrada en vigor de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.

¹¹⁰ Entre ellos, De Hinojosa Ferrer. Vid. DE LUGO Y REYMUNDO, L. B.: *Extinción del Contrato de Trabajo*, cit., p. 118. En el mismo sentido, Pérez Botija. Vid. CARRO IGELMO, A. J.: *El despido disciplinario*, cit., p. 24.

¹¹¹ Entre ellos De Lugo y Reymundo. DE LUGO Y REYMUNDO, L. B.: *Extinción del Contrato de Trabajo*, cit., pp. 118 y 119. En el mismo sentido, Pérez González y Alguer, García Oviedo, Gallart,

se regulará: 1º) Por las normas establecidas en las leyes, decretos y disposiciones ministeriales sobre reglamentación del trabajo, en sus distintas modalidades. 2º) Por la voluntad de las partes, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse, en perjuicio del trabajador, condiciones menos favorables o pactos contrarios a las normas legales antes expresadas; y 3º) Por los usos y costumbres de cada localidad en la especie y categoría de los servicios y obras de que se trate, con igual salvedad que el número anterior establece”.

En épocas de antaño –al contrario de la corriente actual¹¹²– parecía favorable la opinión de autores que defendían el carácter taxativo y *numerus clausus* del despido al establecer, el artículo 77, que serán justas causas “*las siguientes*”; enumerando a continuación las mismas sin admitir la posibilidad de cualquier otra análoga o semejante a las que se manifestaban en dicho precepto. Argumentaban que con una apreciación gramatical y literal del precepto había de deducirse que solamente las que se anuncian son las admisibles. Para mayor fundamentación de esta tesis, tales autores hacían mención expresa al precepto que sucedía inmediatamente a estas justas causas de despido disciplinario. Nos referimos al artículo 78 del mismo texto normativo que en alusión a las causas por las que el empleado puede, por su propia voluntad, extinguir la relación laboral, en su último apartado se recogía lo siguiente: “*cualquier otra causa análoga o semejante a las anteriores que el magistrado de trabajo estime justificadas, por ser reveladora de una situación depresiva o vejatoria para el trabajador*”. Los defensores de esta doctrina asienten que si el legislador hubiera querido respaldar equivalente criterio respecto del artículo que enumera las justas causas del despido – artículo 77– así lo hubiera hecho, por lo que al no hacerlo y no aludir expresamente la facultad de estimar esas otras causas análogas o semejantes a las expresadas –como lo hace el artículo 78– está advirtiendo que su criterio es contrario a tal posibilidad interpretativa¹¹³. No obstante, remárquese que la problemática no ha sido unánime, ni pacífica, debiendo enfatizarse que con la publicación de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, hubo de nuevo un profundo conflicto doctrinal sobre la cuestión ya planteada con la ley de 1944.

Confrontando los artículos referidos a las justas causas de despido de la Ley 21 de noviembre de 1931 –artículo 89– y de la Ley 26 de enero de 1944 –artículo 77– se contempla que las desarmonías en la transcripción de ambos preceptos son prácticamente imperceptibles. Una diferencia responde a la preferencia de sustituir el término “*patrono*” por el de “*empresario*” para referirse al sujeto del contrato de trabajo que en terminología de la OIT se conoce como “*empleador*”. Otra consiste en eliminar respecto a la “*indisciplina o desobediencia a los Reglamentos de Trabajo*” el vocablo “*cuando los hubiere*”. Otra distinción estriba en esclarecer que los “*malos tratamientos*” pueden ser de “*palabra u obra*”, incorporándose el sustantivo “*jefes*”, razón innecesaria por cuanto del término “*compañeros de trabajo*” se deduce que también se incluyen a los superiores. O introducir el vocablo “*deslealtad*” entre los términos “*fraude o abuso de confianza*”, modificación relevante al posibilitar este concepto castigar el contenido

Hernainz Márquez, Benítez de Lugo y Alonso Olea. Vid. CARRO IGELMO, A. J.: *El despido disciplinario*, cit., p. 24.

¹¹² Actualmente, carece de relevancia plantearse un debate sobre si el listado del artículo 54.2 del vigente ET es o no “*numerus clausus*”. Desde un punto de vista profesional, la lista del precitado artículo sirve como guía en los mencionados parámetros de valoración de la gravedad, presentando, además, el valor práctico de explicitar causas concretas que se acercan mucho más que la causa genérica a los comportamientos humanos reales.

¹¹³ DE LUGO Y REYMUNDO, L. B.: *Extinción del Contrato de Trabajo*, cit., p. 119.

ético del contrato de trabajo. Asimismo, con la posterior de las dos leyes, se permite sancionar con la máxima sanción disciplinaria la “*realización de negociaciones de comercio o industria*” no sólo “*por cuenta propia*” sino también las producidas “*por cuenta de otra persona*”. Junto a estas variaciones, la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 configuró tres nuevas causas justas de despido disciplinario: la “*embriaguez habitual*”, la “*falta de aseo*” y las “*riñas o pendencias*”¹¹⁴, aun cuando estas causas justas fueran ya introducidas por la Ley de 6 de noviembre de 1941 por la que se modificaba el artículo 89 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931.

La presencia de justa causa a favor del empresario excluye la obligación, por parte de éste último, de observar el término de preaviso normal establecido por las reglamentaciones de trabajo anteriores a esta ley de 1944, y en su defecto, por la costumbre: la responsabilidad absoluta del trabajador obliga a suponer que el empresario no pretende la prolongación del vínculo laboral¹¹⁵. En general, la relación laboral debe desenvolverse sobre los principios elementales manifestados en los preceptos examinados, siendo aquél que los transgrede –empresario o trabajador– único infractor de su violación y, por lo tanto, autor de las consecuencias que lleve aparejada su menoscabo, no ya por la disolución del vínculo laboral, sino lo que es más importante, de la perturbación del orden jurídico-político normativo¹¹⁶.

Dada la dispar naturaleza de las causas justas del despido disciplinario, la doctrina se encargó de clasificarlas en grupos análogos en tanto en cuanto el incumplimiento contractual se base en¹¹⁷: defectos en cuanto a la prestación básica –faltas de asistencia o puntualidad; ineptitud; disminución del rendimiento–; defectos de disciplina –indisciplina o desobediencia a Reglamentos de Trabajo–; o defectos de conducta –malos tratos o faltas de respeto; fraude, deslealtad o abuso de confianza; negociaciones por cuenta propia o ajena; embriaguez habitual; falta de aseo; riñas o pendencias–. Si le damos importancia al contenido ético del contrato de trabajo tales causas pueden agruparse en¹¹⁸: incumplimiento contractual –faltas de asistencia o puntualidad; indisciplina o desobediencia a los reglamentos; ineptitud; disminución del rendimiento–; quebranto de la fidelidad –fraude, deslealtad o abuso de confianza; negociaciones sin permiso–; o motivos extralaborales –malos tratos; embriaguez habitual; falta de aseo; riñas o pendencias–. Hoy día, tal distribución ha perdido gran parte de su interés al haberse suprimido aquellos supuestos que, cabalmente, hacían adecuada esta clasificación aclaratoria como “*la falta de aseo*” o “*el originar riñas y pendencias*”. Además, es el propio ET quien se ocupa de advertir que, para los supuestos actualmente recogidos en la normativa laboral, se habrá de localizar un incumplimiento grave y culpable del trabajador¹¹⁹.

En alusión a la estabilidad en el empleo, el artículo 27 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 establecía que “*a falta de plazo expreso, se entenderá por duración del contrato la mínima que se haya fijado por normas legales o las Reglamentaciones del Trabajo*”, y en defecto de tales normas, “*por los usos o costumbres locales*”. La remesa

¹¹⁴ CARRO IGELMO, A. J.: *El despido disciplinario*, cit., pp. 35 y 36.

¹¹⁵ DE LUGO Y REYMUNDO, L. B.: *Extinción del Contrato de Trabajo*, cit., p. 117.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 105.

¹¹⁷ Conforme Alonso Olea. Vid. CARRO IGELMO, A. J.: *El despido disciplinario*, cit., p. 36.

¹¹⁸ Conforme Pérez Botija. *Ibidem*, p. 36.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 22.

de esta previsión a las Reglamentaciones y su interpretación por la jurisprudencia social motivó la presunción del contrato de duración indefinida sobre el temporal¹²⁰.

En lo concerniente a las consecuencias del despido sin justa causa, como indicábamos, en fecha de 6 de noviembre de 1941 se dictaba la Ley por la que se modificaban los artículos 51 y 59 de la de Jurados Mixtos de 27 de noviembre de 1931, método posteriormente acogido por la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, en la que se recogió este ocurrente sistema: en las empresas de hasta cincuenta trabajadores, la elección de la opción entre readmisión o indemnización correspondía al empresario, mientras que en las empresas con una cantidad de trabajadores superior a cincuenta, la elección le incumbía al empleado despedido. La explicación de este método se debía a que, en pequeñas y medianas empresas, existe una mayor convivencia y aproximación entre el empresario y los trabajadores, por lo que en caso de readmisión obligatoria del empleado, podría perturbarse la relación en la empresa siendo factible que el empleador se inclinara por la salida del trabajador; mientras que en las empresas grandes, esa convivencia se hace más impersonal y menos íntima convirtiéndose la readmisión del trabajador despedido menos gravosa para la disciplina de la empresa¹²¹.

Sobre el leve comienzo hacia el reconocimiento de instituciones de conservación de la relación laboral que había iniciado el Código de Trabajo de 1926, la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, inspirándose en la de 1931, establecía la permanencia del contrato de la relación laboral en los casos de cesión, traspaso o venta de la industria, salvo pacto en contrario; y suspensión del contrato en los casos de incapacidad temporal, servicio militar, ejercicio de cargos públicos por el trabajador, alumbramiento de la obrera o causas imprevistas e inimputables al empresario.

Por otro lado, también es conveniente hacer referencia a la Orden de 23 de abril de 1947 por la que se dictan normas aclaratorias al Decreto de 26 de enero de 1944 sobre suspensión de actividades por las empresas¹²², pues le corresponde el mérito de ser la primera disposición de la historia del despido que regula, de manera expresa, la sanción de nulidad cuando el despido se había desarrollado sin cumplir las exigencias formales estipuladas¹²³.

Con el paso del tiempo decide modificarse la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 con el Decreto de 26 de octubre de 1956 que contiene un elevado número de preceptos que van a terminar por constituir un nuevo proceso de despido¹²⁴. Es en este texto normativo donde se produce la inicial entrada del despido libre indemnizado en el ordenamiento jurídico español¹²⁵. Asimismo, el contenido de este decreto va a ser reproducido, prácticamente de manera similar, en los posteriores textos normativos del procedimiento laboral: Decreto de 4 de julio de 1958 por el que se aprueba el texto refundido del Procedimiento Laboral y el Procedimiento especial para los Seguros

¹²⁰ MONTOYA MELGAR, A.: “Estabilidad en el empleo, globalización económica y «flexiseguridad»”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al*: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 90.

¹²¹ *Ibidem*, p. 90.

¹²² Publicado en Boletín Oficial en fecha de 25 de abril de 1947.

¹²³ MURCIA CLAVERÍA, A.: *El despido en España: una perspectiva histórica*, cit., p. 87.

¹²⁴ MURCIA CLAVERÍA, A.: *El despido en España: una perspectiva histórica*, cit., p. 92.

¹²⁵ MALO OCAÑA, M. Á.: “La evolución institucional del despido en España: una interpretación en términos de un accidente histórico”, en *Revista de Historia Económica - Journal of Iberian and Latin American Economic History*, cit., pp. 99 y 100.

sociales y el Mutualismo laboral; Decreto 149/1963, de 17 de enero, por el que se da nueva redacción al Texto refundido de Procedimiento Laboral; Decreto 909/1966, de 21 de abril, aprobando el texto articulado segundo de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social, por el que se da nueva redacción al vigente texto refundido de Procedimiento Laboral; y Decreto 2381/1973, de 17 de agosto, por el que se aprueba el texto articulado segundo de la Ley 24/1972, de 21 de junio, de financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social.

Es en el preámbulo del Decreto de 1956 donde se justificaba la anticipación de la constitución de este texto: *“la urgencia de unificar los diversos criterios establecidos por las Reglamentaciones Laborales en cuanto al procedimiento a seguir para sancionar las faltas cometidas en el trabajo, y de manera especial las que afectan a la disciplina y rendimiento, no permite esperar a que se termine la labor más ambiciosa, hoy en estudio, encaminada a reunir en unas normas generales todos los principios comunes a la materia, que en aquellas ordenaciones se contienen”*. Por tanto, junto a la regulación del despido disciplinario en la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, importantes son las Reglamentaciones Laborales que regulaban una diversidad de procedimientos del despido: es esta variedad de regímenes lo que pretende evitar el Decreto de 1956 acometiendo una regulación homogénea sobre este tipo de despido y para todos los trabajadores¹²⁶. De esta manera, se constituye una nueva regulación de despido disciplinario¹²⁷. Veámoslo¹²⁸:

- Sobre las causas del despido, el propio artículo 1 del Decreto de 1956 se remitía al artículo 77 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944: *“los contratos de trabajo podrán extinguirse por despido cuando el operario hubiere incurrido en alguna de las causas expresadas en el artículo 77 del texto refundido de la Ley de Contrato de Trabajo”*. No hay, por tanto, variación alguna pues el despido continúa configurándose como extinción unilateral causal.
- Sin embargo, existen modificaciones en el régimen formal. El artículo 2 del citado Decreto de 1956 disponía que *“todas las empresas quedan facultadas para imponer a sus trabajadores la sanción disciplinario de despido sin necesidad de instruir expediente ni elevar propuesta a la Magistratura de Trabajo”*. Efectivamente, una importante novedad se localizaba en la supresión de desarrollar el expediente disciplinario exigido en la mayoría de las Reglamentaciones de Trabajo –precisamente, el Decreto de 23 de agosto de 1932 o el del Decreto de 5 de enero de 1939, entre otros–. Pero, de acuerdo con el artículo 3 del Decreto de 1956, *“las empresas, para ejercer la facultad que les concede el párrafo primero del artículo precedente, tendrán que comunicar por escrito al trabajador el despido, haciendo constar la fecha y razones que lo motivaron”*. Por tanto, se sustituye el expediente disciplinario por la misiva resolutoria comunicada al empleado despedido lo que, consecuentemente, hace más sencillo el despido del trabajador por incumplimiento contractual.
- El paso de la resolución judicial al desistimiento causal implica conceder al despido mayor agilidad y dinamismo ampliando el poder de despedir del empresario al otorgarse eficacia extintiva a su voluntad unilateral, lo que no

¹²⁶ MURCIA CLAVERÍA, A.: *El despido en España: una perspectiva histórica*, cit., p. 93.

¹²⁷ Vid. al respecto NÚÑEZ SAMPER, A.: “El nuevo régimen de despido y la jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo”, en *RT*, núm. 23, 1954, *passim*.

¹²⁸ MURCIA CLAVERÍA, A.: *El despido en España: una perspectiva histórica*, cit., pp. 94 y ss.

significa que el procedimiento de despido no continúe sometido al cumplimiento de los requisitos formales y materiales normativamente exigidos. Por tanto, en ausencia de los mismos, el despido no será válido.

- Sobre las consecuencias de un despido no válido tendremos que diferenciar el incumplimiento formal del incumplimiento causal. Sobre el incumplimiento formal nada se dice de sus consecuencias en el Decreto de 1956, omitiéndose por completo. Justamente lo contrario de lo que ocurre en el Decreto de 4 de julio de 1958 por el que se aprueba el texto refundido del Procedimiento Laboral, dónde la norma opta por la nulidad como sanción. Sin embargo, sobre el incumplimiento causal, el Decreto de 1956, en su artículo 5.3, establecía que *“calificará el despido de procedente cuando haya sido debidamente alegada y probada alguna de las causas a que se refiere el artículo primero de este decreto, y de improcedente, en todos los demás casos”*.
- Por otro lado, este Decreto de 1956 se refería a los salarios de tramitación como *“complementos de indemnización”*¹²⁹: en consecuencia, se tutela la naturaleza indemnizatoria –y no salarial– de los mismos.

La verdadera finalidad pretendida por el legislador con la aprobación de este decreto no fue otra que la de facilitar el despido sin causa a cambio de una indemnización económica¹³⁰. Esta pretensión se manifiesta, especialmente, cuando el artículo 8.5 estipuló que *“sustanciado el incidente, la Magistratura, salvo en los casos en los que no resulte acreditada ninguna de las dos circunstancias a las que se refiere el último párrafo del artículo séptimo, concederá a la empresa a que abone al trabajador una indemnización, que no podrá ser inferior al sueldo o jornal de seis meses, ni superior al de cuatro años, sin que en ningún caso pueda ser menor que el importe de la fijada en la sentencia que puso fin al juicio de despido”*. Es palpable como el legislador reduce al mínimo el campo de aplicación de la tutela real desvirtuando no solo la estabilidad en el empleo sino también la causalidad del despido¹³¹.

Pero este Decreto de 1956 –además de facilitar que el trabajador termine abandonado la empresa aun cuando no se haya demostrado la justa causa subjetiva– trajo consigo dos importantes consecuencias¹³²: 1) Por un lado, el incidente de no readmisión acabaría utilizándose como medida de represalia para aquellos trabajadores que se adherían a la lucha sindical y al movimiento obrero de la dictadura franquista: es decir, como medio de coacción para desarrollar una conducta antisindical¹³³. 2) Por otro lado, ante la rigurosidad en los despidos objetivos del control causal por parte de la autoridad laboral, el despido subjetivo o disciplinario será utilizado como despido individual falso para ajustar el número de trabajadores de las plantillas: en otros términos, se utiliza la ley de manera fraudulenta al despedir a un trabajador disciplinariamente –y sin justa causa– con el único objetivo de disminuir el número de

¹²⁹ Artículo 5.c) del Decreto de 1956.

¹³⁰ MURCIA CLAVERÍA, A.: *El despido en España: una perspectiva histórica*, cit., p. 105.

¹³¹ DE LA VILLA GIL, L. E.: *Problemas de estabilidad en el empleo*, Murcia, Escuela Social de Murcia, 1973, p. 154.

¹³² MURCIA CLAVERÍA, A.: *El despido en España: una perspectiva histórica*, cit., p. 105.

¹³³ Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “La regulación de los despidos disciplinarios: despido causal y readmisión obligatoria en el marco legislativo europeo”, en AA. VV.: *Hacia un modelo democrático de relaciones laborales*, Zaragoza, Instituto de Relaciones Laborales de la Universidad de Zaragoza, 1980, p. 252.

empleados¹³⁴. Parte de la doctrina considera que este decreto, lo que verdaderamente pretendió, fue regular el incumplimiento del contrato por parte del empresario y no el despido en sí¹³⁵.

2.5 La Ley de Relaciones Laborales de 1976, el Real Decreto-ley sobre medidas económicas de 1976 y el Real Decreto-ley sobre relaciones de trabajo de 1977: las leyes de la transición política española

La legislación sobre causas de despido disciplinario de fecha de 26 de enero de 1944 es la que hasta ahora ha tenido una mayor vigencia en España. Esta legislación se sostiene hasta bien entrado los años setenta, en concreto hasta el año 1977, ya que la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales¹³⁶, en su sección X, artículo 34, clasifica las faltas laborales en leves, graves y muy graves, sin incluir reseña alguna respecto a los supuestos comprendidos en cada uno de dichos apartados, y es al promulgarse el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo¹³⁷, cuando se introducen transformaciones en la naturaleza y número de tales justas causas.

Sin embargo, la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales es de obligado análisis. El precepto citado –artículo 34.1– establecía que “*los trabajadores podrán ser sancionados por la Dirección de las empresas, de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezca en las disposiciones legales de carácter general, en cada Ordenanza Laboral o en el Convenio Colectivo que sea aplicable*”. Y el artículo 33.2 manifestaba que “*el gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo, y previo informe de la Organización Sindical, señalará por Decreto las faltas y sanciones a que se refiere el párrafo anterior, teniendo en cuenta, entre otros criterios, la gravedad de la infracción, número de trabajadores afectados, volumen económico de la Empresa y beneficios estatales recibidos por la misma*”.

Pero aun cuando el citado texto normativo no se refiere a las causas justas del despido, sin embargo, decide reforzar las garantías formales para despedir retomando la exigencia procedimental del expediente disciplinario. Al respecto, establecía su artículo 33.1 que “*el conocimiento y sanción de las infracciones de la normativa laboral por parte de las Empresas corresponde a la Autoridad laboral competente, mediante la tramitación del expediente oportuno*”. Pero mayor importancia posee el artículo 35.1 por establecer que la regla general de la no validez del despido –tanto si es nulo como improcedente– era la readmisión y el importe de los salarios de tramitación: “*cuando en un procedimiento por despido, el magistrado de trabajo considere que no hay causa justa para el mismo, en la sentencia que así lo declare condenará a la empresa a la readmisión del trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse aquél, así como al pago del importe del salario dejado de percibir desde que se produjo el despido hasta que la readmisión tenga lugar*”. Readmisión del trabajador que no quedaba condicionada a que la empresa poseyera un determinado número de trabajadores: por tanto, se instauraba, por primera vez en la historia del despido por causas subjetivas, un régimen real de tutela del puesto de trabajo¹³⁸, lo que suponía una

¹³⁴ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Prólogo”, en RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M^a. L.: *El incidente de no readmisión*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1989, p. 5.

¹³⁵ SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: *La terminación del contrato de trabajo*, cit., p. 71.

¹³⁶ Publicado en Boletín Oficial en fecha de 21 de abril de 1976.

¹³⁷ Publicado en Boletín Oficial en fecha de 9 de marzo de 1977.

¹³⁸ MURCIA CLAVERÍA, A.: *El despido en España: una perspectiva histórica*, cit., p. 129.

nueva forma de trabajar en la empresa y un nuevo criterio valorativo entre los intereses del capital y del trabajo¹³⁹.

Este precepto, que exteriorizaba una severa protección frente al despido disciplinario improcedente, imponía al empresario la obligación de readmitir al trabajador despedido sin justa causa. Pero, no obstante, el legislador, consecuente con las dificultades de llevar a cabo la readmisión del trabajador y sin renunciar a la adopción de mecanismos que intimiden al empresario a cumplir con dicha condena, introdujo en la readmisión dos excepciones –artículo 35.4–: la sentencia deberá ser cumplida por el empresario en sus propios términos –sin que pueda ser sustituida por indemnización en metálico– salvo acuerdo voluntario de las partes o cuando el magistrado –atendiendo a circunstancias excepcionales apreciadas en el juicio que impidan la normal convivencia laboral– resuelva dejar sin efecto la readmisión mediante el señalamiento de una compensación económica. Al respecto, establecía el artículo 35.4 de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, lo siguiente: *“la sentencia que imponga la readmisión deberá ser cumplida por el empresario en sus propios términos, sin que pueda ser sustituida por indemnización en metálico, salvo acuerdo voluntario de las partes o cuando el magistrado, atendiendo a circunstancias excepcionales apreciadas en el juicio que impidan la normal convivencia laboral, resuelva dejar sin efecto la readmisión mediante el señalamiento de una compensación económica. Dicha compensación no podrá ser en ningún caso inferior a seis meses de salario ni a dos mensualidades por año de servicio, sin que la cantidad resultante pueda exceder de doce anualidades. Cuando se trate de trabajadores titulares de familias numerosas, dichos mínimos se multiplicarán por uno coma cinco, si es de primera categoría, y por dos, en los demás casos. Los trabajadores mayores de cuarenta y de cincuenta y cinco años quedarán equiparadas, a estos efectos, respectivamente, a las categorías indicadas, e igualmente los minusválidos, según los coeficientes que reglamentariamente se establezcan”*.

Este proteccionismo exorbitante y desmesurado en beneficio del trabajador llevó pronto a su corrección: la estabilidad real del puesto de trabajo en el despido subjetivo o por causas disciplinarias solo duró unos meses. La causa de la efímera vigencia de este sistema puede localizarse en la ofensiva patronal contra el artículo 35 de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales¹⁴⁰: la respuesta del gobierno se tradujo, en primer lugar, en la vigencia del Real Decreto-ley 18/1976, de 8 de octubre, sobre medidas económicas¹⁴¹; posteriormente seguido, en segundo lugar, del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo.

Antes de comenzar con el estudio de los citados textos normativos es necesario resaltar un apunte: en el análisis de la estabilidad en el empleo, en la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, se admitió por primera vez, de modo expreso, la presunción a favor del contrato de trabajo indefinido y el carácter insólito de la contratación temporal. Para refrendar lo mencionado, la Exposición de Motivos

¹³⁹ ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L., JUÁNIZ MAYA, J. R., LÓPEZ GANDÍA, J., SALA FRANCO, T. y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.: *Las relaciones laborales. (Un estudio crítico de la Ley de Relaciones Laborales, del decreto-ley sobre medidas económicas y el decreto-ley sobre relaciones de trabajo)*, Valencia, Torres, 1977, pp. 194 y 195.

¹⁴⁰ MONTOYA MELGAR, A.: “La estabilidad en el empleo en el Derecho del Trabajo de España”, en *Revista de Política Social*, núm. 118, 1978, pp. 63 y 64.

¹⁴¹ Publicado en Boletín Oficial en fecha de 11 de octubre de 1976.

establecía que en la “*regulación del contrato de trabajo se parte de la estimación de su duración indefinida como regla general. Tan sólo en los supuestos que específicamente se detallan, el contrato tendrá una duración determinada, reforzándose con esta y otras medidas que se articulan, el principio de estabilidad en el empleo en previsión, asimismo, de fraudes y otros abusos en perjuicio del trabajador*”. Además, en beneficio del mantenimiento de la relación laboral, la Ley de Relaciones de Trabajo de 1976 apoyaba la conservación del contrato de trabajo en cambios de titularidad del empresario al introducir disposiciones sobre la responsabilidad solidaria de los empresarios cedente y cesionario –artículo 18.2 y 18.3–. Además, incorporaba una regla sobre suspensión del contrato fundada en causas tecnológicas o económicas –artículo 18.1–¹⁴².

El Real Decreto-ley 18/1976, de 8 de octubre, sobre medidas económicas, introdujo la denominada flexibilidad en el empleo, texto cuyo objetivo era solventar la crisis económica y el desempleo, instrumento que va a ser utilizado –con mayor o menor grado de intensidad– por todos los gobiernos posteriores¹⁴³.

Este Real Decreto-ley modificó, en su artículo 9, al artículo 34.2 de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, quedando este regulado a partir de ahora de la siguiente forma: “*la valoración de las faltas y las correspondientes sanciones impuestas por la Dirección de la Empresa serán previamente revisables ante la Magistratura de Trabajo. La sanción de las faltas graves y muy graves requerirá comunicación escrita al trabajador, haciendo constar la fecha y los hechos que la motivan*”. Contenido del precepto que vino a derogar la necesidad del expediente disciplinario exigiéndose solo la carta de despido. Igualmente, el artículo 10 del Real Decreto-ley 18/1976, de 8 de octubre, sobre medidas económicas, suspendía “*desde la fecha de entrada en vigor del presente Real Decreto-ley y hasta el treinta de septiembre de mil novecientos setenta y siete*”, la aplicación del “*artículo 35 de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales*”, volviendo de nuevo a la figura del despido libre o despido sin causa indemnizado, resucitándose el incidente de no readmisión o readmisión irregular del trabajador: “*cuando el empresario no procediera a la readmisión o efectuada ésta no tuviera lugar en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, el magistrado de trabajo sustituirá la obligación de readmitir por el resarcimiento de perjuicios y declarará extinguida la relación laboral*”. Es así como el incidente de no readmisión queda anclado dentro de la propia práctica jurídica española, lo que no significa que sea un mecanismo eficiente: el coste del despido queda estipulado en relación con el despido disciplinario improcedente¹⁴⁴. Pero, además, este mismo artículo se atrevía a aminorar la indemnización del despido: la cantidad resultante en ningún caso puede “*ser inferior a dos meses de salario por año de servicio ni exceder de cinco anualidades*”, cuando de acuerdo con la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, la indemnización, en ningún caso podía ser “*inferior a seis meses de salario ni a dos mensualidades por año de servicio, sin que la*

¹⁴² MONTOYA MELGAR, A.: “Estabilidad en el empleo, globalización económica y «flexiseguridad»”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 92.

¹⁴³ MURCIA CLAVERÍA, A.: *El despido en España: una perspectiva histórica*, cit., p. 141.

¹⁴⁴ MALO OCAÑA, M. Á.: “La evolución institucional del despido en España: una interpretación en términos de un accidente histórico”, en *Revista de Historia Económica - Journal of Iberian and Latin American Economic History*, cit., p. 89.

cantidad resultante pueda exceder de doce anualidades” –sin tener en cuenta los supuestos especiales en los que se aumentaba la suma económica–¹⁴⁵.

En suma, la necesidad de introducir la citada flexibilidad terminó instaurando un sistema de contratación temporal no causal y con normas destinadas a facilitar y disminuir los costes del despido disciplinario declarado improcedente¹⁴⁶.

Por otro lado, fue el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, el instrumento jurídico que albergó la relación de las causas justas. En concreto, al inicio del capítulo II del título V, en el artículo 33 del texto precitado, se recogía que “*son causas justas para el despido, relacionadas con la conducta del trabajador, las siguientes: a) La faltas repetidas e injustificadas de puntualidad o de asistencia al trabajo. b) La indisciplina o desobediencia a los Reglamentos de trabajo dictados con arreglo a las leyes. c) Los malos tratamientos de palabra u obra o falta grave de respeto y consideración al empresario, a las personas de su familia que vivan con él, a sus representantes o a los jefes o compañeros de trabajo. d) El fraude, la deslealtad o el abuso de confianza en las gestiones confiadas. e) La disminución voluntaria y continuada del rendimiento normal de trabajo. f) Hacer negociaciones de comercio o de industria por cuenta propia o de otra persona sin autorización del empresario. g) La embriaguez, cuando sea habitual. h) La falta de aseo, siempre que sobre ello se hubiese llamado repetidamente la atención al trabajador y sea de tal índole que produzca queja justificada de los compañeros que realicen su trabajo en el mismo local que aquél. i) Cuando el trabajador origine frecuentemente riñas o pendencias injustificadas con sus compañeros de trabajo. j) La participación activa en huelga ilegal o en cualquier otra forma de alteración colectiva en el régimen normal de trabajo. k) La negativa, durante una huelga, a la prestación de los servicios necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas, mantenimiento de los locales, maquinaria, instalaciones, materias primas y cualquier otra atención que fuera precisa para la ulterior reanudación de las tareas de la empresa*”.

Al comparar el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, con la Ley de 26 de enero de 1944, observamos como el texto posterior en el tiempo instaura una más amplia correspondencia de causas justas de despido relacionadas con la conducta del trabajador, en las que además de incluir nueve de los diez supuestos que se recogía en la Ley de 1944 –al considerarse en el texto posterior la “*ineptitud*” como causa de despido objetivo y no disciplinario– añadía los apartados j) –“*participación activa en huelga ilegal o en cualquier otra forma de alteración colectiva*”– y k) –“*negativa, durante una huelga, a la prestación de los servicios necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas*”– como nuevas formas de causa justa de despido disciplinario.

En dicha comparación se aprecia la remoción de la causa de “*ineptitud*” a la ubicación contemplada en el capítulo III y que lleva por título el “*despido por circunstancias objetivas derivadas de la capacidad del trabajador o necesidades de funcionamiento de la empresa*”. Acción que estimamos íntegramente apropiada –posiblemente sea la única mención positiva de este nuevo texto¹⁴⁷– pues esta causa de extinción de la relación laboral –*ineptitud*– procede de algo externo que, a diferencia de las causas justas de despido disciplinario, es ajena y extraña a la voluntad del operario

¹⁴⁵ Artículo 35.4 de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales.

¹⁴⁶ MURCIA CLAVERÍA, A.: *El despido en España: una perspectiva histórica*, cit., p. 146.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 157.

que la realiza, ya sea por “*inhabilidad, falta de aptitud o capacidad*”¹⁴⁸, pero no por voluntad.

Téngase presente que la importancia del problema que se acaba de proyectar no solo radica en la dimensión conceptual sino que se propaga al aspecto práctico, dado que los efectos económicos del despido por circunstancias disciplinarias o del despido basado en circunstancias objetivas –ineptitud– son totalmente dispares. En la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 al despido por ineptitud incluido en las causas justas disciplinarias, una vez admitida su procedencia, no le correspondería al trabajador “*derecho a indemnización alguna*” cuando hubiera sido “*despedido por causas imputables al mismo*”; en el mejor de los casos, y tras probar que la ineptitud del trabajador no era originaria sino acontecida, el afectado tenía derecho a percibir “*los salarios correspondientes al plazo de preaviso normal establecido por las reglamentaciones de trabajo y, en su defecto, por la costumbre*” –artículo 81 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944–. Sin embargo, en el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, al insertar la ineptitud entre las causas objetivas, automáticamente opera el artículo 44 del texto, por lo que siendo este despido procedente, se “*producirá la extinción del contrato de trabajo, con obligación por parte del empresario de satisfacer al trabajador una indemnización de una semana de su salario por cada año de servicio o fracción de año. No obstante la procedencia del despido, el trabajador afectado se entenderá en situación de desempleo por causa a él no imputable*”. En cambio, el artículo 37 del mismo cuerpo legal, y en referencia al despido disciplinario, establecía que “*el despido procedente produce la extinción de la relación laboral, sin derecho por parte del trabajador de indemnización alguna*”. Por tanto, la desavenencia entre declarar la procedencia del despido por causas disciplinarias o por causas objetivas era considerable.

El Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, ampliaba las causas justas de despido disciplinario en dos apartados más, siendo ambos supuestos, apartado j) –“*participación activa en huelga ilegal o en cualquier otra forma de alteración colectiva*”– y apartado k) –“*negativa, durante una huelga, a la prestación de los servicios necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas*”–, innecesarios y redundantes por tener ambas causas perfecta cabida en el apartado b) –“*indisciplina o desobediencia a los Reglamentos de trabajo dictados con arreglo a las leyes*”–, o en su defecto, en el apartado a) –“*faltas repetidas e injustificadas de puntualidad o de asistencia al trabajo*”– del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo. Así lo ha entendido nuestro actual ET que, en su artículo 54, ha abolido ambos apartados de la regulación del despido disciplinario.

Continuando con el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, y volviendo a las consecuencias del despido sin justa causa, el artículo 37.2 estipuló que “*cuando el despido sea improcedente, el trabajador tendrá derecho a ser readmitido por el empresario en las mismas condiciones que regían antes de producirse aquél, así como al pago del salario dejado de percibir desde que se produjo el despido hasta que la readmisión tenga lugar*”, ratificando el apartado tres del precitado artículo, que si “*el empresario no procediera a la readmisión en debida forma, el magistrado de trabajo sustituirá la obligación de readmitir por el resarcimiento de perjuicios y declarará extinguida la relación laboral; en tal caso, la indemnización complementaria por*

¹⁴⁸ Según diccionario de la Real Academia Española (RAE).

salarios de tramitación alcanzará hasta la fecha de tal extinción”. Es obvio que esta norma daba un paso más en el camino que lleva a la desprotección del trabajador frente al despido¹⁴⁹. Esto conlleva un reforzamiento de los poderes empresariales en un escenario de fuerte conflictividad social que provocó consecuencias negativas en la lucha sindical¹⁵⁰.

Sobre la indemnización, el artículo 37.4 establecía que “*será fijada por el magistrado de trabajo, a su prudente arbitrio, teniendo en cuenta la antigüedad del trabajador en la empresa, condiciones del contrato de trabajo que se extingue, posibilidades de encontrar nueva colocación adecuada, dimensión y características de la empresa y circunstancias personales y familiares del trabajador, especialmente las de ser titular de familia numerosa, mayor de cuarenta años o minusválido. La cantidad resultante no podrá ser inferior a dos meses de salario por año de servicio, ni exceder de cinco anualidades*”. Por otro lado, el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, distinguía –a diferencia de la Ley de Relaciones Laborales– entre el despido calificado improcedente y el despido calificado nulo, careciendo tal distinción de importancia a efectos prácticos, ya que “*el despido nulo producirá los mismos efectos que el despido improcedente*”¹⁵¹.

En suma, el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, termina por suprimir el carácter provisional de las modificaciones que introdujo el Real Decreto-ley 18/1976, de 8 de octubre, sobre medidas económicas, para otorgarles –desgraciadamente– carácter definitivo. Por un lado, desaparecía la garantía formal del expediente disciplinario –incluso para trabajadores con cargo sindical¹⁵²–, siendo el único requisito formal el referido a la misiva resolutoria. Y, por otro lado, se relegaba la tutela real del puesto de trabajo al mantenerse y establecerse, definitivamente, el citado sistema de tutela obligatoria del Real Decreto-ley 18/1976, de 8 de octubre¹⁵³. Pero, además, la nueva regulación extendía, de manera incomprensible¹⁵⁴, la sanción de improcedencia al despido declarado nulo, produciendo los mismos efectos: lo que significaba que si así lo deseaba el empresario podría extinguir el contrato de trabajo, aun cuando se hubiera declarado nulo, simplemente indemnizando al empleado.

2.6 El Estatuto de los Trabajadores de 1980

El artículo 54 de la sección cuarta –extinción del contrato– de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, en referencia a la relación de causas del despido disciplinario, establecía que el “*contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador*”, considerando incumplimientos contractuales las siguientes causas: “*a) Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo. b) La indisciplina o desobediencia en el trabajo. c) Las ofensas verbales o físicas al*

¹⁴⁹ DE LA VILLA GIL, L. E. y PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: *Introducción a la economía del trabajo*, Madrid, Editorial Debate, 1977, p. 779.

¹⁵⁰ DURÁN LÓPEZ, F.: “El despido por circunstancias objetivas y la nueva ordenación del despido”, en *Revista de Política Social*, núm. 117, 1978, p. 78.

¹⁵¹ Apartado 3 del artículo 36 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo.

¹⁵² Artículo 34 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo.

¹⁵³ MURCIA CLAVERÍA, A.: *El despido en España: una perspectiva histórica*, cit., p. 151.

¹⁵⁴ RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.: “Regulación del despido, protección de la estabilidad y políticas de empleo en los países de la CEE y en España”, en AA. VV.: *Hacia un modelo democrático de relaciones laborales*, cit., p. 322.

empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos. d) La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo. e) La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado. f) La embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo”.

La doctrina jurídica de la época clasificaba las causas justas del despido disciplinario en consideración a las siguientes categorías: incumplimiento –faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo; disminución continuada y voluntaria en el rendimiento–; insubordinación –indisciplina o desobediencia; ofensas verbales o físicas–; infidelidad –transgresión de la buena fe contractual–; y mala conducta –embriaguez habitual o toxicomanía–. Si bien ha de apercibirse que ésta clasificación detentaba un valor relativo: todos los supuestos enumerados entrañaban incumplimiento contractual, pero alguno de ellos y dada su compleja naturaleza, era susceptible de introducirse en más de uno de los apartados mencionados.

Comparando la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, con la derogada normativa precedente al citado texto –Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo– corresponde realizar las siguientes matizaciones¹⁵⁵:

1. Se reducía el número de apartados ocasionadores del despido disciplinario, ya que en la legislación anterior¹⁵⁶, podíamos apreciar once causas justas de despido disciplinario, a diferencia del texto normativa posterior en el tiempo¹⁵⁷, en el que se recogían tan solo seis apartados.

2. Las causas de despido disciplinario abolidas en la normativa posterior –la concurrencia desleal; la falta de aseo; las riñas y pendencias; la participación activa en huelga ilegal; y la negativa durante huelga a la prestación de servicios necesarios– no entrañaba necesariamente que los apartados silenciados no pudieran ser invocados como justificativos de la máxima sanción disciplinaria que el empleador puede instaurar: los apartados no especificados en la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, continuaban siendo válidos al poder sumergirse en alguna de las causas de despido admitidas. La concurrencia desleal podía ser causa justa de despido disciplinario en la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, si constituía “*transgresión de la buena fe contractual*”, dado que lo realmente sancionable desde la Ley de fecha 21 de noviembre de 1931 hasta la actualidad, no es la ejecución de cualquier actividad profesional por cuenta propia o ajena sino aquélla que entrañase concurrencia desleal. Y así se advertía por parte de la doctrina¹⁵⁸, cuando apoyándose en los fines perseguidos por el legislador –*voluntas legislatoris*– y por la norma en su conjunto –*voluntas legis*– constreñía la prohibición a los supuestos que se descifrarán en concurrencia desleal. En efecto, así fue entendido por el Tribunal Supremo al establecer –refiriéndose a la ley de 1931– que “*el fundamento de la justa causa de despido relativa al hecho de hacer alguna negociación de comercio o de industria por cuenta propia, sin conocimiento o licencia expresa de patrono, no es otro que la sanción que la ley impone a aquellos actos de obrero que olvidando la lealtad y la buena fe con que debe prestar sus servicios al patrono, quebranta ese principio moral y social y realiza actos*

¹⁵⁵ CARRO IGELMO, A. J.: *El despido disciplinario*, cit., pp. 39 y ss.

¹⁵⁶ Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo.

¹⁵⁷ Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.

¹⁵⁸ Conforme Pérez Botija. Vid. CARRO IGELMO, A. J.: *El despido disciplinario*, cit., p. 40.

de comercio o industria que supongan ilícita competencia para el negocio a que se dedica su principal con el consiguiente perjuicio para éste”¹⁵⁹. Mayor apoyo desprende el artículo 21.1 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, cuando establecía que “no podrá efectuarse la prestación laboral de un trabajador para diversos empresarios cuando se estime concurrencia desleal” que de producirse se sancionaba con el apartado d) del artículo 54 del precitado texto –“transgresión de la buena fe contractual”–. Sobre las restantes causas abolidas en la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, y que se recogían en la legislación anterior –“falta de aseo”, las “riñas y pendencias”, la “participación en huelga ilegal” o la “negativa al mantenimiento de servicios mínimos”– dada la amplitud de la expresión, tenían perfecto destino en el apartado b) del artículo 54 referido a la “indisciplina o desobediencia en el trabajo” –y también en la buena fe contractual–.

3. En la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, se mantenía la modificación de la ineptitud del trabajador como causa de despido objetivo.

4. Las desavenencias existentes entre las causas de despido de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, y la legislación anterior, Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, son de carácter meramente formal y de transcripción. Las seis causas estipuladas en el texto de 1980, mantenían la tradición legislativa del texto de 1977, si bien podían contemplarse insignificantes transformaciones de definiciones de los términos empleados por el ET de 1980, sobresaliendo el aspecto gramatical y de composición, considerándose las modificaciones de mínimas. Tal era el caso de la expresión “ofensas verbales o físicas” en sustitución de “malos tratamientos de palabra o de obra”. En otros aspectos ha sido la jurisprudencia la que se ha encargado de restringir el alcance de la transgresión sancionable, como sucedía en la “embriaguez habitual”, pues la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, recogía expresamente que “repercuta negativamente en el trabajo”, pero con anterioridad a dicho texto normativo y para que dicha embriaguez fuera razón adecuada para sancionar al trabajador, nuestros tribunales exigían que repercutiese al servicio profesional contratado. En la causa sancionadora que nos encontramos examinando –“embriaguez habitual o toxicomanía”– la referencia a la toxicomanía no se englobaba en ninguno de los textos anteriores al ET de 1980. Ocurre que en la fecha de atribución de la embriaguez habitual como causa de despido¹⁶⁰, el problema de la toxicomanía era imperceptible en nuestro país, cuando menos a nivel de intranquilidad generalizada, y es en el año 1980, al redactarse el ET, cuando se considera indispensable la referencia a la toxicomanía.

5. Con el ET se asentó el sistema de cálculo de la indemnización tasada: desde las primeras regulaciones laborales se ha seguido un sistema indemnizatorio sustentado en los daños y perjuicios ocasionados al trabajador en función de circunstancias generales –antigüedad, nueva colocación, dimensión y características de la empresa, circunstancias personales y familiares, o la edad, entra otros elementos valorativos–. Desde el ET de 1980 se instala, definitivamente, el sistema indemnizatorio tasado que no pretende una *restitutio in integrum* sino una compensación económica que con carácter general indemnice el valor de la pérdida del puesto de trabajo¹⁶¹: en otros

¹⁵⁹ STS 15 de enero de 1941. *Ibidem*, p. 40.

¹⁶⁰ Como hemos mencionado anteriormente, en el año 1944.

¹⁶¹ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, cit., p. 76.

términos, no se pretende reparar íntegramente sino solo una cuantía fija en función de la antigüedad del trabajador en la empresa y del daño producido por el despido injusto¹⁶².

Por otro lado, a la entrada en vigor de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, la doctrina judicial se vio sumergida en una nueva disputa sobre la cuestión de si las causas justas de despido –instauradas en el artículo 54 del precitado texto– respondían a un carácter enunciativo o, por el contrario, taxativo. La doctrina judicial mayoritaria de la época –actualmente la tesis considerada como mayoritaria es justamente la contraria– argumentó que los incumplimientos graves y culpables del trabajador contenidos en el artículo 54 ET de 1980 era una enumeración taxativa y cerrada. Y tal conclusión se fundamentaba en virtud de las siguientes consideraciones¹⁶³: en primer lugar, por la interpretación literal del propio texto legal, en concreto del artículo 54 ET de 1980 que estipulaba que “*el contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador*”, estableciendo a continuación –apartado dos del precitado artículo– una serie de incumplimientos contractuales expresos. Incumplimientos laborales que fueron congregados en 6 supuestos, preservando la posición de que éstos apartados eran los únicos que podían esgrimirse para fundamentar y justificar el despido. En segundo lugar, se estimaba que era posible llegar a la misma conclusión con el estudio de las causas de extinción del contrato por voluntad del trabajador reguladas en el artículo 50 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, y en las que después de citar las dos causas materiales, establecía un párrafo c) que consideraba, con tal carácter, “*cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor*”. Enunciado abierto que pudo haberse utilizado al especificarse las causas de despido disciplinario –artículo 54– si la verdadera intención del legislador hubiera sido que la relación transcrita tuviera el carácter de *numerus apertus*. En tercer lugar, existe una tercera razón que antaño era fundamental: el carácter tuitivo de protección de los sujetos económicamente débiles que operaban en el Derecho del Trabajo. En efecto, en épocas anteriores, ampliar los supuestos de incumplimiento grave y culpable, admitiendo otras causas de despido disciplinario distintas de las señaladas por la ley, conllevaría una posición manifiestamente discrepante con la naturaleza de una relación que, como la laboral, establece la forma general de satisfacer las necesidades propias y de la familia. No obstante, esbozar hoy día un debate acerca de las causas enunciadas del artículo 54.2 del vigente ET carece de importancia, ya que, desde un punto de vista práctico, la lista de este precepto sirve como conducto orientativo con el que analizar la gravedad de la desobediencia cometida por el trabajador.

La Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, en lo concerniente a la conservación de la relación laboral, mantuvo ese interés hacia la estabilidad y permanencia en el empleo, admitiendo numerosas causas de suspensión e interrupción contractual compatibles con la supervivencia y el mantenimiento del contrato, con independencia de la transmisión de la empresa o de las modificaciones que

¹⁶² MONTOYA MELGAR, A.: “El despido improcedente y sus efectos”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, Madrid, ACARL, 1992, p. 52.

¹⁶³ CARRO IGELMO, A. J.: *El despido disciplinario*, cit., pp. 24 y 25.

podrían afectar al mismo: se convierte así el principio de estabilidad en el empleo en un factor tradicional y arcaico constitutivo de nuestro sistema jurídico laboral¹⁶⁴.

En suma, habiendo partido de un sistema de extinción decimonónico sustentado en la libre rescisión de la relación laboral, en la actualidad nos encontramos en un sistema de despido causal, cuya consecuencia más importante por su incumplimiento – por no sustentar el despido en una justa causa– es la indemnización tasada, lo que provoca la monetización o mercantilización de la ruptura sin causa del contrato de trabajo¹⁶⁵. No obstante, el marco temporal tan extenso desde las codificaciones hasta la actual regulación del despido puede describirse con la silueta de una parábola: la parábola ha ido ascendiendo con normas jurídicas protectoras en beneficio del trabajador alcanzando su punto máximo con la Ley de Relaciones Laborales de 1976; desde ese instante, la parábola ha descendido sin contención alguna¹⁶⁶. Descenso que cada vez se hace más pronunciado¹⁶⁷.

Las observaciones anteriores corroboran nuestra afirmación de que el tema es complejo y vivamente controvertido. Ahora bien, es incuestionable que en todas las leyes existentes hasta el momento, siempre ha permanecido inalterada la facultad reconocida al empresario de dar por finalizado el contrato de trabajo ante la presencia de acciones u omisiones del empleado incompatibles con la continuidad de la relación laboral¹⁶⁸.

3. Nociones del despido disciplinario

3.1 El despido disciplinario: aproximación al desistimiento y a la resolución

La edificación doctrinal del despido como modo de finalización de la relación jurídica se ubica entre dos polos de atracción¹⁶⁹. Para un sector de la doctrina el despido es un desistimiento; para otro es una resolución¹⁷⁰. El debate –que se obstaculiza por no encontrarse bien delimitados esos fundamentos en la doctrina civil– se plasma en torno a dos variantes: la causalidad del despido y la eficacia extintiva del acto empresarial¹⁷¹.

¹⁶⁴ MONTOYA MELGAR, A.: “Estabilidad en el empleo, globalización económica y «flexiseguridad»”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al*: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., pp. 97 y 98.

¹⁶⁵ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Itinerarios circulares del Derecho del Trabajo: del despido libre al despido indemnizado”, en *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, cit., p. 129.

¹⁶⁶ DURÁN LÓPEZ, F.: “El despido objetivo: causas, forma y efectos (arts. 52 y 53)”, en *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 100, 2, 2000, pp. 1090 y ss.

¹⁶⁷ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, cit., p. 31.

¹⁶⁸ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: *La causalidad del despido disciplinario*, cit., p. 59.

¹⁶⁹ MARTÍN VALVERDE, A.: “El efecto extintivo del acto del despido disciplinario”, en GÁRATE CASTRO, J. (Coord.) *et al*: *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario: estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor “honoris causa” por la Universidad de Santiago de Compostela*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1997, pp. 18 y ss.

¹⁷⁰ *Vid.* al respecto GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, cit., p. 31.

¹⁷¹ GIL Y GIL, J. L.: “La noción del despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al*: *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 72.

Parte de la doctrina sostiene que el despido no constituye un proceso de resolución sino de desistimiento en la medida en que el empresario finaliza la relación jurídica, concurra o no una causa de justificación, por medio de un acto unilateral y extrajudicial con consecuencias *ex nunc*¹⁷². Por desistimiento *ad nutum* del contrato, puede comprenderse el derecho potestativo ejercitado de forma extrajudicial por una o ambas partes, sin argumentación de causa y cuya consecuencia es la extinción del contrato con efectividad inmediata *–ex nunc–*¹⁷³. Entonces, el desistimiento implica reconocer a una de las partes del contrato de trabajo poder suficiente para desligarse del vínculo contractual que los une: es una excepción que actúa contra el principio de conservación del contrato y de la irrevocabilidad y estabilidad del trabajo¹⁷⁴.

En efecto, el desistimiento se realiza mediante una declaración autónoma de voluntad, de carácter recepticio, cuya eficacia es proyectada desde el momento en que la declaración llega al destinatario. Por regla general, la declaración no se encuentra sometida a ningún requisito formal: simplemente, el desistimiento ha de proyectarse de buena fe. Según los casos puede exigirse un plazo de preaviso o el mantenimiento de la relación durante un tiempo razonable con objeto de facilitar a la otra parte para que adopte las medidas necesarias con las que reparar la situación que le ocasiona la extinción del vínculo obligatorio y, sobre todo, para contrarrestar los perjuicios que se puedan derivar¹⁷⁵. Pero la violación de la buena fe no impide la desaparición de la relación jurídica sino que se traduce en un deber de compensación de daños por el tiempo de previo aviso no respetado. Para que el despido pueda sopesarse como un acto de desistimiento, el empresario ha de detentar libertad de despedir: en ese caso, el empleador no tiene que justificar la presencia de causa razonable. La ley o los tribunales pueden exigir la consideración de unos plazos de preaviso o el pago de ciertas indemnizaciones de despido asociadas a la antigüedad; pero el despido posee, irrefutablemente, efectos extintivos de la relación jurídica. No siendo precisa la acreditación de una razón o causa, el control del juez se limita al hecho de evitar y sancionar el abuso en el ejercicio de la facultad extintiva. Esa manera de entender el despido es propia de una percepción liberal de las relaciones laborales.

En la evolución del Derecho del Trabajo la protección contra el despido se traslada a la existencia de una causa justa que sea capaz de producir la ruptura de la relación laboral, vinculada con la conducta o la capacidad del trabajador o con las necesidades del funcionamiento de la empresa¹⁷⁶. En el derecho español, el régimen jurídico del despido es el resultado de una evolución en el que la ley ha acotado de forma gradual el despido *ad nutum*¹⁷⁷. El despido es ahora un instituto causal: el

¹⁷² ORTÍZ LALLANA, M^a. C.: *La ejecución de sentencias de despido*, Madrid, ACARL, 1995, p. 70.

¹⁷³ KLEIN, M.: *El desistimiento unilateral del contrato*, Madrid, Civitas, 1997, p. 375. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del derecho civil patrimonial, II, Las relaciones obligatorias*, Madrid, Civitas, 1993, pp. 892 y ss.

¹⁷⁴ RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Derecho, trabajo y despido”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 1997, p. 5.

¹⁷⁵ GIL Y GIL, J. L.: “La noción del despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 73.

¹⁷⁶ Cfr. artículo 4 y ss. del Convenio número 158 de la OIT, sobre terminación de la relación de trabajo; el artículo 30 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; y la STC 22/1981, de 2 de julio [RTC 1981, 22], STC 103/1990, de 4 de junio [RTC 1990, 103] y STC 192/2003, de 27 de octubre [RTC 2003, 192].

¹⁷⁷ DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Sistema de derecho civil, Volumen I (Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica)*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 74.

empresario sólo puede despedir por las causas que contempla la ley. Por tanto, no parece que la matriz del desistimiento sirva para calificar dogmáticamente al despido¹⁷⁸. Pero para mantener la consideración del despido como desistimiento se ha intentado relativizar la existencia del requisito de la causa: se defiende –a nuestro parecer de manera muy forzada– que el empresario puede extinguir el vínculo aún faltando ésta. En otras palabras, la calificación del despido como desistimiento se argumenta en la función liberatoria del despido, en la hipótesis de que si la decisión del empleador carece de causa, al final la extinción del contrato se traduce en el pago de una indemnización –lo que a nuestro juicio, ya no se consideraría desistimiento pues existe una penalización económica por extinguir la relación laboral–. El empresario resuelve el contrato de forma unilateral liberándose del vínculo jurídico a través del pago de una indemnización, por más que no exista causa que justifique la decisión extintiva. Conforme esta argumentación, la decisión del empresario extingue *ex nunc* la relación jurídica mientras que la resolución ha de tener necesariamente un carácter judicial y –en general– retroactivo¹⁷⁹.

Sin embargo, en nuestro derecho no resulta convincente la calificación del despido como desistimiento¹⁸⁰: el despido requiere la concurrencia de una causa mientras que en el desistimiento entendemos que se extingue la relación jurídica *ad nutum* –decisión tomada de manera inmediata con base en un poder absoluto y discrecional–. Además, la resolución no tiene por qué ser obligatoriamente judicial y de efectos *ex tunc*. Nada impide apreciar que el despido sea una resolución por incumplimiento y sustentar el efecto extintivo *ex nunc* de la decisión empresarial¹⁸¹.

Diversos autores han considerado que el despido disciplinario constituye un caso de resolución por incumplimiento¹⁸². Bajo este criterio, el despido disciplinario puede ser definido como la ruptura del contrato de trabajo por decisión unilateral del empresario fundada en un incumplimiento previo del trabajador¹⁸³. Puede concebirse al despido como un instituto causal, más en concreto al disciplinario, dado que la causa que argumenta la extinción de la relación laboral es el incumplimiento previo por parte del trabajador. No obstante, no debemos de olvidarnos que el incumplimiento, por sí solo, no extingue el contrato¹⁸⁴. Si se quiere que el incumplimiento produzca efectos extintivos jurídicos el empresario no ha de tolerarlo sino ejercitar la facultad de resolver el contrato.

¹⁷⁸ GIL Y GIL, J. L.: “La noción del despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al*: *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 74.

¹⁷⁹ MARTÍN VALVERDE, A.: “El efecto extintivo del acto del despido disciplinario”, en GÁRATE CASTRO, J. (Coord.) *et al*: *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario: estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor “honoris causa” por la Universidad de Santiago de Compostela*, cit., pp. 20 y ss.

¹⁸⁰ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, cit., p. 30.

¹⁸¹ GIL Y GIL, J. L.: “La noción del despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al*: *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 76.

¹⁸² Entre ellos, ALONSO OLEA, M.: *El despido*, cit., pp. 107 y ss. ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M^a. E.: *Derecho del Trabajo*, Madrid, Civitas, 2003, pp. 21 y ss. SAGARDOY BENGOCHEA, J. A.: *El despido laboral y los expedientes de crisis*, Bilbao, Deusto, 1969, p. 463. SAGARDOY BENGOCHEA, J. A., DEL VALLE VILLAR, J. M. y GIL Y GIL, J. L.: *Prontuario de Derecho del Trabajo*, Madrid, Civitas, 2003, p. 485.

¹⁸³ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M^a. E.: *Derecho del Trabajo*, cit., p. 463.

¹⁸⁴ ALONSO OLEA, M.: *El despido*, cit., p. 149.

Conforme el artículo 1124 del Código Civil la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas para el caso de que uno de los contratantes no cumpla lo que le incumbe. El precepto otorga al contratante cumplidor la facultad de poner fin a la relación jurídica que le une con la parte incumplidora. Precisamente, la resolución constituye un efecto de la aplicación de normas de derecho objetivo con independencia de la real o hipotética voluntad de los interesados. La producción del supuesto de hecho que da lugar a la extinción de la resolución laboral genera, para la parte afectada por el incumplimiento, el nacimiento de una facultad resolutoria apreciada como un derecho potestativo o de configuración jurídica. En el artículo 1124 del Código Civil perdura la idea de que la ruptura de la relación laboral ha de hacerse, obligatoriamente, por medios judiciales, por lo que será el tribunal el que proceda a dictaminar sobre tal extinción laboral¹⁸⁵: “*el Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo*”¹⁸⁶.

De acuerdo con lo expuesto, el despido disciplinario se aproxima a la figura jurídica de la resolución –modalidad de ineficacia del contrato producida por el incumplimiento de alguna de las partes– más que al desistimiento –fundamentado en la soberana voluntad de uno de los contratantes que no desea continuar con el desarrollo del vínculo negocial–¹⁸⁷. Pero no son conceptos jurídicos equivalentes: “*deben distinguirse los conceptos de resolución y desistimiento. La resolución, que es una modalidad de ineficacia del contrato por causa sobrevenida con posterioridad a su perfección, se produce cuando alguna de las partes incumple sus obligaciones, incurriendo así bien en las causas resoluciones previstas contractualmente, bien en la implícita de todo negocio jurídico sinalagmático conforme al artículo 1124 del Código Civil. Es decir, la resolución del contrato siempre es causal: yo he cumplido o estoy en disposición de cumplir con mis obligaciones, y la otra parte se niega a cumplir las suyas. El desistimiento, que constituye una excepción al régimen general de los contratos, no tiene carácter causal. Se fundamenta exclusivamente en la soberana voluntad de uno de los contratantes, que no desea continuar con el desarrollo del vínculo negocial*”¹⁸⁸.

La desigualdad que caracteriza a las partes del contrato de trabajo –considerado de tracto sucesivo– pretende apartar al trabajador de los esquemas del Derecho Civil en materia de extinción de las obligaciones. En el Derecho del Trabajo juega el principio de conservación del negocio jurídico. Frente a la amplia facultad civil de resolver las obligaciones –artículo 1124 del Código Civil– el despido se encuentra configurado en nuestro ordenamiento jurídico de forma que favorezca la conservación del contrato de trabajo más que a favor de la ruptura de éste –aun cuando el empresario no debe acudir al juez para dar por finalizada la relación laboral y la decisión empresarial produzca efectos extintivos inmediatos–¹⁸⁹. No obstante, en virtud de las últimas reformas

¹⁸⁵ Sobre las diferencias sustanciales entre el despido y la resolución judicial del código civil, *vid.* MURCIA CLAVERÍA, A.: *El despido en España: una perspectiva histórica*, cit., pp. 6 y ss.

¹⁸⁶ Artículo 1124 del Código Civil.

¹⁸⁷ Sobre las diferencias sustanciales entre desistimiento y resolución judicial, *vid.* GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, cit., pp. 38 y ss.

¹⁸⁸ AP Coruña 25 de febrero de 2011 [JUR 2011, 157437].

¹⁸⁹ PÉREZ-BENEYTO ABAD, J. J.: “Despido improcedente: supuestos y efectos. Especial referencia a los salarios de tramitación”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al.*: *El despido. Análisis y aplicación práctica*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 233.

laborales, hay quién se atreve a afirmar que –en realidad– la única diferencia existente entre el Código Civil y el ET es la cuantía de la indemnización¹⁹⁰.

El despido disciplinario parece acomodarse más al prototipo de la resolución: es el empresario el que achaca el incumplimiento contractual al propio trabajador ejercitando una facultad consustancial a toda relación jurídica de naturaleza recíproca. Ahora bien, el despido disciplinario presenta particularidades en la resolución por incumplimiento, dado que la ley exige que el quebrantamiento del trabajador concentre las notas de gravedad y culpabilidad, propias del derecho sancionador, pero no necesariamente de la resolución por incumplimiento. En primer lugar, para que sea factible la resolución del contrato, el incumplimiento o desobediencia no tiene por qué ser culpable, ya que ésta se ejercita como medio de protección y de defensa del interés lesionado, no como una sanción a consecuencia de un ilícito¹⁹¹. La resolución no apoya su argumento jurídico en la idea de sanción, ni se conforma como una acción que se impone a la parte incumplidora. Pero para que el incumplimiento pueda alcanzar la resolución contractual no es necesario que el incumplidor sea considerado por la ley como sujeto causante del ilícito. La protección del contratante que soporta el incumplimiento a través de la resolución no va necesariamente combinada a las ideas de sanción y de culpabilidad –a diferencia del despido disciplinario–. En segundo lugar, el incumplimiento tampoco ha de ser grave –como en el despido–, en todo caso, el incumplimiento posibilita la resolución. Cuando localicemos un incumplimiento simplemente parcial o una deficiencia de exigua entidad y fácilmente subsanable, no debe darse la resolución del contrato dado que en este supuesto, el desarrollo de la facultad resolutoria se exteriorizaría como contrario a las exigencias de la buena fe instituyendo un abuso del ejercicio de ese derecho¹⁹².

En efecto, es inviable sustentar la compatibilidad entre el despido disciplinario y la resolución por incumplimiento del contrato de trabajo. Ambos institutos son equivalentes desde el punto de la funcionalidad al producir los mismos efectos: la extinción del vínculo jurídico y la actuación como corrección contra el incumplimiento de la otra parte. Sin embargo, no siempre coincide la estructura de ambos instrumentos jurídicos. Cuando la resolución por incumplimiento no se produce mediante una declaración extrajudicial del damnificado, la misma es un remedio judicial de extinción; por el contrario, el despido es siempre un remedio extrajudicial. En la resolución contractual la consecuencia extintiva se produce mediante la sentencia constitutiva siendo el incumplimiento el elemento de hecho que fundamenta y ampara la pretensión; por el contrario, en el despido, el incumplimiento constituye el presupuesto de validez o legitimación del acto de ejercicio del poder. En el primer caso, se requiere de una sentencia para resolver el contrato, mientras que en el segundo, la sentencia constitutiva es necesaria para anular el acto que ha resuelto el contrato y reconstruir el vínculo jurídico. Esta afirmación sirve para distinguir, desde un punto de vista estructural, los remedios resolutorios *ope iudicis* –judiciales– de aquellos otros extrajudiciales y potestativos, pero sin que se diluya la equivalencia práctica entre ambas figuras, ni

¹⁹⁰ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, cit., p. 38.

¹⁹¹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del derecho civil patrimonial, II, Las relaciones obligatorias*, cit., pp. 704 y 705.

¹⁹² GIL Y GIL, J. L.: “La noción del despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 78.

prescindiendo de la idea de que ambos instrumentos permiten llegar al mismo resultado práctico¹⁹³.

Nuestro sistema jurídico del despido utiliza elementos afines al desistimiento y a la resolución. El resultado es un confuso mecanismo de extinción del contrato de trabajo donde termina primando la autónoma voluntad del empresario –característica próxima al desistimiento– a cambio de un precio. ¿Y qué ocurre con el principio de causalidad? La causalidad en el despido ha perdido su fundamentación, al menos, en la extinción improcedente: es el empresario quién decide entre readmitir al trabajador o extinguir su vínculo laboral. No obstante, nuestro ordenamiento jurídico admite la posibilidad de que incluso en el despido nulo, el empresario termine por no readmitir al trabajador, resolviéndose el contrato de trabajo: no obstante, el vínculo laboral en el despido nulo no es extinguido en última instancia por el empleador sino por el operador jurídico –característica propia de la resolución–.

En efecto, una declaración extrajudicial del empresario, apoyada en un incumplimiento contractual del trabajador, y que pone fin al vínculo jurídico, no puede ser más que un despido disciplinario. Si dicha declaración pudiera estimarse como ejercicio extrajudicial de la resolución por incumplimiento que regula el artículo 1124 del Código Civil, se vendría abajo el entero régimen jurídico de protección contra el despido: ese negocio jurídico podría realizarse sin respetar forma alguna, ni tampoco los procedimientos legales o convencionales precedentes a la imposición del despido.

3.2 El despido disciplinario como exteriorización del poder empresarial

El fin elemental del Derecho del Trabajo es lograr el respeto de la dignidad y personalidad del trabajador en todos los ámbitos donde se desarrolla garantizando su tratamiento como ser humano. La dignidad no puede cuestionarse por la subordinación jurídico-organizativa del trabajador, ni tampoco por las exigencias de la producción y del mercado. La dignidad como derecho pertenece a la esfera de lo no mercantizable, y como tal, se somete a la propia garantía del trabajo decente¹⁹⁴. La dignidad humana queda reconocida expresamente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos cuando, en su artículo 1, establece que *“todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”*. Asimismo, la propia Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea dedica a la dignidad todo el título I. En su artículo 1 se indica que *“la dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida”*. Es evidente que la dignidad constituye, no sólo un derecho fundamental, sino la base misma de los derechos fundamentales. Por otra parte, de acuerdo con el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea¹⁹⁵, *“la Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”*. El respeto a la dignidad de la persona humana y al libre desarrollo de su personalidad ha de quedar garantizado omnicomprendivamente en todos los ámbitos donde se despliegue la acción humana,

¹⁹³ *Ibidem*, p. 80.

¹⁹⁴ Que por definición es un trabajo digno del hombre.

¹⁹⁵ Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992, firmado en Maastricht.

incluida la relación de trabajo. Igualmente, el artículo 26 de la Carta Social Europea, revisada en 1996, es particularmente expresivo al respecto¹⁹⁶.

El trabajo consiste en un orden socio-económico dónde las relaciones entre empresario y empleado se formalizan en un tipo contractual que permite, en la práctica, la utilización productiva del empleado a cambio de una compensación económica. De esta manera, el trabajo –en la forma dominante y generalizada de la edad moderna– es percibido como empleo u ocupación, en el sentido de relación jurídico-patrimonial de intercambio mercantil: trabajo profesional prestado para otro sujeto en el marco de una organización productiva de titularidad ajena¹⁹⁷. Se puede decir que son dos las corrientes de inserción del trabajador en la empresa¹⁹⁸: a) La teoría de la inserción en base a la cual se considera suficiente que el trabajador entre a formar parte de la organización de la empresa al nacer una relación de trabajo o de ocupación debiendo poner el empleado su fuerza de trabajo a disposición del empresario¹⁹⁹; b) La teoría del contrato sustentado en el acuerdo de voluntad de las partes y sobre la obligación del empleado de prestar el trabajo al empresario²⁰⁰. En definitiva, la particularidad de la inserción del trabajador en la empresa descende de la propia configuración que el legislador le ha dado al contrato de trabajo.

Pero la subordinación jurídico-organizativa del empleado en el marco de la organización productiva no debe suponer la mercantilización o la privación de su consideración como sujeto libre. Tampoco ha de permitir el desconocimiento de los aspectos que permiten el libre desarrollo de su personalidad. La dignidad es un límite a la obligación de subordinación y del ejercicio de los poderes directivos y organizativos del empleador en el lugar de trabajo. La inviolabilidad de la persona humana exige la garantía jurídica de respeto y protección adecuada en el marco específico de la relación jurídica. El valor de la dignidad del empleado comporta que actúe con libre determinación como miembro de una empresa pluralista organizada productivamente para su crecimiento y desarrollo en el mercado²⁰¹. En ningún caso puede suponer privación de libertad y dignidad del ser humano, impidiendo que la relación de dominio del empresario se convierta en una pura instrumentalización autoritaria de la persona. De lo contrario, se estaría aceptando la violación del principio de dignidad humana que no ha de quedar subordinada a los poderes externos del empleador o del mercado por ser un derecho intangible e infranqueable de la persona²⁰².

¹⁹⁶ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Condiciones de trabajo justas y equitativas (art. 31)”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir. y coord.) y MONEREO ATIENZA, C. (Dir. y coord.) *et al: La Europa de los derechos: estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, cit., p. 765.

¹⁹⁷ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Libertad profesional y derecho a trabajar (art. 15)”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir. y coord.) y MONEREO ATIENZA, C. (Dir. y coord.) *et al: La Europa de los derechos: estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, cit., p. 335.

¹⁹⁸ LEGA, C.: *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., p. 109.

¹⁹⁹ Teoría derivada de la doctrina alemana.

²⁰⁰ Teoría derivada de la doctrina italiana.

²⁰¹ Sin perjuicio de la obligación de cumplir con sus obligaciones de prestación profesional.

²⁰² MONEREO PÉREZ, J. L.: “Condiciones de trabajo justas y equitativas (art. 31)”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir. y coord.) y MONEREO ATIENZA, C. (Dir. y coord.) *et al: La Europa de los derechos: estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, cit., p. 766.

Es así, que el despido y su régimen jurídico se encuentra construido para abordar, necesariamente, variadas funciones. En primer lugar, debe disuadir del ejercicio arbitrario de poder por parte del empresario²⁰³, que se refleja en el carácter causal de la finalización de la relación laboral y la previsión del posible control judicial de las causas, así como la sanción frente al despido no legítimo –con sus efectos disuasorios–. En segundo término, la regulación del despido debe establecer la reparación del daño producido por la finalización del contrato: la respuesta jurídica se reduce al resarcimiento por la pérdida de empleo, lo que deriva en técnicas reparadoras consistentes en la readmisión forzosa o indemnización económica sustitutiva²⁰⁴. Igualmente el daño producido a consecuencia del despido se termina por socializar vía prestaciones –por desempleo– previstas en el sistema de Seguridad Social. En tercer lugar, la ordenación jurídica de la extinción contractual del trabajador debe profesar una rápida y eficiente función de ajuste de las plantillas ante los cambios de las coyunturas económicas. Sobre las funciones citadas se construye el régimen jurídico del despido, sustentado en el principio de causalidad –*ex* artículo 35.1 CE– que permite distinguir entre un régimen común vinculado al incumplimiento contractual –centrado en el despido disciplinario– y un despido por necesidades empresariales –que, a su vez, nos permite diferenciar entre despidos colectivos y despidos objetivos individuales– todos ellos con posibilidad de posterior control judicial²⁰⁵.

En los términos del artículo 58.1 ET, los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de las empresas en virtud de incumplimientos laborales. En efecto, el despido disciplinario se traslada a una exteriorización del poder disciplinario en cuanto que el artículo 54 ET lo define como decisión extintiva establecida por el empresario basada en un incumplimiento contractual, grave y culpable, del trabajador²⁰⁶. Este precepto –artículo 58 ET– se encarga de regular el poder disciplinario empresarial que permite al empresario –o a la dirección de las empresas– imponer sanciones a los trabajadores que hayan cometido algún incumplimiento contractual. La facultad de sancionar al empleado deriva del poder de dirección del empresario, convirtiéndose en un instrumento de autotutela privada con el que hacer efectivo el deber de obediencia del trabajador a las órdenes e instrucciones empresariales, de acuerdo con el artículo 5.c) ET. Este poder disciplinario se erige en componente necesario de la posición jurídica del empleador como sujeto acreedor de la relación laboral y de las facultades directivas que terminan desarrollándose dentro de la propia organización laboral jerárquicamente estructurada; igualmente, permite la corrección de aquellos comportamientos reprochables que han incurrido en una falta previamente tipificada, imponiendo el empresario una determinada sanción con función aflictiva, intimidatoria²⁰⁷ y de prevención²⁰⁸.

²⁰³ Cometido que queda vinculado a la finalidad compensadora del ordenamiento laboral.

²⁰⁴ Reparación económica mucho más generalizada en la práctica, lo que ocasiona poco efecto disuasorio.

²⁰⁵ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “Extinción contractual en las diversas modalidades de contratación objeto de la reforma laboral”, en MONEREO PÉREZ, J. L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (Dir. y Coords.) *et al.*: *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, Granada, Comares, 2011, p. 144.

²⁰⁶ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al.*: *Extinción del contrato de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 889.

²⁰⁷ LEGA, C.: *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., p. 181.

²⁰⁸ RIVERO LAMAS, J. y GARCIA BLASCO, J.: “Artículo 58. Faltas y sanciones de los trabajadores”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al.*: *El nuevo Estatuto de los*

La función del poder disciplinario supone, a su vez, la separación del modelo clásico de responsabilidad frente a los incumplimientos contractuales sustentados en el principio de resarcimiento del daño del artículo 1101 del Código Civil, técnica de protección totalmente complementaria del ejercicio de poder disciplinario de la relación laboral. Facultad de despedir o facultad disciplinaria caracterizada por la discrecionalidad que a su vez comporta las siguientes consecuencias: queda a elección del empresario la potestad de sancionar al trabajador o de no hacerlo; si decide sancionar al trabajador deberá seleccionar entre las sanciones pertinentes en atención al grado de la falta cometida; igualmente, el empresario ha de ser consciente de que la facultad de sancionar se incluye entre las decisiones empresariales limitadas por el principio constitucional de igualdad²⁰⁹.

Sanción disciplinaria que se caracteriza en el Derecho del Trabajo por la indeterminación –como discrecionalidad del empresario en el ejercicio del poder disciplinario–, por la existencia de la relación laboral –de lo contrario no podría existir sanción disciplinario–, por la inmediatez y por la no acumulación de más sanciones por el mismo hecho²¹⁰.

Es obvio que el despido disciplinario constituye la máxima manifestación del poder empresarial. Tradicionalmente el despido disciplinario se ha analizado junto a las demás sanciones disciplinarias²¹¹. Sin embargo, no debemos de hacer oídos sordos a las críticas de algunos autores que han vuelto a remarcar la necesidad de reconocer el despido como un poder²¹². Que el despido disciplinario suponga, también, el ejercicio de un poder, permite comprender algunos de los rasgos del régimen legal como el requerimiento de que el incumplimiento sea grave y culpable, la aplicación del principio de proporcionalidad –como limitación de la arbitrariedad²¹³–, el establecimiento de plazos de prescripción para las faltas laborales o que el empresario no pueda renunciar *ex ante* –antes del suceso– a la facultad de despedir²¹⁴.

Esta forma de comprender el despido disciplinario nos permite vincularlo con el principio constitucional de la libertad de empresa. En efecto, el contenido de las normas laborales se encuentra condicionado por la garantía constitucional de los derechos de propiedad –artículo 33 CE– y de libertad de empresa –artículo 38 CE–²¹⁵. La libertad de empresa, como derecho constitucional, vincula al legislador laboral tanto positiva como negativamente. En la medida en que los derechos constitucionalmente reconocidos al trabajador –como el derecho al trabajo del artículo 35.1 CE– pueden colisionar con el

Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, cit., p. 844.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 845.

²¹⁰ LEGA, C.: *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., p. 188.

²¹¹ ALONSO OLEA, M.: *El despido*, cit., pp. 106 y 107.

²¹² Entre ellos, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “El régimen jurídico del despido y el Real Decreto de 22 de julio de 1928”, en *Revista de Política Social*, cit., pp. 23 y ss.

²¹³ *Vid.* SASTRE IBARRECHE, R.: “Artículo 54. Despido disciplinario”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al: El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 763.

²¹⁴ GIL Y GIL, J. L.: “La noción del despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 82.

²¹⁵ ALARCÓN CARACUEL, M. R.: “Estado social y Derecho del Trabajo”, en ALARCÓN CARACUEL, M. R. (Coord.) *et al: Constitución y Derecho del Trabajo, 1981-1991: (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, Madrid, Marcial Pons, 1992, p. 11.

principio de la libertad de empresa –artículo 38 CE–, el legislador ha de intentar lograr una concomitancia práctica entre los diversos intereses que se recogen. Si la protección contra el despido ilegítimo puede desprenderse del derecho al trabajo, los poderes empresariales encuentran –también– su fundamento en el principio constitucional de la libertad de empresa. Por tanto, corresponde a la ley armonizar y pacificar ambos derechos. Según las opciones de política legislativa el régimen jurídico del despido varía: las causas de despido pueden conformarse de forma más amplia o estricta; los requisitos procedimentales y formales pueden ser más o menos severos; las indemnizaciones pueden ser más o menos cuantiosas; o pueden existir o no salarios de tramitación. La Constitución Española sólo veta aquellas regulaciones que desatiendan de forma palmaria a la libertad de empresa o el derecho al trabajo²¹⁶. En suma, estos poderes privados se reconocen al titular de la empresa en concordancia con la propia Constitución Española como facultades para el ejercicio de la función empresarial en clave de libertad y no solo como el reflejo de un estricto poder ejercitable sobre el empleado²¹⁷.

Hay que tener en cuenta que mientras que en el Derecho Público el ejercicio del poder está más fuertemente delimitado a fines públicos y a la compleja organización administrativa; en el derecho privado, en cambio, el fin asume una importancia mayor por los intereses privados y la subyacente organización de elementos variados predisuestos para la consecución de aquellos fines²¹⁸.

El ejercicio del despido disciplinario se adapta a la configuración de los actos de autotutela privada: mediante un negocio jurídico unilateral y extrajudicial, de carácter recepticio, el empleador resuelve la relación jurídica que le une con el trabajador²¹⁹. El empresario goza de un poder concreto para oponerse a los incumplimientos o desobediencias en los que incurra el trabajador. Desde un punto de vista técnico, la ejecución del despido disciplinario establece un derecho potestativo, siempre y cuando, lo interpretemos como el ejercicio que posibilita a una persona a establecer una relación jurídica con otra, o a describirla taxativamente en su contenido, modificarla o extinguirla, mediante un acto constitutivo unilateral, que es, por lo común, una declaración de voluntad²²⁰. El despido disciplinario resuelve la relación de trabajo de forma individual sin que deba interponerse el consentimiento del trabajador. Es un poder identificado expresamente en la ley –artículo 54 ET–. La calificación del despido disciplinario como acto de autotutela privada establece la vigencia del principio de legalidad al subrayar que el reconocimiento de la posibilidad de aplicar un despido por

²¹⁶ GIL Y GIL, J. L.: “La noción del despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al*: *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 83.

²¹⁷ RIVERO LAMAS, J. y MONEREO PÉREZ, J. L.: “Artículo 20. Dirección y control de la actividad laboral”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al*: *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 296.

²¹⁸ LEGA, C.: *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., p. 26.

²¹⁹ GIL Y GIL, J. L.: *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1994, pp. 33 y ss.

²²⁰ LARENZ, K: “Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts”, en LARENZ, K., e IZQUIERDO MACÍAS-PICAVEA, M.: *Derecho Civil. Parte general*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1978, p. 872.

razones disciplinarias ha de provenir de la ley o de la negociación colectiva como fuentes de integración del contrato de trabajo²²¹.

Mediante el despido disciplinario el empresario lleva a cabo la tutela de un interés propio y de naturaleza exclusivamente privada. La tensión entre el contrato del trabajador y la acumulación de poderes del empresario da una apariencia particular al Derecho del Trabajo que ha tratado de explicarse con dos teorías antagónicas: la institucionalista y la contractualista; surgiendo una tercera que podríamos denominar normativista. Veámoslas:

— Teoría contractualista

La primera es la teoría contractualista encargada de defender que el ejercicio del poder de dirección es expresión de la autonomía de la voluntad de las partes. El origen de esta teoría reside en la fusión de las voluntades del empresario y del trabajador –plasmada en la firma del contrato–. Esta autonomía de la voluntad de ambos es el medio por el que se explica el nacimiento y la subsistencia de un poder privado que autoriza al empresario a establecer, unilateralmente, la forma de organización y el trabajo de la empresa a la que queda sometido el trabajador. Esta teoría se exterioriza con la firma de la relación laboral: el trabajador al plasmar su firma en el contrato de trabajo acepta estar sometido al poder jerárquico y de dirección del empresario. Es el propio espíritu del contrato el que ofrece la razón de existencia del poder de dirección; esto es, la necesidad de especificar y adaptar continuamente el objeto de la prestación en un trabajo que por definición se realiza de forma continuada, por cuenta ajena y en el ámbito de organización y dirección del empleador. Es más, el poder de dirección se constituye con posterioridad al contrato de trabajo dado que en un momento anterior a su nacimiento solo existen facultades organizativas habilitadas por la existencia de la libertad de empresa reconocida constitucionalmente. No olvidemos que la empresa, en nuestro ordenamiento jurídico, se concibe, ante todo, como el marco organizativo de la relación de trabajo; en otros términos, como el ámbito de organización y dirección al que alude el artículo 1 ET, más allá del carácter general de la empresa como unidad socioeconómica de producción²²². En suma, esta posición contractualista reconoce directamente al contrato de trabajo la capacidad de organizar la prestación laboral, reconociendo fundamento contractual a los poderes de dirección y control del empresario así como al poder de sanción del empresario²²³.

En la actualidad esta primera teoría no puede sostenerse por varias razones. En primer lugar, si el poder de dirección nace del acuerdo de voluntades del empresario y trabajador –en otros términos del contrato de trabajo– el problema se plantea cuando el contrato como tal no existe o bien no contiene una previsión expresa sobre el régimen disciplinario. En segundo lugar, si la facultad del poder del empresario deriva del contrato de trabajo individual existirán desigualdades entre los propios trabajadores, ya

²²¹ GIL Y GIL, J. L.: “La noción del despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., pp. 83 y 84.

²²² MONEREO PÉREZ, J. L.: “Protección en caso de despido injustificado (art. 30)”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir. y coord.) y MONEREO ATIENZA, C. (Dir. y coord.) *et al: La Europa de los derechos: estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, cit., p. 716.

²²³ FERRANTE, V.: “Fondamento e natura del potere disciplinare”, en MAINARDI, S. (a cura di) *et al: Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Torino, Utet, 2012, p. 2.

que cada uno tendrá un régimen propio en su particular contrato. En tercer lugar, porque el control judicial sobre el poder de dirección es limitado: la libertad del empresario para dirigir su organización empresarial escapa del control del juez. En conclusión, el fundamento jurídico del poder de dirección en el contrato de trabajo es ficticio: se constituye el poder empresarial a través de un título –el contrato de trabajo– que legitima la subordinación del trabajador al empresario²²⁴.

— Teoría institucionalista

Como respuesta a las deficiencias de esta primera teoría surge la corriente institucionalista²²⁵. Esta teoría considera a la empresa como una institución –agrupación de personas reunidas y organizadas permanentemente–. Al considerarse a la empresa como institución, las relaciones se encuentran regidas por la ley del grupo sin posibilidad de limitación conforme a estipulaciones contractuales. Esta ley es idéntica a la que regula las relaciones en el Estado entre gobernantes y gobernados²²⁶. La institución se presenta como una realidad social que es constituida de una organización permanente de personas y de bienes que tienen un fin u objetivo común y son capaces de conseguirlo²²⁷, pero dependiendo de una voluntad preeminente²²⁸.

Por tanto, el poder del empresario –al par de aquel del Estado– se percibe como el fruto de una posición de supremacía que requiere la adopción de técnicas de tutela del todo similares a aquellas que el ordenamiento prevé en las relaciones incriminatorias del derecho penal: la responsabilidad y la proporción entre la sanción realizada y el grado de culpa²²⁹. Esta teoría se encarga de vincular el poder de dirección al empresario o empleador –jefe de la organización– como poder originario que se constituye por el hecho de existir una colectividad organizada²³⁰. En efecto, por cuanto se refiere al poder disciplinario del empresario, en su calidad de “*capo de la empresa*”, este poder viene configurado como expresión de un derecho de la institución que persigue la finalidad de la empresa –el bien común– y que se presenta como consecuencia necesaria de la exigencia de protección y de conservación de la institución²³¹.

Esta creencia salva las deficiencias de la anterior teoría –teoría contractualista– pues no se produce la quiebra de no poder justificar el poder de dirección cuando no estuviera expresamente pactado o no existiera el correspondiente contrato de trabajo²³².

²²⁴ POQUET CATALÁ, R.: *El actual poder de dirección y control del empresario*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, p. 22.

²²⁵ Vid. ASQUINI, A.: “Profili dell’impresa”, en *Rivista Diritto Commerciale*, núm. 41, 1943, *passim*.

²²⁶ MACHERA, A. D.: “El poder disciplinario en las relaciones de trabajo”, en CESARINO JÚNIOR, A. F. et al: *Estudios de Derecho del Trabajo, en Memoria de Alejandro M. Unsain*, Buenos Aires, Ateneo, 1954, p. 334; citado por POQUET CATALÁ, R.: *El actual poder de dirección y control del empresario*, cit., p. 22.

²²⁷ LEGA, C.: *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., p. 62.

²²⁸ ROMANO, S.: *L’ordinamento giuridico*, Firenze, Sanzoni, 1945, p. 62.

²²⁹ FERRANTE, V.: “Fondamento e natura del potere disciplinare”, en MAINARDI, S. (a cura di) et al: *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., p. 5.

²³⁰ A ello se refiere FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a. F.: *El poder disciplinario en la empresa*, cit., p. 27.

²³¹ LEGA, C.: *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., p. 68.

²³² POQUET CATALÁ, R.: *El actual poder de dirección y control del empresario*, cit., p. 23. Uno de los fundamentos jurisdiccionales más importantes que protegió esta teoría fue el de la Sentencia de la Cour de Cassation francesa, de fecha 16 de junio de 1945, en la que a un trabajador al que se le había suspendido de empleo y sueldo durante una semana por una falta de desobediencia, y cuyo contrato de

También se supera el obstáculo de la limitación del control judicial del poder de dirección pues se permite un mayor control al someterse a una serie de principios que se importan directamente de los poderes sancionadores del Estado. No obstante –como ocurre con la primera de las teorías– también tiene importantes quiebras y defectos al no poder aclararse en virtud de qué norma jurídica se fundamenta la prestación de servicios que el trabajador desarrolla en la empresa; o al discutirse los motivos por los que el empleado presta colaboración en la misma: económicos o institucionales –principal impulso para desarrollar el trabajo–²³³.

— Teoría normativista

Existe una tercera teoría capaz de justificar el poder de dirección en la ley o en la negociación colectiva como fuentes que integran el contenido del contrato de trabajo –teoría normativista–. En el contrato de trabajo debe distinguirse entre el contenido y el objeto. El contenido resulta de una pluralidad de fuentes, tal y como se recoge en el artículo 1258 del Código Civil al establecer que las partes se encuentran vinculadas por los pactos que en ellos se establezcan y a “*todas las consecuencias, que según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*”. El objeto del contrato de trabajo se traduce en la prestación de servicios de forma determinada²³⁴. No olvidemos que los poderes jurídicos y las prerrogativas del empresario se fundan en el contrato²³⁵.

Pero la celebración de un contrato de trabajo no basta para explicar la presencia del poder de dirección del empresario²³⁶. Es insuficiente considerar al empresario como mero empleador o acreedor de trabajo para entender en su integridad la naturaleza del poder de dirección. El contrato de trabajo aparece como un presupuesto jurídico para su ejercicio, un título que legitima para ejercerlo; pero no explica su razón última de organización. Cuando la finalidad organizativa se encuentra como dato externo del contrato sin formar parte del interior de la estructura de éste, el empleado no se ve involucrado en el fin productivo por lo que su comportamiento no queda comprometido más allá del propio contrato²³⁷.

Aunque la perspectiva contractual atraiga argumentos organizativos como razón de ser del poder directivo, el razonamiento económico se convierte en elemento fundamental: el poder directivo del empresario se ejerce conforme la propiedad que éste ostenta sobre la empresa o la organización –en otras palabras, del dinero invertido en la actividad empresarial–. La debilidad del argumento de la firma de la relación contractual, unido a las deficiencias expuestas de la teoría institucionalista, no permite combatir un poder que aparece como unilateral y discrecional, cuya última razón se halla en el derecho de propiedad sobre los bienes afectados a la empresa o en la libertad

trabajo no hacía referencia alguna a la posibilidad de imponer sanciones, el tribunal mantuvo la licitud de la sanción pues consideró que el poder disciplinario es inherente a la cualidad del patrón.

²³³ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E.: *El poder disciplinario y la negociación colectiva*, Granada, Comares, 2008, p. 6.

²³⁴ Así lo afirma GIL Y GIL, J. L.: *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*, cit., p. 49.

²³⁵ MARIA MASTINU, E.: “La procedimentalización sindical del ejercicio de los poderes y prerrogativas del empresario”, en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (Coord.) *et al: El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, Madrid, La Ley, 2005, p. 271.

²³⁶ MONTOYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1965, p. 38; citado por POQUET CATALÁ, R.: *El actual poder de dirección y control del empresario*, cit., p. 24.

²³⁷ Así lo dispone FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a. F.: *El poder disciplinario en la empresa*, cit., p. 35.

económica del empresario. Para explicar la razón de ser del poder directivo del empresario no es suficiente el contrato laboral aunque ésta sea la forma de exteriorizar este poder. El contrato de trabajo aparece como un presupuesto jurídico para el ejercicio del poder de dirección: es un título que solo legitima para su ejercicio y efectividad pero no explica la razón de la organización del empresario; eso sí, fundamenta el nacimiento del poder directivo. El verdadero fundamento del poder de dirección y control del empresario puede extraerse de la distinción de dos elementos que forman parte del contrato: el contenido y el objeto; quedando vinculado el trabajador por el artículo 1258 del Código Civil y, en concreto, con el principio de buena fe.

En consecuencia, el poder empresarial no se fundamenta en el contrato de trabajo sino en un elemento heterónomo, sujeto a un poder externo que actúa como fuente de integración del contenido del contrato de trabajo –en virtud del artículo 1258 del Código Civil–. Su fundamento procede situarlo en la atribución de poderes por un grupo de normas que arrancan de la Constitución con el reconocimiento de la libertad de empresa –artículo 38 de la Constitución Española– y que tienen como centro de atribución la propia empresa en cuanto institución social; esto es, como forma de elaboración que requiere, por exigencias funcionales, de una clasificación y jerarquía que concluye con la atribución de poderes de organización y dirección a quienes han de tomar decisiones para su gobierno²³⁸. Ahora bien, el quebrantamiento de las normas que forman el contenido del contrato da lugar a una verdadera responsabilidad contractual. Por tanto, el ámbito de responsabilidad disciplinaria concuerda con el ámbito contractual aun cuando ciertos ilícitos disciplinarios sean tales, no porque evidencien un incumplimiento de la obligación básica de trabajar que constituye el objeto del contrato, sino porque una fuente heterónoma de integración de dicho contrato, ya sea la ley o el convenio colectivo, los vaticine como argumentos propios de la prestación de servicios en un marco organizativo.

Esquemmatizando y simplificando lo comentado, la titularidad y el ejercicio de tal poder del empresario se deriva, de manera inmediata, de la celebración del contrato de trabajo, configurándose como concreción de la situación de sujeción a la que se somete el empleado, y, de manera mediata, de la propia voluntad de la ley. Pero la verdadera razón de ser de la condescendencia y permisibilidad legal a favor del empresario se encuentra en la titularidad de la organización empresarial: lo cierto es que el poder de dirección es naturaleza consustancial e innata al trabajo organizado en la forma capitalista de empresa. Al final, el contrato de trabajo se constituye no solo como una relación obligatoria con la que poder desarrollar la prestación laboral, sino también como una relación de poder. Una relación de poder no solo desde la perspectiva jurídica, también desde la naturaleza económica y social. Por tanto, el propio sistema jurídico concede al empresario dicho poder para la autotutela y para la realización de su interés económico, el cual, aprovechará –obviamente– para un mayor rendimiento productivo en el conjunto de su organización²³⁹.

²³⁸ GIL Y GIL, J. L.: “La noción del despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 86.

²³⁹ RIVERO LAMAS, J. y MONEREO PÉREZ, J. L.: “Artículo 20. Dirección y control de la actividad laboral”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al: El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 297.

Justificado de este modo la existencia del poder directivo todavía resta sustentar el poder disciplinario. En efecto, el derecho de impartir legítimamente órdenes es diferente al derecho de reaccionar en los supuestos de incumplimientos o desobediencias frente a aquéllos mandatos: una vez recibido el reconocimiento del poder de resolución en caso de transgresión contractual, la sanción disciplinaria aparece como una especie de reacción respecto a una situación de desobediencia o incumplimiento²⁴⁰. Lo cierto es que la necesidad y legitimidad del poder disciplinario históricamente ha encontrado su fundamento en la práctica²⁴¹.

Por derecho disciplinario puede entenderse aquel entramado de normas jurídicas que tienen por objeto la disciplina en el sentido de conservación, buena evolución y reintegración de una compleja relación jurídica entre personas que desarrollan funciones instrumentales. El derecho disciplinario es la expresión formal del poder disciplinario. Algunos entienden que se encuentra en la potestad punitiva del Estado –cuanto menos como manifestación del mismo–; otros autores, en cambio, reconocen características de autonomía asumiendo que se trata de un poder que se inserta en el Estado como título diferente de la potestad soberana; muchos otros reconocen el fundamento del poder disciplinario en una relación particular de autoridad o de supremacía especial²⁴². En realidad el poder disciplinario es distinto del poder punitivo del que el Estado es titular y que se constituye sobre el poder de supremacía que tiene efectos *erga omnes*²⁴³. Otros autores fundan el derecho disciplinario sobre la relación de jerarquía o sobre la autoridad jerárquica porque no es concebible que exista una autoridad sin los medios para hacerla valer²⁴⁴.

Se sabe que el trabajador se encuentra en una posición de subordinación respecto del empresario al que le debe obediencia, fidelidad, disciplina y un particular grado de diligencia. Entonces, ¿el fundamento del poder disciplinario tiene el sustento en el contrato de trabajo? Como es notorio la relación de trabajo subordinada tiene un desarrollo característico. En efecto, en la configuración de la relación de trabajo – consistente en poner a disposición del empresario la energía del trabajo del hombre– se manifiesta el trato característico de la relación: la subordinación²⁴⁵.

El poder disciplinario es un poder inherente al poder directivo y organizativo del empresario como elementos identificativos de la relación laboral subordinada –la noción del poder disciplinario surge precisamente de un período histórico antecedente a los convenios colectivos y a la codificación–. Es el empresario un sujeto habilitado naturalmente para ordenar una serie de comportamientos y sancionar sus incumplimientos en base a criterios de proporcionalidad, reaccionando en las disputas laborales, sin privar de garantías a las partes pero siempre preservando el buen funcionamiento de la empresa²⁴⁶.

²⁴⁰ FERRANTE, V.: “Fondamento e natura del potere disciplinare”, en MAINARDI, S. (a cura di) *et al: Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., p. 6.

²⁴¹ D’AVOSSA, E.: *Il potere disciplinare nel rapporto di lavoro: Il codice, Il procedimento, l’esecuzione delle sanzioni, il licenziamento disciplinare, l’impugnazione delle sanzioni*, Ipsoa, 1989, p. 9.

²⁴² LEGA, C.: *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., pp. 3 y ss.

²⁴³ VASSALLI, G.: *La potestà punitiva*, Torino, Utet, 1942, *passim*.

²⁴⁴ LEGA, C.: *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., p. 10.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 120.

²⁴⁶ FAVA, G.: *Potere disciplinare: orientamento giurisprudenziale e principi normativi*, Milano, Ipsoa, 2007, p. 2.

El poder disciplinario representa una típica forma de autotutela que consiste en atribuir al titular de un derecho subjetivo la facultad de proveerse directamente de su tutela, incidiendo en la esfera jurídica de otro sujeto y antes de que un juez se haya pronunciado acerca de la efectiva existencia del derecho. Autotutela que generalmente deriva de la propia posición de supremacía²⁴⁷.

No puede olvidarse que las partes del contrato, en su interpretación y ejecución, deben comportarse de acuerdo a la buena fe, lo que significa que han de facilitar un rendimiento posible de la prestación, encontrándose, además, sometidos o sujetos a un poder disciplinario del empresario, lo que le hace al trabajador tener un comportamiento de buena fe en el sentido de no perjudicar las ordenes internas de la empresa según los hábitos o costumbres que se consideran insertados en el propio vínculo disciplinario existente. Igual ocurre en el ordenamiento jurídico italiano ya que el contrato de trabajo obliga no solo a cuanto en el mismo aparezca recogido, “*también a todas las consecuencias que derivan según la ley, en su defecto, según los usos de la equidad*”²⁴⁸. Lo anterior parece suficientemente significativo para corroborar el fundamento del poder disciplinario. En suma los efectos del negocio se encuentran sometidos a la voluntad privada²⁴⁹.

Lo cierto es que la revelación de voluntad por la que el empresario ejerce el derecho potestativo al aplicar el despido disciplinario es un verdadero negocio jurídico: el empleador hace uso de un derecho facultativo que convierte al acto del despido, al mismo tiempo, en ejercicio del derecho y del negocio jurídico²⁵⁰. Al producirse el incumplimiento, el empresario posee el derecho facultativo de aplicar una sanción – entre la que se incluye el despido disciplinario– según la gravedad y la culpabilidad del ilícito. De esta forma el empresario disfruta de un obvio margen de consideración a la hora de decretar los efectos del acto de autotutela, dado que de acuerdo con la gravedad del ilícito laboral y la culpabilidad del trabajador, podrá elegir la sanción que estime más conveniente de entre las que la norma estatal o el convenio colectivo consienta para aplicar a un incumplimiento determinado. Impuesta la sanción por el empresario, éste podrá fijar el momento en que ha de llevarse a cabo la actuación material. Por todo ello, la calificación que mejor se adapta al ejercicio del poder disciplinario es, sin duda, la de negocio jurídico unilateral de carácter recepticio puesto que el empresario dispone de un cierto margen de transigencia con el que delimitar las consecuencias específicas del acto²⁵¹. En definitiva, el despido es un negocio jurídico unilateral que extingue la relación laboral sin que se requiera la participación previa del juez. Y ello, tanto si el despido es lícito como si padece de vicio o defecto que pueda determinar, en el supuesto de impugnación judicial por parte del trabajador, la declaración de improcedencia o nulidad del mismo. Así lo ha reconocido la jurisprudencia²⁵² y parte de la doctrina²⁵³.

²⁴⁷ D’AVOSSA, E.: *Il potere disciplinare nel rapporto di lavoro: Il codice, Il procedimento, l’esecuzione delle sanzioni, il licenziamento disciplinare, l’impugnazione delle sanzioni*, cit., p. 22.

²⁴⁸ Artículo 1374 del *Codice Civile*.

²⁴⁹ LEGA, C.: *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., pp. 125 y 126.

²⁵⁰ ÁLVAREZ VIGARAY, R.: *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Granada, Comares, 1986, p. 301.

²⁵¹ GIL Y GIL, J. L.: “La noción del despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 87.

²⁵² La STS 7 de diciembre de 1990 [RJ 1990, 9760] ha establecido que “tanto la doctrina científica como la jurisprudencia han coincidido, en términos generales, en la naturaleza extintiva de la resolución

Por otro lado, la estructura del despido parece simpatizar más con el modelo de los actos administrativos que el de los negocios privados. Los incumplimientos o desobediencias contractuales graves y culpables que refrendan el despido son condiciones requeridas para el correcto ejercicio del poder disciplinario, hechos cuyos acontecimientos resultan necesarios para que el desarrollo de tal poder sea conforme al modelo de referencia que fija la norma²⁵⁴. Puede catalogarse a esta condición como el hecho jurídico cuya realización permite la adopción del acto administrativo²⁵⁵. Pero no finaliza ahí la similitud con la autotutela que ejerce la administración: así como los actos administrativos son inminentemente eficaces de forma que la administración puede materializar dicha eficacia imponiendo la ejecución forzosa de los mismos, el despido disciplinario puede ejecutarse de forma inmediata, sin que la esporádica impugnación del trabajador interrumpa o posponga su eficacia. Tal y como sucede en el derecho administrativo, la autotutela decisoria y ejecutiva que el ordenamiento otorga al empresario en el ámbito disciplinario se convierte en una agravación de las cargas del trabajador que ha de impugnar el despido en un plazo legalmente establecido para ello. Al igual que acaece con la acción contencioso-administrativa, la acción para reclamar contra el despido se infiere como impugnatoria²⁵⁶.

Aunque el despido disciplinario se implanta por vía de un negocio jurídico extrajudicial, no constituye una suerte de justicia o jurisdicción social privada²⁵⁷. En primer término, el ejercicio del poder empresarial no tiene como propósito la satisfacción de una pretenciosidad sino la defensa de un interés dañado; es decir, la conservación del orden jurídico existente. En segundo lugar, es un acto de parte, parcial y personal. En tercer y último lugar, no tiene vigencia concluyente o fuerza de cosa juzgada sino tan sólo una efectividad inicial o previa, en la medida en que la ley concede al juez de lo social la jurisdicción de revisar –a posteriori– la legalidad del acto, obviamente siempre que el trabajador lo haya impugnado²⁵⁸.

3.3 Efectos extintivos y naturaleza constitutiva del despido disciplinario: relación laboral vigente, elección de la sanción y revocación de la ruptura

El acto de resolución de la relación laboral finalizada por despido disciplinario posee consecuencias constitutivas inmediatas²⁵⁹. Así ha sido interpretado por el

empresarial del despido, que lleva a determinar el carácter autónomo y constitutivo del acto mismo del despido, que ni siquiera se desvirtúa en los casos de despido nulo”.

²⁵³ Entre otros muchos, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “El régimen jurídico del despido y el Real Decreto de 22 de julio de 1928”, en *Revista de Política Social*, cit., pp. 23 y ss. MONTOYA MELGAR, A.: “El despido improcedente y sus efectos”, en AA. VV: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., pp. 515 y ss. ALONSO OLEA, M.: *El despido*, cit., pp. 107 y ss.

²⁵⁴ NAPOLI, M.: *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano, Franco Angeli, 1979, p. 17.

²⁵⁵ GIANNINI, M. S.: *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 525.

²⁵⁶ GIL Y GIL, J. L.: “La noción del despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., pp. 89 y 90.

²⁵⁷ GIL Y GIL, J. L.: *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*, cit., p. 69.

²⁵⁸ GIL Y GIL, J. L.: “La noción del despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 92.

²⁵⁹ 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 MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), MOLINA NAVARRETE, C. (Dir.) y MORENO VIDA, M. N. (Dir.) *et al: Comentario a la Constitución socio-económica de España*, cit., p. 334. Un ejemplo que permite deducir el efecto inmediatamente extintivo y constitutivo del despido es el de acceso automático a la prestación por desempleo.

Tribunal Supremo en unificación de doctrina al señalar que *“tanto la doctrina científica como la jurisprudencia han coincidido, en términos generales, en la naturaleza extintiva de la resolución empresarial del despido, que lleva a determinar el carácter autónomo y constitutivo del acto mismo del despido, que ni siquiera se desvirtúa en los casos de despido nulo”*, insinuándose así por los artículos 49.1 y 54.1 ET y el artículo 3 del Convenio número 158 de la OIT; y siendo refrendado por el Tribunal Constitucional cuando establece que la relación laboral, a consecuencia del acto del despido, se encuentra rota²⁶⁰.

Lo anterior implica que la extinción del vínculo contractual se produce en el momento del despido y no cuando se produce la sentencia que califica el despido como procedente o improcedente. Consecuentemente, la relación laboral queda rota y desaparece por el despido, sin quedar en situación de pendencia hasta el posterior control judicial²⁶¹.

Pero han existido períodos de tiempo en los que esta postura jurisprudencial ha variado: surgió una extraña doctrina en la que el despido no extinguía por sí el contrato de trabajo sino que quedaba sujeto a condición resolutoria a expensas de lo que dictaminara el órgano jurisdiccional correspondiente. En concreto, el Tribunal Supremo –refiriéndose al despido disciplinario de un trabajador– estableció que la resolución extintiva *“no produce de por sí y simultáneamente, la extinción de la relación laboral”* pues *“al producirse el despido del trabajador por la empresa, la relación laboral queda pendiente de una condición resolutoria, que, de impugnarse por el despedido dentro del plazo de caducidad, el órgano jurisdiccional de instancia o, en su caso, el tribunal ad quem”* deberán de valorar y juzgar, y que será cuando *“declaren que es procedente el despido, en cuyo momento y con efectos ex tunc al momento de haberse acordado por la empresa, la relación se considera inexistente”*²⁶². Abandonada esta excepcional posición, la doctrina que asienta el carácter constitutivo reaparece de nuevo –eficacia originaria del despido–: por tanto, el despido produce la ruptura y consiguiente inexistencia del vínculo laboral que se extingue por decisión unilateral del empleador, sin perjuicio de su posterior enjuiciamiento en caso de impugnación ante la jurisdicción.

La temprana ratificación de la doctrina tradicional del efecto constitutivo del despido fue pertinente y necesaria en cuanto que diversas sentencias del propio Tribunal Supremo se encontraban apoyando que la extinción del contrato de trabajo no se producía con el despido sino con el auto judicial que, en incidente de no readmisión, declaraba extinguida la relación laboral²⁶³. Postura, por suerte, rectificada en momento inmediatamente posterior por el mismo tribunal al estimar que, en estos casos, se produce una doble extinción²⁶⁴: la primera con el despido; posteriormente si el despido

²⁶⁰ STS 17 de mayo de 2000 [RJ 2000, 5160].

²⁶¹ GARCÍA QUIÑONES, J. C.: “El depósito de la indemnización: mecanismo liberatorio de los salarios de tramitación”, en GETE CASTRILLO, P. (Dir.) y VALDÉS DAL-RE, F. (Dir.) *et al: Nuevo régimen jurídico del despido y del desempleo: análisis crítico de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre*, Madrid, Cinca, 2003, p. 166.

²⁶² STS 6 de octubre de 1984 [RJ 1984, 5243] y STS 8 de abril de 1986 [RJ 1986, 1893].

²⁶³ STS 23 de marzo de 2006 [RJ 2006, 4837], STS 5 de mayo de 2006 [RJ 2006, 8584] y STS 26 de julio de 2006 [RJ 2006, 6416].

²⁶⁴ STS 31 de enero de 2007 [RJ 2007, 3325]. Esta sentencia modifica la doctrina sentada que señalaba *“como fecha específica para determinar el régimen jurídico aplicable, aquella en que se dictó el auto que, en incidente de no readmisión, declaró extinguida la relación laboral. Esta sentencia se aparta de la doctrina anterior concretamente en lo siguiente: 1º) La extinción del contrato de trabajo se produce en la*

se declara improcedente y se opta por la readmisión se reconstruye la relación laboral – continuidad de la misma²⁶⁵ –, pero si la readmisión no se lleva a efecto se produce una nueva extinción por la declaración del auto del juez²⁶⁶. Insistimos en que la readmisión del trabajador implica la recomposición contractual de la relación laboral: por tanto, a todos los efectos laborales y respecto a los derechos adquiridos por el trabajador, el contrato no se ha extinguido. La readmisión comprende una destrucción plena de los efectos extintivos lo que provoca una reconstrucción contractual absoluta, sin que exista marco temporal en que el contrato hubiese permanecido extinguido²⁶⁷: en efecto, la relación laboral se ha mantenido en vigor en todo momento²⁶⁸.

Si el despido disciplinario tiene efectos extintivos inmediatos desde el mismo instante que se ejecuta es evidente que requiere de la existencia de una relación laboral válida: no cabe despedir a quien no posee la condición de trabajador vinculado por contrato de trabajo con el empresario o cuyas prestaciones aún no se han hecho efectivas. El despido es la decisión unilateral del empresario que extingue la relación laboral viva y vigente hasta entonces. Para que el despido pueda producirse es necesario que opere sobre una relación de trabajo existente, real y efectiva hasta ese momento. Si ello no es así, las reivindicaciones del trabajador frente al empresario no se instrumentalizan a través de la acción de despido porque si no existe relación laboral tampoco puede existir despido. Podrá hablarse en tales casos de incumplimiento por el empresario de un precontrato, de una promesa de contrato, de pactos previos con análoga finalidad o incluso de incumplimiento de un contrato de trabajo cuya prestación de servicios no se ha hecho efectiva en ningún momento ni ha llegado a tener virtualidad. Incumplimientos que pueden servir de base a las pertinentes reclamaciones de indemnización de daños y perjuicios; pero ni en tales casos existe despido alguno, ni estos incumplimientos pueden justificar la interposición de una acción de despido²⁶⁹.

fecha de notificación del despido, y no en aquella otra, posterior, en la que restablecida la relación laboral por no haber optado el empleador entre la indemnización económica o el reingreso, se vuelve a producir una nueva extinción por declaración hecha en el auto que pone fin al incidente de no readmisión dictado en fase de ejecución de sentencia. 2º) Es diferente el régimen jurídico aplicable a la extinción del contrato de trabajo de aquel otro que regula la protección aseguradora pública salarial, y, cada una de ellas, debe estar sometida a su régimen jurídico específico. Consecuentemente la regulación aplicable al caso examinado es la vigente en la fecha en que se pronuncia el auto de insolvencia, que constituye la circunstancia que pone en marcha el mecanismo o instrumento jurídico garantizador del salario en los términos legales”.

²⁶⁵ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, cit., p. 44.

²⁶⁶ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 895.

²⁶⁷ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, cit., p. 44.

²⁶⁸ STS 7 de diciembre de 1990 [RJ 1990, 9760]. “*Tanto la doctrina científica como la jurisprudencia han coincidido, en términos generales, en la naturaleza extintiva de la resolución empresarial del despido, que lleva a determinar el carácter autónomo y constitutivo del acto mismo del despido, que ni siquiera se desvirtúa en los casos de despido nulo. Así resulta de los artículos 49.11 y 54.1 del Estatuto de los Trabajadores y del artículo 3 del Convenio 158 de la OIT. Así lo atestigua el Tribunal Constitucional, que en sentencia 33/1987, de 12 de marzo, invoca la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo y la doctrina del Tribunal Central de Trabajo en el sentido de que la relación laboral a consecuencia del acto empresarial de despido se encuentra rota y el restablecimiento del contrato de trabajo sólo tendrá lugar cuando haya una readmisión y además ésta sea regular*”.

²⁶⁹ STS 30 de marzo de 1995 [RJ 1995, 2352].

Como a la graduación de la falta le puede concernir un número diverso de posibles sanciones, se entiende que corresponde al empresario la elección de aquella sanción que considere apropiada dentro del margen que otorgue la norma reguladora de las faltas y sanciones²⁷⁰, de modo que si una específica conducta incumplidora del trabajador es apta de ser sancionada con despido o con otro tipo de sanción²⁷¹, es el empresario quien debe elegir entre despedir al trabajador o sancionarlo de otro modo²⁷². Es aquí donde puede introducirse el término de sanción-media –en italiano, “*sanzione-mezzo*”²⁷³–, es decir, sanción disciplinaria conservativa de la relación de trabajo²⁷⁴.

El empresario –en el desarrollo de sus poderes disciplinarios– y los tribunales –al juzgar la procedencia de la decisión empresarial– deben tener en cuenta la posibilidad de imponer sanciones menores al trabajador cuando haya incumplido obligaciones de menor entidad. Si el trabajador impugna judicialmente la sanción impuesta, una de las verosimilitudes de que el juez conozca del asunto es que dicha sanción puede ser anulada parcialmente cuando la falta consumada no ha sido calificada convenientemente, otorgando posibilidad al empresario de imponer una sanción apropiada a la gravedad de la falta ejecutada –es una de las novedades del artículo 108.1 LRJS, que permite al juez autorizar la imposición de una sanción adecuada a la gravedad de la falta siempre que no se encuentre prescrita–.

Sobre la posibilidad de revocar libremente el despido, la revocación es un negocio jurídico que deshace un negocio jurídico precedente²⁷⁵, o una aplicación en sentido inverso de la autonomía privada que ha dado existencia al negocio jurídico²⁷⁶. La revocación se rige por un doble criterio: por un lado, la identidad del sujeto que revoca y que dio vida al negocio, tal como exige el principio de la autonomía privada; por otro lado, de la identidad o correspondencia del *contrarius actus*, por el cual, la rectificación o cambio de cuanto haya sido dispuesto debe producirse bajo las mismas formas y con el acatamiento de los mismos requisitos a que estaba ligado el negocio jurídico a revocar²⁷⁷. La revocación evidenciaría el ofrecimiento por parte del empresario de la reposición del trabajador, el abono de los salarios dejados de percibir y el regreso al mismo estado anterior antes de ser proyectado el despido²⁷⁸.

Sin embargo, si ubicamos el punto de salida en el hecho de que a través del despido disciplinario la relación laboral quedó totalmente fracturada no es factible que el empresario vuelva atrás sin la aprobación del trabajador²⁷⁹. Para que la relación

²⁷⁰ STS 11 de octubre de 1993 [RJ 1993, 9065].

²⁷¹ Por ejemplo, un traslado disciplinario o una suspensión de empleo y sueldo durante un determinado período.

²⁷² ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al.*: *Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 890.

²⁷³ ASSANTI, C.: *Le sanzioni disciplinari nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1963, pp. 2 y 3.

²⁷⁴ MAINARDI, S.: “Le sanzioni disciplinari conservative del rapporto di lavoro”, en MAINARDI, S. (a cura di) *et al.*: *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., pp. 88 y 89.

²⁷⁵ CARIOTA FERRARA, L.: *El negocio jurídico*, Madrid, Aguilar, 1956, p. 132.

²⁷⁶ BETTI, E.: *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 191.

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 191.

²⁷⁸ GIL Y GIL, J. L.: “La noción del despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al.*: *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 97.

²⁷⁹ A esta misma conclusión ha llegado la doctrina francesa en GAUDU, F. y VATINET, R.: “Les contrats du travail. Contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux” en *Traité des contrats, sous la direction de Jacques Ghestin*, París, LGDJ, 2001, p. 389. La doctrina belga en

laboral vuelva a resucitar es indispensable el consentimiento acorde de las dos partes – empleador y empleado–. Tal parece ser la circunstancia de la que ha partido la doctrina jurisprudencial²⁸⁰: una vez interpuesta la demanda por el trabajador despedido, éste se encuentra desarrollando ya su derecho, sin que tenga por qué aceptar la revocación o la marcha atrás del empresario²⁸¹.

El vínculo laboral no se restaura sin la voluntad del trabajador, de modo que si éste impugnó el despido y no acepta la readmisión ofrecida, no puede comprenderse que se haya constituido una situación de abandono del trabajador dado que el vínculo contractual se encontraba fracturado por el despido efectuado. La decisión empresarial de dejar sin efecto el despido efectuado no puede tener la eficacia de establecer el vínculo laboral roto e inexistente, ya que la relación laboral entre empresario y trabajador tiene por causa un contrato de naturaleza bilateral y consensual, lo que supone que su formalización exija la aceptación por ambas partes. Pues bien, “*no cabe duda de que si el empresario se retracta de su decisión extintiva y el trabajador acepta el ofrecimiento de reanudar la relación laboral, ésta vuelve a su ser y estado anterior dada la concurrencia del consentimiento de los contratantes*”. Pero lo que no puede aceptarse es que “*la sola voluntad empresarial de dejar sin efecto una decisión extintiva ya comunicada y hecha efectiva, vincule al trabajador y le obligue a reanudar una relación contractual que ya no existe, pues ello supondría contravenir el principio general de que la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes*”²⁸².

Es más, ante la rectificación empresarial una vez consumado el despido y antes de cualquier oposición del trabajador –ya sea judicial o extrajudicial– la doctrina jurisprudencial niega tajantemente la retractación empresarial partiendo de la eficacia resolutoria del acto de extinción de la relación de trabajo desde que se comunica el despido²⁸³.

4. El fundamento común del despido disciplinario: incumplimiento contractual grave y culpable

El principal fundamento de la causa del despido es la existencia de un incumplimiento contractual laboral: es decir, desobediencia de alguna de las obligaciones que dimanaban del contrato de trabajo. Pero el incumplimiento contractual laboral debe venir acompañado de la pertinente gravedad y culpabilidad del mismo. Incumplimiento grave y culpable que constituye un todo que se revela como el verdadero principio causal o sustentador del despido disciplinario.

PATERNOSTRE, B.: *Le droit de la rupture du contrat de travail. Modes, congé et préavis*, Bruselas, De Boeck-Wesmael, 1990, pp. 85 y ss. La doctrina alemana en ENNECCERUS, L. y LEHMAN, H.: *Derecho de obligaciones. Doctrina general*, Barcelona, Bosch, 1954, p. 201.

²⁸⁰ STS 1 de julio de 1996 [RJ 1996, 5628]. Mantiene que el ofrecimiento empresarial de readmisión, una vez presentadas la papeleta de conciliación y la demanda, rechazado por el trabajador, no restablece el contrato extinguido. En el mismo sentido, STSJ Baleares 7 de junio de 1994 [AS 1994, 2613] y STSJ País Vasco 17 de diciembre de 1993 [AS 1993, 5398].

²⁸¹ GIL Y GIL, J. L.: “La noción del despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 98

²⁸² STS 3 de julio de 2001 [RJ 2001, 7797].

²⁸³ STS 7 de octubre de 2009 [RJ 2009, 5664].

Los tres elementos de la causa genérica –incumplimiento contractual, grave y culpable del artículo 54.1 ET– vienen instaurados directamente por ley siendo la referencia básica e inapelable de la que se ha de partir en esta materia. Aunque es verdad que, a continuación, la propia ley pretende delimitar una serie de conductas que considera incumplimientos contractuales. De esta manera, se confirma que el listado o elenco de causas específicas del artículo 54.2 ET es irrelevante²⁸⁴: lo que debe consumarse son los elementos sustentadores de la causa genérica del despido –incumplimiento, gravedad y culpabilidad–. Al respecto, carece de trascendencia desarrollar un debate acerca de si el listado del artículo 54.2 ET es o no *numerus clausus*. La discusión resulta más académica que práctica, sobre todo, si se tiene presente que la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza –artículo 54.2.d) ET– sirve de soporte jurídico a la totalidad de los incumplimientos contractuales que puedan ser imputados al trabajador²⁸⁵. Sin embargo, y desde un punto de vista profesional, la lista del precitado artículo sirve de orientación, presentando, además, el valor instructivo de manifestar causas concretas que se aproximan mucho más que la causa genérica –del artículo 54.1 ET– a los comportamientos humanos reales²⁸⁶.

Tal es el caso que la propia jurisprudencia no tiene reparos en reconocer expresamente tal generalidad expansiva. Es evidente que, de un lado, el artículo 54.1 ET ofrece un concepto legal de causa justa articulado sobre un incumplimiento de los deberes contractuales del trabajador con las características calificadoras de gravedad y culpabilidad. Y, de otro lado, el artículo 54.2 ET establece un catálogo de comportamientos que se entenderán como infracciones motivadoras de despido, que si bien parece ser tasado o cerrado, el comportamiento que engloba este apartado abarca conductas con amplitud suficiente para albergar actuaciones muy diversas y variables. La consecuencia es que cualquier incumplimiento grave y culpable del trabajador tendrá subsunción en algún supuesto del artículo 54.2 ET dada –de acuerdo con la jurisprudencia– *“la generalidad y amplitud con que están redactados algunos de ellos y permeabilidad de unos para con los otros, sin que la regulación complementaria convencional pueda contradecir en su esencia, desvirtuar, los tipos legales del ET, ya que las normas sectoriales no pueden desconocer los efectos disciplinarios regulados en el ET. De este modo, en ningún caso, cualesquiera que fueren las deficiencias del sector concreto de que se trate, no se bloquea la facultad disciplinaria empresarial, haciendo siempre posible y necesaria”*, en caso de despido, *“la subsunción de la conducta del trabajador en el artículo 54 ET, de aplicación preferente también a normas sectoriales”*²⁸⁷.

Por lo demás, un listado definitivo de causas justas disciplinarias sería una tarea abrumadora y altamente desaconsejable además de temeraria. Para alcanzar algún nivel mayor de concreción sobre estas pautas creemos que son los convenios colectivos y no

²⁸⁴ ALONSO OLEA, M.: “Introducción general al despido y a sus causas”, en ALONSO OLEA, M. *et al: Estudios sobre el despido. Homenaje al Profesor Alfredo Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo*, Madrid, Universidad de Complutense, 1996, p. 5.

²⁸⁵ GÓMEZ GORDILLO, R.: “Aspectos generales del Despido Disciplinario”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 39.

²⁸⁶ RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.: “La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido”, en MONTOYA MELGAR, A. (Coord.), MARTÍN VALVERDE, A. (Coord.) y RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. (Coord.) *et al: Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, Madrid, MTSS (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social), 1990, p. 528.

²⁸⁷ Por ejemplo, STSJ Galicia 14 de octubre de 2002 [AS 2002, 3806].

las leyes los instrumentos más pertinentes. Pero ni la falta de apreciación en convenio colectivo convierte en no sancionable un incumplimiento laboral grave y culpable, ni la tipificación por esos mismos convenios de comportamientos sancionables con despido pueden obviar la exigencia legal de que en ellas concurren las notas de gravedad y culpabilidad del incumplimiento laboral, características necesarias de la causa o fundamento real que verdaderamente sustentará el despido disciplinario²⁸⁸.

Esta compleja situación legal constituida por causas genéricas de despido disciplinario –artículo 54.2 ET– cuyos elementos no quedan todo lo convenientemente definidos y delimitados, añadiendo una insuficiente y fraccionada concreción de los parámetros de gravedad y culpabilidad del artículo 54.1 ET, y con una interacción imperfecta entre ley y convenio colectivo, reúne los requisitos necesarios para que las resoluciones judiciales en esta materia sean vitales, cuantiosas y fundamentales.

Gravedad y culpabilidad son dos conceptos jurídicos totalmente diferentes. Mientras que la gravedad hace mención al grado en el que el trabajador ha transgredido una obligación laboral y a la repercusión misma de la obligación infringida, la culpabilidad se funda en la recriminación que, atendidas las circunstancias que afectan subjetivamente al trabajador, merece aquella infracción. La culpabilidad se convierte en nota esencial definitoria del despido disciplinario porque sin ella la causa disciplinaria sería solo objetiva²⁸⁹.

Se trata de dos conceptos jurídicos totalmente diferenciados entre sí pero que deben de afluir conjuntamente para desembocar en un despido procedente²⁹⁰, por lo que el juez que instruye un despido disciplinario ha de efectuar dos juicios independientes: el juicio de gravedad y el juicio de culpabilidad. En ocasiones, ambos elementos –gravedad y culpabilidad– se entremezclan, de modo que un incumplimiento resulta tanto más grave cuanto más elevada es la culpabilidad del trabajador²⁹¹.

Pero el control judicial de los despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos. Esta idea es correcta tanto para el control judicial de los despidos disciplinarios cuanto para los despidos por causas colectivas y por causas objetivas²⁹². En suma, corresponderá al juez –artículo 117 de la Constitución Española– verificar la existencia de la prueba de la causa alegada. Pero una vez acreditada la causa aducida deberá formular un inevitable juicio de razonabilidad –de culpabilidad y gravedad–, más cuando se utilizan conceptos jurídicos indeterminados²⁹³, cuyo alcance

²⁸⁸ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al*: *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 113.

²⁸⁹ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: *La causalidad del despido disciplinario*, cit., p. 94.

²⁹⁰ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, Pamplona, Thomson Reuters, 2012, p. 29.

²⁹¹ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al*: *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 118.

²⁹² GUINDO MORALES, S.: “Despido por circunstancias objetivas: garantías formales y procedimentales (pagaré como instrumento variable para el abono de la indemnización: STS 536/2016, 21 de junio)”, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 192, 2016, pp. 187 y ss.

²⁹³ *Vid.* ENGISCH, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, traducción de GARZÓN VALDÉS, E., presentación de GARCÍA SAN MIGUEL, L., edición al cuidado de MONEREO PÉREZ, J. L., Granada, Comares, 2001, pp. 127 y ss.

y contenido jurídico es incierto en su formulación normativa y aplicación práctica²⁹⁴. Conceptos con textura abierta reclaman un amplio margen de discrecionalidad que no debe alcanzar nunca a puros juicios de oportunidad²⁹⁵.

Es el propio artículo 54 ET quien otorga pinceladas sobre la gravedad y la culpabilidad. La ponderación de la gravedad se fundamenta en diversos criterios: el primero se refiere a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Española y que constituye el bien jurídico de mayor valor por lo que su menoscabo se manifiesta de por sí grave; pero al mismo tiempo la ponderación de la gravedad se basa en un segundo criterio conjunto referido a la intensidad de la lesión producida. En la difícil tarea de graduar la intensidad de la lesión debemos de tener en cuenta eventualidades de naturaleza heterogénea como el daño económico desencadenado por la conducta del trabajador, el daño a valores morales, la categoría profesional del trabajador, la existencia de advertencias empresariales previas o el grado de tolerancia en la empresa, entre otras circunstancias²⁹⁶.

En la culpabilidad se exige, con carácter general, imputabilidad de la conducta al trabajador aunque no sea en concepto de autoría *stricto sensu*. Pero la culpabilidad también requiere voluntariedad o consciencia en la acción u omisión del incumplimiento o desobediencia laboral²⁹⁷. En otros términos, que en la actuación del incumplimiento contractual haya existido intención como expresión sinónima de dolo o de imprudencia en cuanto equivalente a negligencia o carencia de la debida atención y cuidado en la actividad objeto de crítica²⁹⁸; pero, además, la acción objeto de reproche no debe encontrar justificación alguna²⁹⁹. La voluntariedad o intencionalidad es el requisito que mayores dificultades prácticas plantea en el ejercicio judicial porque sus eventualidades pueden ser de dos tipos: de índole objetiva, extrínsecas al trabajador; y de carácter puramente subjetiva, intrínsecas a su persona. En las de índole objetiva ha de tenerse presente los supuestos de fuerza mayor u otras circunstancias que tienen que ver con la ocupación empresarial y laboral que pueda ejercer presión externa sobre la voluntad del trabajador. En las de índole subjetiva ha de tenerse en cuenta los trastornos psicológicos volitivos y demás elementos del supuesto de hecho. Por supuesto la culpabilidad o la falta de culpabilidad admite grados³⁰⁰.

La concurrencia de un incumplimiento contractual grave y culpable del empleado no acarrea la extinción del contrato de trabajo automáticamente sino que sólo

²⁹⁴ ENGISCH, K.: *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*; estudio preliminar, epílogo y traducción de GIL CREMADES, J. J., edición al cuidado de MONEREO PÉREZ, J. L., Granada, Comares, 2004, pp. 119 y ss.

²⁹⁵ MONEREO PÉREZ, J. L.: “El despido colectivo tras las sucesivas reformas laborales”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 163.

²⁹⁶ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 891.

²⁹⁷ GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: “La noción de incumplimiento contractual grave y culpable en la jurisprudencia”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., pp. 118 y 119.

²⁹⁸ STS 25 de octubre de 1984 [RJ 1984, 5331].

²⁹⁹ GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: “La noción de incumplimiento contractual grave y culpable en la jurisprudencia”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., pp. 118 y 119.

³⁰⁰ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 121.

confiere al empresario la facultad de proceder a extinguir la relación laboral; condición de la que puede, o no, hacer uso³⁰¹. En otros términos, producido el incumplimiento contractual del trabajador surge la potestad o el derecho a despedir del empresario, de modo que no utilizado, aquél incumplimiento deviene ineficaz³⁰².

El examen de la gravedad y de la culpabilidad del incumplimiento contractual del trabajador queda englobada en la denominada doctrina gradualista o de la proporcionalidad entre el hecho, la persona y la sanción³⁰³.

Las cuestiones ubicadas en el área disciplinaria o sancionatoria han de examinarse de tal suerte que se resalten todos sus aspectos: objetivos, subjetivos, antecedentes y coetáneos³⁰⁴. Se trata de efectuar un juicio de proporcionalidad que requiere de una estricta valoración de la adecuación entre incumplimiento y despido con arreglo a un conjunto de criterios jurídicos de índole objetiva –gravedad– y subjetiva –culpabilidad–³⁰⁵.

La máxima sanción sólo puede ser impuesta cuando el trabajador realiza el acto imputado con plena conciencia de que su conducta afecta al elemento espiritual del contrato o con grave imprudencia. Además, deben valorarse las circunstancias concurrentes y la realidad social, debiéndose conjugar conducta, antecedentes, trascendencia y gravedad para adecuar el acto con la sanción. Los más elementales principios de justicia exigen una perfecta proporcionalidad y adecuación entre el hecho, la persona y la sanción; el objetivo es buscar la auténtica realidad jurídica a través de un análisis específico e individualizado³⁰⁶. El motivo se justifica al ser la sanción del despido la más lesiva, por su relevancia y gravedad, de entre todas las que puede imponer el empresario conforme al poder disciplinario que le atañe, por lo que su análisis y valoración ha de responder a las formalidades de ponderación entre el acto realizado y la pena impuesta, llevando a cabo una ocupación singularizada de la conducta del trabajador a fin de determinar si procede o no la conservación de la sanción impuesta³⁰⁷.

Es esta combinación de elementos objetivos y subjetivos, elementos constitutivos del incumplimiento y elementos circunstanciales al mismo, lo que los tribunales denominan doctrina gradualista. Esta teoría, a la hora de calificar el despido como procedente o improcedente –y su coste de oportunidad³⁰⁸–, obliga a tener en cuenta las especiales circunstancias que concurren en cada supuesto a fin de lograr una adecuada proporción entre la infracción y la sanción, individualizando los actos

³⁰¹ MELLA MÉNDEZ, L.: *La formalización del despido disciplinario. Un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 13.

³⁰² BLASCO SEGURA, B.: “El despido disciplinario en la nueva normativa laboral”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 5, 1981, p. 40.

³⁰³ Vid. BURRIEL RODRÍGUEZ, P.: “La teoría de la gravedad y culpabilidad en el despido disciplinario. Las cláusulas de blindaje en la relación laboral común”, en *Aranzadi Social: Revista doctrinal*, núm. 18, 2010, p. 47.

³⁰⁴ ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) et al: *Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, Valencia, Wolters Kluwer, 2010, p. 243.

³⁰⁵ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: *La causalidad del despido disciplinario*, cit., p. 101.

³⁰⁶ STS 16 de julio de 1986 [RJ 1986, 4524].

³⁰⁷ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, cit., pp. 28 y ss.

³⁰⁸ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: *El Despido Colectivo en el Derecho Español: estudio de su Régimen Jurídico*, Pamplona, Aranzadi, 1997, p. 68.

realizados por el trabajador y los efectos producidos en el ámbito de la empresa, ponderando los elementos tanto objetivos como subjetivos a favor de su adecuada o inadecuada justificación³⁰⁹.

Han de ponderarse de forma particularizada todos los aspectos –subjetivos y objetivos³¹⁰– teniendo en cuenta los antecedentes y circunstancias coetáneas que definen la relación laboral como una relación continuada en el tiempo; pudiendo, por ello, hechos idénticos ser tratados de forma distinta según las circunstancias concurrentes³¹¹.

Los elementos de proporcionalidad y adecuación entre el hecho, la persona y la sanción se clasifican en criterios de índole objetiva –referidos a la gravedad– y criterios de índole subjetiva –referidos a la culpabilidad–. Veámoslos³¹²:

Son criterios de índole objetiva los siguientes: a) Bienes jurídicos protegidos de lesión con especial importancia a los derechos fundamentales, a la economía de la empresa y a la economía básica del contrato de trabajo. b) Repetición, continuidad y advertencias empresariales. c) Concurrencia de causas: puede darse la situación de que el incumplimiento contractual del trabajador pueda incluirse en dos o más causas justas de despido disciplinario valorándose de manera individual. d) Nivel profesional del trabajador: cuanto más elevada es la jerarquía, cualificación y cometidos profesionales del empleado más grave será el incumplimiento. e) Antigüedad y trayectoria previa: la valoración de la trayectoria del trabajador puede atenuar su responsabilidad.

Son criterios de índole subjetiva los siguientes: a) Intencionalidad maliciosa: la acción u omisión aparece especialmente cualificada por la intencionalidad maliciosa. b) Trastornos con obnubilación de las facultades volitivas: los factores de índole subjetiva suelen aparecer en la casuística judicial en sentido exculpatorio del trabajador –nos referimos a las situaciones de trastorno psicológico, de enfermedad, de pérdida de control de la voluntad, fuerza mayor o caso fortuito–. c) Conflictividad laboral o provocación previa: en un contexto de conflictividad laboral habrá circunstancias que podrán actuar de atenuantes de la sanción impuesta. d) Otros trastornos psicológicos, embriaguez o toxicomanía.

5. El punto de partida en la construcción de la institución del despido: la extinción disciplinaria como fuente de inspiración de otros despidos

Para delimitar la figura jurídica del despido, no es posible acomodarse solo a la literalidad de la ley, ya que, más allá de la misma se requiere buscar lo que esta institución sustenta³¹³. El punto de partida en la regulación de esta figura jurídica nos obliga a situarnos en uno de los dos polos siguientes: o en la aceptación de la libertad del despido, o, por el contrario, en el establecimiento de límites al poder empresarial del mismo. Aún así existen situaciones intermedias: es posible admitir libertad en el

³⁰⁹ STSJ Cataluña 5 de noviembre de 2002 [AS 2002, 2316].

³¹⁰ SALCEDO BELTRÁN, M^a. C. y GARCÍA GONZÁLEZ, G.: “Extinción del contrato por despido disciplinario: aspectos sustantivos y procesales”, en ALFONSO MELLADO, C. L., RODRÍGUEZ PASTOR, G. E. y SALCEDO BELTRÁN, M^a. C. (Coords.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 331.

³¹¹ STSJ Navarra 31 de enero de 2002 [AS 2002, 1054].

³¹² GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: *La causalidad del despido disciplinario*, cit., pp. 102 y ss.

³¹³ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Derecho, Trabajo y Despido”, en CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: Presente y futuro de la Regulación del Despido*, cit., pp. 26 y ss.

despido acompañado de un sistema de protección sólido frente a la pérdida del trabajo, incluyendo compensaciones a cargo del empresario pese a la inicial apariencia de licitud del despido; pero, también es posible un sistema donde las restricciones impuestas al despido sean tan ligeras que en la práctica no supongan, respecto al empresario, una reducción efectiva de su poder de despedir. En este segundo caso –límites impuestos al despido– la decisión de extinción del contrato de trabajo se encontraría jurídicamente regulada y tutelada por la ley, lo que posibilitaría realizar un control judicial sobre los motivos que sustentan y fundamentan la decisión empresarial de extinguir el contrato de trabajo, jurídicamente denominado *ad causam*; en este sistema, la regla general es la ilicitud del despido sin causa justa que lo justifique. Sin embargo, en el primero de los supuestos planteados –libertad en el despido– la decisión jurídica sería *ad nutum*. Pero aún admitiendo un sistema de libertad en el despido, el motivo que justifica la extinción del contrato de trabajo puede viciar el acto de despedir por lesionar, ya no el derecho inexistente a la permanencia de la relación laboral, sino cualquier otro derecho específicamente integrado en la figura jurídica del trabajador –derecho a la no discriminación, derecho a la libertad sindical, derecho a la libertad ideológica, entre otros–³¹⁴.

De acuerdo con nuestro sistema jurídico, obviamente, la instauración de un sistema de despido libre o que impidiese al empleado despedido solicitar la revisión de la extinción de su relación laboral sería directamente inconstitucional³¹⁵. La subordinación del despido al principio de causalidad –para su justificación– puede ser apreciada como la exteriorización del reconocimiento constitucional del derecho al trabajo en su vertiente de estabilidad en el empleo³¹⁶. El derecho al trabajo garantizado en nuestra Constitución Española, *ex* artículo 35.1, obstaculiza, en un plano formal, que la legislación permita despedir sin causa o motivación justa –prohibición constitucional del despido *ad nutum* o carente de motivación³¹⁷–, incurriendo en tacha de inconstitucionalidad si existiera norma que así lo estableciera³¹⁸; por otra parte, precisa de una adecuada protección legal frente al despido ilegítimo³¹⁹. Asimismo, el principio de causalidad también puede ser extraído desde la perspectiva estrictamente *iusprivatista* dentro del marco del derecho de obligaciones³²⁰.

Siendo fieles a nuestra tradición histórica, a las exigencias constitucionales –en especial, a los artículos 35.1 y 38 CE–, al principio de reconocimiento del Estado social y democrático de derecho y a nuestros convenios internacionales, en España rige el principio general de limitación legal del despido sujeto a condiciones de fondo y de forma. Se reconoce protección frente a la figura jurídica del despido, pero al mismo par, se admite la institución del despido como facultad empresarial. En efecto, la regulación

³¹⁴ *Ibidem*, p. 30.

³¹⁵ BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J.: *El despido o la violencia del poder privado*, Madrid, Trotta, 2009, p. 67.

³¹⁶ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: *El Despido Colectivo en el Derecho Español: estudio de su Régimen Jurídico*, cit., p. 30.

³¹⁷ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “La reconfiguración causal del despido colectivo: algunas reflexiones críticas”, en CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: Presente y futuro de la Regulación del Despido*, cit., p. 161.

³¹⁸ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los despidos colectivos en el ordenamiento interno y comunitario*, Madrid, Civitas, 1994, p. 26.

³¹⁹ HEPPLER, B.: “A right to Work”, en *IFL*, núm. 10, 1981, p. 76.

³²⁰ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: *El Despido Colectivo en el Derecho Español: estudio de su Régimen Jurídico*, cit., p. 30.

del despido se encuentra profundamente conectada con los poderes del empresario: la inclusión de los poderes empresariales en un marco de principios y reglas sustentadas en la razonabilidad conlleva que esas mismas exigencias se expandan a otros aspectos del poder de dirección –y viceversa–³²¹. Poder de dirección del empresario que se concreta en un conjunto unitario y objetivado de potestades jurídicas reconocidas con la finalidad de facilitar una eficiente organización empresarial, la ordenación de las prestaciones laborales y la corrección de aquellas conductas laborales ilícitas cometidas por el propio personal de la empresa³²².

El despido es un acto de fuerza que proviene del poder privado de la empresa, un poder que despliega efectos por la dirección de la misma y, además, en régimen de monopolio. Utilizando expresión es el leviatán del poder económico que produce un poder privado³²³; el despido queda reducido a la dominación que supone la aplicación de la fuerza del empresario con vistas a los resultados de la propia organización de la producción³²⁴. El despido se convierte en poder o violencia legítima como elemento celestial que acompaña al poder del soberano³²⁵ –en referencia al empresario– convertido en creencia socialmente asumida y originaria del orden natural de las cosas³²⁶. La lógica jurídica para despedir queda sacrificada rindiendo culto a la competitividad empresarial –a ese nuevo leviatán– que termina por concretarse –lamentablemente– en costes laborales³²⁷. Con esta finalidad se pretende ordenar este acto de fuerza e imposición respecto de los trabajadores subordinados utilizando el componente público-estatal del ordenamiento jurídico laboral³²⁸.

La realidad es que el despido disciplinario, aún cumpliendo con la función de asegurar la disciplina en el trabajo, se utiliza más como función liberatoria con la que desprenderse de un trabajador que ya no interesa, más que como función punitiva o de castigo. Desde un enfoque estrictamente sancionador, las causas justas disciplinarias actúan de acuerdo al principio de tipicidad –cercano al ámbito del Derecho Penal–³²⁹. Al haberse otorgado tanta relevancia a la causa que justifica el despido se han relegado otros elementos de la propia exigencia de justificación de la extinción del contrato de trabajo. Esto ha supuesto que la construcción del despido se haya desarrollado, en nuestro ordenamiento jurídico, a partir de una categoría concreta: nos referimos al despido disciplinario, dónde se entremezclan técnicas típicas del derecho de los contratos y del derecho sancionador³³⁰. Pero lo cierto es que no es aconsejable construir el sistema jurídico del despido en base al disciplinario: en su cimentación se ha obviado la ambigüedad de la perspectiva que ofrece la propia naturaleza de la sanción

³²¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Derecho, Trabajo y Despido”, en CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: Presente y futuro de la Regulación del Despido*, cit., pp. 30 y 31.

³²² RIVERO LAMAS, J. y MONEREO PÉREZ, J. L.: “Artículo 20. Dirección y control de la actividad laboral”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al: El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 297.

³²³ Thomas Hobbes.

³²⁴ BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J.: *El despido o la violencia del poder privado*, cit., p. 46.

³²⁵ REVELLI, M.: *La política perdida*, Madrid, Trotta, 2008, pp. 47 y ss.

³²⁶ BILBAO, A.: *Léxico de economía*, Madrid, Talasa, 1993, p. 9.

³²⁷ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Itinerarios circulares del Derecho del Trabajo: del despido libre al despido indemnizado”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, cit., p. 131.

³²⁸ BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J.: *El despido o la violencia del poder privado*, cit., p. 48.

³²⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Derecho, Trabajo y Despido”, en CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: Presente y futuro de la Regulación del Despido*, cit., p. 34.

³³⁰ BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J.: *El despido o la violencia del poder privado*, cit., pp. 29.

disciplinaria; asimismo, los requisitos de una sanción sustentada en el propio comportamiento del trabajador, naturalmente, han de ser extremadamente rigurosos en su exigencia por tratarse de la sanción más radical de todas, con especial consideración en la imputabilidad, gravedad y culpabilidad de la falta cometida, lo que ha derivado en la consecuencia de que el límite oponible a ese poder de despedir del empresario tenga que ser especialmente riguroso. El problema se halla en el momento en el que, alrededor de la figura jurídica del despido disciplinario –extinción contractual excepcional y no ordinaria–, la doctrina considera pertinente realizar una construcción unitaria de la teoría del despido –alimentando de esta fuente a todas las restantes subespecies de extinción contractual: despido por circunstancias objetivas y despido colectivo–³³¹. Es así que el análisis del despido disciplinario nos permitirá comprender las claves de cómo se ha despedido y se continúa despidiendo en España³³².

6. Los conceptos jurídicos indeterminados: la interpretación valorativa y discrecional de la concurrencia causal

En la valoración judicial del despido el órgano se enfrenta a un verdadero conflicto de intereses, camuflado sobre el ropaje de términos reconducibles hacia la amplia y etérea categoría de los conceptos jurídicos indeterminados³³³, realizando funciones arbitrales más que estrictamente jurisdiccionales –actuaciones muy alejadas del propio ámbito natural de la jurisdicción³³⁴–. Al final, la propia norma remite al operador jurídico como fórmula de control del poder privado³³⁵. El juez laboral se ha visto exigido a ocuparse de una función de componedor y árbitro que considerando datos extrajurídicos ha de resolver auténticos conflictos de intereses, en vez de desarrollar su función tradicional de intérprete y aplicador de una norma preexistente³³⁶. En otros términos, y dada la indefinición subyacente a las nociones jurídicas utilizadas en la noción causal, el operador jurídico actuará más como componedor de intereses de relevancia jurídica que –propiamente– como aplicador de las normas³³⁷ –que incluso dependiendo de la proclividad de los jueces podrán fallar en uno u otro sentido³³⁸–.

La indeterminación en la causalidad se convierte en uno de los incidentes más irresolutos de la relación laboral que, junto a una nefasta redacción, genera inseguridad jurídica y desfavorece la posición de los más interesados en la plena justificación de las

³³¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Derecho, Trabajo y Despido”, en CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: Presente y futuro de la Regulación del Despido*, cit., p. 35.

³³² MALO OCAÑA, M. Á.: “La evolución institucional del despido en España: una interpretación en términos de un accidente histórico”, en *Revista de Historia Económica - Journal of Iberian and Latin American Economic History*, cit., p. 89.

³³³ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “La reconfiguración causal del despido colectivo: algunas reflexiones críticas”, en CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: Presente y futuro de la Regulación del Despido*, cit., p. 172.

³³⁴ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los despidos colectivos en el ordenamiento interno y comunitario*, cit., p. 141. VIDA SORIA, J.: “Suspensión del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”, en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.) *et al: La reforma del Estatuto de los Trabajadores. El despido. Tomo II*, cit., pp. 19 y 20.

³³⁵ BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J.: *El despido o la violencia del poder privado*, cit., p. 49.

³³⁶ BORRAJO DACRUZ, E.: “Experiencia catalana: predeterminación por pacto colectivo de empresa de las causas económicas y de producción en los despidos colectivos y plurales”, en *AL suplemento*, núm. 17, 1996, pp. 383 y ss.

³³⁷ MONEREO PÉREZ, J. L.: *El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 37.

³³⁸ JAMES MORA, J.: “La dinámica de los despidos en España”, en *Estudios Gerenciales*, núm. 98, 2006, p. 133.

medidas extintivas –los trabajadores–, en cumplimiento del derecho constitucional al trabajo³³⁹ y del principio de no indefensión³⁴⁰, ambos de nuestra norma suprema. Se acepta que el Derecho del Trabajo se mece fluctuadamente en el marco de una doble teleología³⁴¹: una primera, como derecho ordenador de las propias relaciones capitalistas de producción y como conjunto normativo destinado a la incorporación de la clase trabajadora en la dinámica político-institucional del sistema económico vigente; una segunda, basada en el principio de protección del empleado. En suma, cuanto más amplias sean las causas, mayor margen de valoración discrecional, lo que permite abrir mayores espacios para la libre apreciación³⁴²; pero al igual que hay que reconocer que, cuanto más amplia sea la valoración discrecional de la norma que detalla las causas específicas más reforzados se encuentran los poderes del empresario para extinguir los contratos de trabajo, lo cierto es que la actuación del hombre es extremadamente amplia, inimaginable, de ahí quizás el sentido de incluir la cláusula general del incumplimiento contractual grave y culpable –y la genérica buena fe contractual como causa justa del despido disciplinario–. Aún así, la propia legislación consciente de la indeterminación de concretos preceptos disciplinarios, impulsa mecanismos de flexibilidad negocial en la solución de su especificación³⁴³. Además, existe una rígida regulación, no sobre el despido disciplinario con su exigencia de incumplimiento contractual grave y culpable, sino sobre las restantes causas justas detalladas en el apartado 2 del artículo 54 ET, incoherente cuando la buena fe contractual posee excesiva fuerza atractiva, de modo que hace esperar a los desarrollos jurisdiccionales y evaluación de jueces y tribunales –a excepción de determinados supuestos muy evidentes– para conocer si, efectivamente, se ha producido un incumplimiento grave y culpable por parte del trabajador³⁴⁴.

En la regulación del despido, los conceptos jurídicos indeterminados³⁴⁵ –al igual que los principios generales– son técnicas tradicionales que facilitan a los operadores jurídicos realizar interpretaciones recelosas de asegurar un mayor desarrollo del derecho³⁴⁶. En el propio esquema del artículo 54 ET –obviando la generalidad como catálogo no clausurado de las causas justas enumeradas en el apartado 2 del citado precepto– subyace la referencia genérica al incumplimiento contractual grave y culpable

³³⁹ Artículo 35 de la Constitución Española.

³⁴⁰ Artículo 24 de la Constitución Española.

³⁴¹ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: *El Despido Colectivo en el Derecho Español: estudio de su Régimen Jurídico*, cit., p. 95.

³⁴² MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “La reconfiguración causal del despido colectivo: algunas reflexiones críticas”, en CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: Presente y futuro de la Regulación del Despido*, cit., p. 172.

³⁴³ Sobre las causas para valorar el grado de flexibilidad alcanzado, *vid.*, WITTGENSTEIN, L.: *Investigaciones filosóficas*, Barcelona, Instituto de Investigaciones Filosóficas UNAM, 1988, p. 267. “No se puede adivinar cómo funciona una palabra. Hay que examinar su aplicación y aprender de ello. Pero la dificultad es remover el prejuicio que se opone a este aprendizaje. No es ningún prejuicio estúpido”.

³⁴⁴ HART, H. L. A.: *El concepto de Derecho*, traducción de CARRIÓ, G. R., México, Editorial Nacional, 1980, pp. 161 y 162. Esto ocurre cuando los operadores jurídicos –en especial el legislador– se aferran a ciertas características e insisten en que éstas son “necesarias y suficientes para que todo lo que la posea quede comprendido por la regla, cualesquiera sean las restantes características que pueda tener o que puedan faltarle, y cualesquiera sean las consecuencias sociales que resulten de aplicar la regla de esta manera”.

³⁴⁵ ORTEGA LOZANO, P. G.: “El despido colectivo en el ordenamiento interno y comunitario. Interpretación valorativa y discrecional en el juicio de razonabilidad: los conceptos jurídicos indeterminados”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 7, 2017, pp. 587 y ss.

³⁴⁶ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: *El Despido Colectivo en el Derecho Español: estudio de su Régimen Jurídico*, cit., p. 101.

con los que justificar lo razonable de la medida adoptada: medida normal y aceptable en atención a los fines insertos en el programa normativo³⁴⁷. Pero claro, resulta que lo razonable es necesariamente una noción de contenido variable e inestable en derecho³⁴⁸. Lo razonable del efecto de la norma jurídica se convierte en el elemento, en virtud de cual, un sistema jurídico, más o menos complejo, se organiza de forma racional y adecuada para garantizar ciertos fines³⁴⁹. La dificultad que se plantea en el artículo 54 ET es el nexo entre la acción del empleado al que se le achaca el incumplimiento contractual y la medida a adoptar: se convierte en un problema de justificación jurídica teniendo en cuenta que la aceptabilidad racional es una propiedad del resultado final que se obtiene de acuerdo a un procedimiento de fundamentación jurídica³⁵⁰. Lo anterior nos lleva a considerar que, desde el punto de vista técnico, la razonabilidad predominante en el esquema del grupo normativo regulador aplicado a los despidos disciplinarios es el propio de la racionalidad de los fines³⁵¹, sustentado en el razonamiento medio-fin – métodos–, de modo que la decisión es razonable si el medio seleccionado tiene sentido desde el punto de vista propuesto: en suma, se trataría de confirmar la adecuación entre la medida extintiva –que sería el medio– y el fin –sancionar el incumplimiento grave y culpable del trabajador, que a su vez, puede poseer diferentes propósitos: preventivos, necesarios, de reprimenda, etcétera–³⁵².

Nos referimos a la razonabilidad como motivo de justificación. Razonable es aquello que se considera justo o conforme a la razón. El control de razonabilidad es solo un control de racionalidad: cuando se atribuye a un sujeto una facultad discrecional, como el empresario que ante un incumplimiento contractual se le consiente seleccionar entre alternativas diferentes de sanción, su elección por una de estas opciones debe excluir aquellas que manifiestamente sean irracionales o arbitrarias debiendo de actuar conforme a la razón³⁵³. La operación hermenéutica, *ex* artículo 54 ET, como juicio de razonabilidad, se deriva del carácter amplio de la regla jurídica y los conceptos utilizados. La razonabilidad es una directriz que actúa como orientación para hacer referencia a los fines sustantivos del ordenamiento jurídico. La aplicación del juicio de razonabilidad, realizado por el juez u operador jurídico, le exige que a través de unos hechos de una particular situación juzgue los acontecimientos de acuerdo a los valores de esa propia directriz. La utilización del juicio de razonabilidad es una técnica de flexibilidad que, a su vez, posee ventajas pero también inconvenientes³⁵⁴: la indeterminación de los conceptos o términos posibilita la comprensión de las decisiones adoptadas en relación con las circunstancias del caso, con objeto de orientarlos a los

³⁴⁷ PERELMAN, C. y VAN DER ELST, R.: *Les notions à contenu variable en droit*, Bruselas, Bruylant, 1984, *passim*.

³⁴⁸ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “La reconfiguración causal del despido colectivo: algunas reflexiones críticas”, en CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: Presente y futuro de la Regulación del Despido*, cit., p. 177.

³⁴⁹ ARNAUD, A. J.: *Critique de la raison juridique, Oú va la sociologie du droit?*, Paris, LGDJ, 1981, *passim*.

³⁵⁰ AARNIO, A.: *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 239 y ss.

³⁵¹ WEBER, M.: *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1977, *passim*.

³⁵² MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: *El Despido Colectivo en el Derecho Español: estudio de su Régimen Jurídico*, cit., p. 102.

³⁵³ DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “La reforma del despido en la Ley 35/2010”, en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R.: *La reforma del mercado de trabajo: Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, Valladolid, Lex Nova, 2010, p. 93.

³⁵⁴ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: *El Despido Colectivo en el Derecho Español: estudio de su Régimen Jurídico*, cit., p. 103.

resultados sustantivos perseguidos por el ordenamiento jurídico, sin padecer los inconvenientes de la rigidez mecánica –*ex* artículo 54.2 ET– de las reglas estrictas. Pero ocurre que esta directriz –razonabilidad e incumplimiento contractual grave y culpable– se presta a un uso caprichoso por parte de quienes han de aplicarlo, lo que consecuentemente proporciona un grado mucho menor de certeza que las reglas definidas³⁵⁵.

El tronco común del despido disciplinario –*ex* artículo 54.1 ET que, como acabamos de señalar, exige un incumplimiento contractual grave y culpable– presenta una evidente textura abierta³⁵⁶, ya que, cuando se utilizan reglas generales pueden surgir dudas sobre el posible encaje de tales situaciones en el elemento causal³⁵⁷ –quizás no ocurra en todas las causas especificadas del artículo 54.2 ET, pero sí ocurre en la principal y más utilizada: la buena fe contractual–. En definitiva, surgen dudas interpretativas y aplicativas y, si han de resolverse dudas, quienquiera que sea el encargado –en este caso, el juez u operador jurídico– tendrá que proporcionar una solución sustentándose en un acto de la naturaleza de una elección entre alternativas abiertas³⁵⁸. En suma, las leyes se estructuran de manera que, en todas las ramas del derecho, el operador jurídico no puede encontrar y fundamentar sus decisiones mediante sometimiento a conceptos jurídicos fijos cuyo contenido puede ser desarrollado a través de la interpretación, sino que están llamados a formular valoraciones y, de esta manera, a decidir o actuar como si fueran legisladores³⁵⁹.

La referencia a una cláusula general con cierto grado de indeterminación otorga la posibilidad de atraer diferentes intereses y exigencias de acuerdo a la voluntad de quien decide³⁶⁰. La indeterminación de los conceptos facilita la inclusión, en el supuesto de hecho, de una amplia generalidad de casos concretos, a su vez, con mayor disponibilidad para asumir diferentes funciones jurídicas³⁶¹. La propia fisonomía de la norma conlleva un potencial elemento de flexibilidad adaptativa, abierto al criterio hermenéutico histórico y a los cambiantes contextos sociales en donde se desarrolla la aplicación de la norma, muy relevante, sobre todo, cuando su utilización se realiza en situaciones de incertidumbres económicas y de cambios en procesos productivos³⁶².

Cuando los conceptos normativos carecen de claridad en la determinación jurídica –aun cuando se examina el bloque jurídico en su totalidad³⁶³– la aplicación de

³⁵⁵ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “La reconfiguración causal del despido colectivo: algunas reflexiones críticas”, en CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: Presente y futuro de la Regulación del Despido*, cit., p. 178.

³⁵⁶ HART, H. L. A.: *El concepto de Derecho*, traducción de CARRIÓ, G. R., cit., pp. 155 y ss.

³⁵⁷ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: *El Despido Colectivo en el Derecho Español: estudio de su Régimen Jurídico*, cit., p. 266.

³⁵⁸ HART, H. L. A.: *El concepto de Derecho*, traducción de CARRIÓ, G. R., cit., p. 157.

³⁵⁹ ENGISCH, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, Madrid, Guadarrama, 1967, p. 153.

³⁶⁰ TULLINI, P.: *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, Milano, Giuffrè, 1994, pp. 234 y 235.

³⁶¹ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: *El Despido Colectivo en el Derecho Español: estudio de su Régimen Jurídico*, cit., p. 267.

³⁶² MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “La reconfiguración causal del despido colectivo: algunas reflexiones críticas”, en CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: Presente y futuro de la Regulación del Despido*, cit., p. 179.

³⁶³ Si bien es cierto que el artículo 54.2 ET especifica las causas justas de despido disciplinario, entre estas mismas, existen diferentes conceptos jurídicos imprecisos, en donde destaca uno de ellos por su excesiva amplitud y generalidad: la buena fe contractual.

los mismos requiere de un desarrollo que integre, en el razonamiento del operador jurídico, máximas de experiencias o reglas de orden metajurídico –más allá de lo jurídico– con los pertinentes problemas de inseguridad y duda que al operador se le plantean en la fase de interpretación normativa, donde son admisibles opciones diversas –discrecionalidad de elección en la extracción de las interpretaciones jurídicas³⁶⁴–, incerteza que aumenta a medida que avanzamos hacia el núcleo del concepto –en términos de aplicación al caso– denominado halo conceptual³⁶⁵. De acuerdo con esta doctrina³⁶⁶, un concepto jurídico indeterminado se encuentra compuesto por un núcleo de los conceptos³⁶⁷ y su halo³⁶⁸. El núcleo delimita un ámbito de absoluta certeza sobre la significación del concepto –ampliación de la seguridad jurídica–. El halo marca la zona de incertidumbre que existe en cualquier concepto jurídico, más amplia en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados³⁶⁹. Sintetizando, en los conceptos indeterminados existirá duda –inseguridad jurídica– que aplicado al despido disciplinario, permitirá incluir y excluir con certeza determinados supuestos, pero respecto de otros supuestos, las dudas no harán posible afirmar de forma tajante si quedan comprendidos o no dentro del concepto –lo que caería en el *Begriffshof* o halo del concepto–³⁷⁰. Lo anterior genera una potencial inseguridad jurídica ante la que se reclama mayor objetivación interpretativa de tales conceptos imprescindible para las continuas necesidades de justicia –igualdad de tratamiento en casos similares, certidumbre y previsibilidad jurídica³⁷¹–. Se hace necesario, por tanto, un complemento interpretativo que solidifique la norma general en específicas reglas de conducta que desarrollen el contenido abstracto de la ley³⁷², incrementando la certeza en una materia en el que las situaciones han venido siendo evaluadas de forma diferente en función de los sectores, momentos y circunstancias del concreto supuesto³⁷³ –como proponemos, de *lege ferenda*, quizás sería útil una referencia expresa al principio de proporcionalidad dentro de la propia regulación del despido disciplinario–. A ello se añade la actual situación de neta reversión del tradicional garantismo³⁷⁴.

³⁶⁴ Como brillantemente señala HART, H. L. A.: *El concepto de Derecho*, traducción de CARRIÓ, G. R., cit., p. 169: en todo sistema jurídico hay un importante y amplio campo abierto al ejercicio de la discreción de los tribunales –también incluye a los funcionarios– quienes la ejercen fijando el contenido de criterios o pautas inicialmente vagos, resolviendo la incertidumbres de las leyes, o desarrollando y acondicionando las reglas que sólo han sido comunicadas de forma muy general por los precedentes revestidos de autoridad.

³⁶⁵ Expresión de Heck. Vid. MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: *El Despido Colectivo en el Derecho Español: estudio de su Régimen Jurídico*, cit., p. 267.

³⁶⁶ Derivada del Derecho Alemán.

³⁶⁷ El denominado *Begriffskern*.

³⁶⁸ El denominado *Begriffshof*.

³⁶⁹ MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público en General*, Madrid, Civitas, 2004, p. 532.

³⁷⁰ Para mayor abundamiento, vid. GARCÍA SALGADO, M^a. J.: “Determinar lo indeterminado: sobre cláusulas generales y los problemas que plantean”, en *Anuario de filosofía del derecho*, núm. 20, 2003, *passim*.

³⁷¹ GALGANO, F.: *El negocio jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, pp. 455 y ss.

³⁷² KAHN-FREUND, O.: *Selected Writings*, Londres, Stevens & Sons, 1978, p. 56.

³⁷³ MONTALVO CORREA, J.: “Delimitación jurídica del supuesto de despido colectivo”, en DE LA VILLA GIL, L. E. (Coord.) *et al: Reforma de la legislación laboral: estudios dedicados al profesor Manuel Alonso García*, Madrid, Marcial Pons: Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 1995, p. 322.

³⁷⁴ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “La reconfiguración causal del despido colectivo: algunas reflexiones críticas”, en CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: Presente y futuro de la Regulación del Despido*, cit., p. 180.

Si por actos de contenido discrecional aceptamos aquella definición que los concibe como contenido necesario imprecisamente fijado en la norma que, a su vez, utiliza conceptos indeterminados³⁷⁵, es lógico plantearse la existencia de un cierto margen de discrecionalidad –o, con más rigor, de apreciación³⁷⁶–. La existencia de imprecisión en el concepto jurídico indeterminado permite al juez u operador jurídico actuar con cierto margen de discrecionalidad interpretativa, en tanto que no existe solo una única posibilidad de solventar el problema o una única respuesta correcta: en otros términos, una solución que no sea una simple explicación razonable entre los diversos intereses en conflicto a la luz de los fines fijados por el marco normativo legal de cierta maleabilidad, lo que hace que aparezca, en el razonamiento aplicativo judicial, elementos de discrecionalidad³⁷⁷. La valoración, necesariamente, ha de desarrollarse respetando la especificación de los hechos y de la norma jurídica aplicable al caso concreto, y ésta –en referencia a la valoración judicial– se realiza por ser componente intrínseco que impregna el proceso interpretativo jurídico: especialmente, cuando el propio instrumento jurídico aplicable al concreto caso remite a un juicio de adecuada razonabilidad³⁷⁸. Se hace evidente que la norma es insuficiente y que necesita ser completada con datos o elementos fácticos de naturaleza meta-jurídica.

La indeterminación jurídica del concepto –que afecta, al menos, parcialmente a todos los conceptos jurídicos³⁷⁹– implica un análisis comparativo de intereses: a partir de diferentes perspectivas, le incumbe al juzgador, de acuerdo con el marco normativo, dar relevancia a aquél interés que debe prevalecer en el caso concreto³⁸⁰. No se trata de que el operador argumente unos determinados fines que a su juicio tendrían un valor superior, pues además de que no es su función, estos ya constan en la regulación normativa. El operador jurídico tiene que elegir un concreto procedimiento –instrumentos interpretativos o criterios apuntados por la ley– para llegar a esos determinados fines. La interpretación no consiste en una reflexión de intereses absolutamente libre o discrecional derivada de la propia indeterminación de la norma³⁸¹; la propia normativa fija una clara vinculación del aplicador a los fines para los que se constituyó la norma. La ley instaura, de manera imprecisa, el interés, lo que permite que en la elección del medio exista margen de discrecionalidad³⁸². El espacio de libre discrecionalidad para la elección que otorga el propio lenguaje al intérprete puede ser de relativa amplitud, de modo que, si bien la conclusión puede no ser arbitraria o inmotivada, en realidad es una elección³⁸³, que, además, permite la apertura del juicio

³⁷⁵ GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A.: *Los actos administrativos*, Madrid, Civitas, 1991, p. 144.

³⁷⁶ Vid. al respecto BETTI, E.: *Teoría de la interpretación jurídica*, traducción de VERGARA BLANCO, A., Santiago, Universidad Católica de Chile, 2015, *passim*.

³⁷⁷ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: *El Despido Colectivo en el Derecho Español: estudio de su Régimen Jurídico*, cit., p. 269.

³⁷⁸ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “La reconfiguración causal del despido colectivo: algunas reflexiones críticas”, en CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: Presente y futuro de la Regulación del Despido*, cit., p. 181.

³⁷⁹ ENGISCH, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, cit., pp. 139 y 140.

³⁸⁰ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: *El Despido Colectivo en el Derecho Español: estudio de su Régimen Jurídico*, cit., p. 269.

³⁸¹ ENGISCH, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, cit., p. 151.

³⁸² GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A.: *Los actos administrativos*, cit., p. 181.

³⁸³ HART, H. L. A.: *El concepto de Derecho*, traducción de CARRIÓ, G. R., cit., p. 158.

de razonabilidad o proporcionalidad necesario en el examen del grado de adecuación entre medidas y fines normativamente protegidos³⁸⁴.

El operador jurídico, al emplear el contenido del artículo 54 ET, debe ser consciente de la existencia de un margen de discrecionalidad en la aplicación de las normas que es consustancial a los principios político-jurídicos o pautas de valoración insertas en el propio texto normativo: la norma presenta la apreciación de las causas finales en orden a la interpretación de los contenidos, lo que, en última instancia, se orienta a los valores³⁸⁵. No se trata de realizar una interpretación de una causa justa desde la nada o el vacío sino de evaluar la razonabilidad de la medida ejecutada por el empresario –el despido– en relación al supuesto concreto, obviamente, a la luz de una serie de principios que deben quedar garantizados –que constituyen criterios genéricos de lo que se estima justo intentado limitar al máximo el criterio arbitrario– localizándose márgenes decisorios por los que el operador jurídico debe desplazarse a la hora de valorar la gravedad y culpabilidad del incumplimiento del trabajador³⁸⁶. Los principios que deben quedar garantizados son múltiples, además, se contraponen entre sí, lo que provoca incertidumbre entre el control causal de razonabilidad del juez y la libertad empresarial de sancionar al empleado, debiendo de realizarse una equilibrada reflexión de los intereses del mantenimiento del empleo, constatándose la adecuación o no de la causa alegada para extinguir el contrato de trabajo como interés jurídicamente protegido, sustentado en la gravedad y culpabilidad del incumplimiento del trabajador³⁸⁷.

El despido disciplinario es un mecanismo con el que garantizar el cumplimiento del contrato de trabajo, pero a su vez, también es una figura regulada por el propio ordenamiento jurídico con objeto de gestionar, eficientemente, la empresa³⁸⁸. Pero la imprecisión de los conceptos que conforman las causas –en especial, la buena fe contractual a la que puede sintetizarse todas las restantes causas del despido disciplinario– provoca que el intérprete y aplicador de una norma jurídica desarrolle, como indicábamos, una función de componedor y árbitro³⁸⁹ que, considerando y evaluando datos extrajurídicos³⁹⁰, ha de resolver auténticos conflictos de intereses³⁹¹, sustentándose siempre en derecho; en otros términos, el contenido de la norma obliga al

³⁸⁴ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “La reconfiguración causal del despido colectivo: algunas reflexiones críticas”, en CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: Presente y futuro de la Regulación del Despido*, cit., p. 181.

³⁸⁵ LARENZ, K.: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2001, pp. 203 y ss.

³⁸⁶ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “La reconfiguración causal del despido colectivo: algunas reflexiones críticas”, en CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: Presente y futuro de la Regulación del Despido*, cit., p. 182.

³⁸⁷ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: *El Despido Colectivo en el Derecho Español: estudio de su Régimen Jurídico*, cit., p. 270.

³⁸⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Derecho, Trabajo y Despido”, en CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: Presente y futuro de la Regulación del Despido*, cit., p. 38.

³⁸⁹ CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1983, pp. 262 y ss.

³⁹⁰ *Vid.* MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: *El Despido Colectivo en el Derecho Español: estudio de su Régimen Jurídico*, cit., p. 271.

³⁹¹ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los despidos colectivos en el ordenamiento interno y comunitario*, cit., p. 26.

operador jurídico a introducirse en el conflicto de interés subyacente al caso concreto con objeto de constituir su fundamentación jurídica en el sentido de la norma³⁹².

Lo anterior nos lleva a la conclusión de que la formación cultural del juez de lo social se hace relevante al quedar enfrentado a un sistema de valores externos a la propia norma y del que debe hacerse intérprete sensible³⁹³. Sin embargo, el sentido jurisprudencial de las sentencias nos lleva a confirmar una cierta idea de cultura industrial y mercantilizada de la relación laboral, escenario posiblemente constituido por los propios textos normativos europeos³⁹⁴ y el sentido de las reformas laborales sufridas en nuestro ordenamiento interno³⁹⁵. El intérprete jurídico se convierte en el instrumento activo que se encarga de administrar reglas no escritas extraordinariamente relevantes, por sus consecuencias, en el ámbito social. Y la verdad es que el escenario que deviene no es muy esperanzador: se podría casi confirmar que la doctrina judicial española se mueve en esa idea flexibilizadora y neoliberal del trabajo y del contrato de trabajo³⁹⁶. Específicamente en el neologismo flexiseguridad y en la utopía mercantil-empresarial de liberalizar el despido.

7. Efectos sobre la viabilidad de un recurso de casación para la unificación de doctrina en materia de despido disciplinario

Es jurisprudencia reiterada en materia de despido disciplinario aquella que se refiere a la complejidad del requisito de identidad sustancial con el que poder interponer un recurso de casación con propósito de unificar doctrina³⁹⁷. Posición —ésta última³⁹⁸— que se encuentra congregada por la doctrina jurisprudencial cuando en múltiples de sus sentencias hace referencia expresa a los inconvenientes y complejidades que pueden localizarse para llegar a un juicio positivo de contradicción en relación a la valoración de la concurrencia de las causas de despido procedente o improcedente dada la pluralidad de situaciones y actos de trabajo, así como de la aplicación de la doctrina

³⁹² MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “La reconfiguración causal del despido colectivo: algunas reflexiones críticas”, en CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: Presente y futuro de la Regulación del Despido*, cit., p. 183.

³⁹³ ORTEGA LOZANO, P. G.: “La regulación comunitaria de los despidos colectivos como garantía de efectividad de la libre circulación de trabajadores”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: Libre circulación de trabajadores en la Unión Europea. Treinta años en la Unión: XXXV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Huelva, CARL, 2017, pp. 125 y ss.

³⁹⁴ GUINDO MORALES, S.: “Alcance actual de la restricción de acceso al empleo público por razón de la nacionalidad establecida en el artículo 45.4 del tratado de funcionamiento de la Unión Europea”, en *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 6, 2017, pp. 504 y ss.

³⁹⁵ GUINDO MORALES, S.: “La condición de nacionalidad en el acceso a los empleos públicos: alcance actual de la excepción del artículo 45.4 TFUE”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: Libre circulación de trabajadores en la Unión Europea. Treinta años en la Unión: XXXV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Huelva, CARL, 2017, pp. 79 y ss. MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: “La libre circulación de trabajadores nacionales de los Estados miembros: discriminación por razón de nacionalidad e igualdad de condiciones laborales”, en *La Ley Unión Europea*, núm. 51, 2017, *passim*.

³⁹⁶ BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J.: *El despido o la violencia del poder privado*, cit., p. 72.

³⁹⁷ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, cit., pp. 891 y ss.

³⁹⁸ SALCEDO BELTRÁN, M^a. C. y GARCÍA GONZÁLEZ, G.: “Extinción del contrato por despido disciplinario: aspectos sustantivos y procesales”, en ALFONSO MELLADO, C. L., RODRÍGUEZ PASTOR, G. E. y SALCEDO BELTRÁN, M^a. C. (Coords.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 333.

gradualista. De acuerdo con lo expuesto, el despido disciplinario no es materia propia de la unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo por la dificultad de que se produzcan situaciones sustancialmente iguales, ya que en estos casos la decisión judicial se funda en una valoración individualizada –por parte de juzgador– de circunstancias que suelen ser variables, lo que no permite la generalización de las decisiones fuera de su ámbito específico³⁹⁹. Juicio positivo de contradicción que, sin embargo, sí que puede adquirirse en sentencias que declaran, una, el despido nulo por lesión, y otra, una calificación del despido en que no se haya apreciado dicha lesión; de este modo, la contradicción debe centrarse en examinar si el comportamiento del trabajador ha traspasado o no los límites del correspondiente derecho fundamental.

Se pone de relieve la dificultad de construir, en materia disciplinaria, la identidad fáctica que exige el artículo 219 LRJS para que se produzca la oposición de pronunciamientos que abre la vía para la unificación de doctrina. El recurso en unificación de doctrina no puede operar a partir de lo que la doctrina denomina juicios empíricos de valoración de la conducta humana porque, en estos juicios, los elementos circunstanciales de ponderación adquieren la máxima significación en el orden decisorio y, por ello, se resisten a una tarea de unificación doctrinal, que sería, por definición, una labor destinada al fracaso por intentar convertir en general y uniforme lo que, por su propia naturaleza, es particular y variable, pues en tales decisiones opera siempre un elemento de discrecionalidad que no es susceptible de unificación. Por tanto, la calificación de las conductas en materia disciplinaria no es materia propia de la unificación de doctrina porque la decisión parte necesariamente de una valoración individualizada que no permite establecer criterios generales de interpretación. En este sentido, no hay dificultad en afirmar que este tipo de litigios carece de interés casacional y su acceso al recurso no sólo resulta inadecuado en orden a la función unificadora, sino que comprometería gravemente el funcionamiento del recurso de casación en unificación de doctrina con repercusiones muy negativas en la garantía del principio de celeridad, que es esencial en la configuración institucional del proceso social⁴⁰⁰. Queda patente que la calificación de las conductas en materia disciplinaria no son objeto propio de la casación para la unificación de la doctrina, fundamento sustentado en la propia decisión de la valoración individualizada que no permite establecer criterios generales de interpretación⁴⁰¹.

En efecto, *“la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales”*⁴⁰². Por ello, el Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que la calificación de conductas a los efectos de su inclusión en el artículo 54 ET, salvo supuestos excepcionales, *“no es materia propia de la unificación de doctrina ante la dificultad de que se produzcan situaciones sustancialmente iguales, ya que en los casos de calificación de los despidos como procedentes o improcedentes la decisión judicial se funda en una valoración*

³⁹⁹ STS 4 de febrero de 2016 [RJ 2016, 971].

⁴⁰⁰ STS 24 de mayo de 2005 [RJ 2005, 6327].

⁴⁰¹ RIVERO LAMAS, J. y GARCIA BLASCO, J.: “Artículo 58. Faltas y sanciones de los trabajadores”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al: El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 851.

⁴⁰² STS 22 de diciembre de 2016 [RJ 2017, 214].

*individualizada de circunstancias variables, que normalmente no permite la generalización de las decisiones fuera de su ámbito específico*⁴⁰³.

Por tanto, es manifiesta la dificultad existente en la constitución de un juicio positivo de contradicción en el despido disciplinario en aquellos aspectos de valoración de la concurrencia de las causas: nos referimos al incumplimiento grave y culpable de las obligaciones de los trabajadores. Siendo la gravedad y culpabilidad del incumplimiento contractual el elemento fundamental y constitutivo del despido disciplinario, para su valoración se precisa un examen casuístico en el que el juicio de procedencia o improcedencia del despido viene determinado por factores que varían de un supuesto a otro. El primer motivo de esta afirmación existe porque los actos y situaciones de trabajo no son idénticos –varían de una empresa a otra, de un sector a otro, de un grupo profesional a otro y de una circunstancia a otra–. El segundo motivo se localiza en la propia doctrina gradualista, ya que la aplicación de la sanción disciplinaria del despido exige –al propio empresario y a los órganos jurisdiccionales– un detenido análisis de los comportamientos y conductas de los trabajadores despedidos con objeto de determinar la gravedad y la culpabilidad de las faltas cometidas, ponderando todos sus aspectos, objetivos y subjetivos, teniendo presente los antecedentes y las circunstancias coetáneas. Pero la complejidad en la casación unificadora de la estimación de la igualdad sustancial en supuestos de despido no es la misma cuando una de las sentencias comparadas contiene una declaración judicial de despido nulo por infracción de derechos fundamentales y la otra entiende que se ha desbordado el ejercicio de tales derechos: en una sentencia de despido nulo por infracción de derechos fundamentales, el juicio de contradicción no es –como ocurre en el supuesto de comparación de una sentencia de despido improcedente y otra de despido procedente– la aplicación ponderada y proporcionada del poder disciplinario del empresario. El objeto del debate en un despido en el que se alega la vulneración de derechos fundamentales consiste en determinar si la conducta del trabajador está amparada o no por el ejercicio de este derecho. Y en tal valoración judicial existe una probabilidad mayor de sentencias contradictorias sobre litigios sustancialmente iguales, ya que el juez o tribunal parte de la base de que la conducta del trabajador es plenamente lícita y no incurre en incumplimiento alguno –en nítida oposición al presupuesto del incumplimiento más o menos grave o culpable en que se fundamentan las otras calificaciones del despido–. En otros términos, en las sentencias de despido nulo por lesión de derechos fundamentales, el juez o tribunal, a diferencia de lo que sucede en las sentencias de despido procedente o improcedente, no lleva a cabo graduación o ponderación alguna de incumplimientos laborales de mayor o menor entidad: solo verifica que el trabajador ha actuado dentro de los límites del derecho fundamental lesionado. Consecuentemente si los términos de la comparación en el recurso de casación para unificación de doctrina son una calificación de despido nulo por lesión de derechos fundamentales y una calificación de despido en la que no se ha apreciado tal lesión, el juicio de contradicción puede y debe centrarse en la disyuntiva de si las conductas enjuiciadas se comprenden o no dentro de los límites del derecho invocado, límites cuyo trazado o cuyo desbordamiento determinan si ha habido o no incumplimiento laboral. Esta disyuntiva no existe, en cambio, cuando los términos de la

⁴⁰³ STS 22 de diciembre de 2016 [RJ 2017, 214]. En este mismo sentido, SSTS 8 de junio de 2006 [RJ 2006, 8332], 18 de diciembre de 2007 [RJ 2007, 9375], 15 de enero de 2009 [RJ 2009, 2568], 15 de febrero de 2010 [RJ 2010, 2844], 19 de julio de 2010 [RJ 2010, 7126], 19 de enero de 2011 [RJ 2011, 2432], 24 de enero de 2011 [RJ 2011, 403], 24 de mayo de 2011 [RJ 2011, 5097] y 17 de septiembre de 2013 [RJ 2013, 6588].

comparación son distintas calificaciones judiciales de despido procedente e improcedente recaídas sobre distintas conductas laborales que tan solo cuestiona en qué grado ha incumplido el trabajador sus obligaciones: lo que sucede entonces es que el análisis comparativo encaminado a apreciar la igualdad sustancial de sus hechos, fundamentos y pretensiones, ha de versar sobre los límites del ejercicio de los derechos fundamentales y no sobre circunstancias relevantes de incumplimientos laborales⁴⁰⁴.

Tampoco debemos de postergar la facilidad procesal con la que estos asuntos llegan a suplicación ante la Sala de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, siendo concluyente para confirmar el importante *corpus* de sentencias de suplicación que existe sobre las causas justas de despido disciplinario. Todo lo contrario sucede con la casación para la unificación de doctrina, recurso que –como hemos tenido ocasión de confrontar– se ha mostrado prácticamente inalcanzable sobre esta materia, lo que viene imposibilitando que desde principios de los años noventa, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo constituya jurisprudencia en el tema que nos ocupa⁴⁰⁵. El problema de la falta de acceso de estos asuntos ante el Tribunal Supremo, y por ende, la escasez de decisiones sobre esta casuística, puede terminar por perjudicar la elaboración de los criterios de calificación para los que ahora hay que recurrir a la construcción realizada en la casación ordinaria, que por otro lado, ha quedado estancada y anticuada⁴⁰⁶. Desde el inicio de los tiempos del funcionamiento de este recurso de casación para la unificación de doctrina, el Tribunal Supremo ya advirtió que en los supuestos de despido disciplinario es extremadamente difícil que concurren las condiciones exigidas, pues lo enjuiciado son siempre conductas personales que han de ser graves y culpables, y ambos elementos están intrínsecamente vinculados al conjunto circunstancial en el que la conducta se produce, lo que hace que diferencias que desde el punto de vista meramente descriptivo pueden calificarse de accidentes, desde la valoración real y efectiva de la conducta resultan decisivas⁴⁰⁷. Pero más concretamente, el Tribunal Supremo, en relación a las infracciones que tipifica el artículo 54 ET, ha incidido que para erigirse en causa que justifique sanción de despido se ha de alcanzar “*cotas de culpabilidad y gravedad suficiente, lo que excluye su aplicación bajo meros criterios objetivos, exigiéndose, por el contrario, análisis individualizado de cada conducta, tomando en consideración las circunstancias que configuren el hecho, así como las de su autor, pues sólo desde tal perspectiva cabe apreciar la proporcionalidad de la sanción, ya que tales infracciones, las que tipifica el mencionado artículo 54.2, si bien manifiestan incumplimiento contractual, no denotan, abstractamente consideradas, la conjunta concurrencia de culpabilidad y gravedad suficiente*”⁴⁰⁸.

La orfandad en la que se sitúa la doctrina judicial sobre algunos asuntos vitales en la causalidad del despido disciplinario es evidente: la solución solo puede venir de la mano del legislador y de la interpretación del Tribunal Supremo. En suma, la ausencia generalizada de auténtica jurisprudencia sobre la causalidad disciplinaria del despido va en detrimento de la propia seguridad jurídica⁴⁰⁹. El efecto obtenido es el desconcierto y

⁴⁰⁴ STS 20 de abril de 2005 [RJ 2005, 3532].

⁴⁰⁵ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: *La causalidad del despido disciplinario*, cit., p. 73.

⁴⁰⁶ DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Despido y Jurisprudencia: la extinción del contrato de trabajo en la Unificación de Doctrina*, Valladolid, Lex Nova, 2002, p. 81.

⁴⁰⁷ STS 30 de marzo de 1992 [RJ 1992, 1892].

⁴⁰⁸ STS 2 de abril de 1992 [RJ 1992, 2590].

⁴⁰⁹ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: *La causalidad del despido disciplinario*, cit., pp. 74 y 75.

la desconfianza hacia el propio ordenamiento jurídico carente de claridad⁴¹⁰. Por este motivo los pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia resultan determinantes en nuestros días. Por supuesto, esta doctrina no se ha venido edificando en el vacío sino sobre los ya importantes cimientos que aportaban las muchas sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Central de Trabajo en la década de los ochenta⁴¹¹.

8. El declive en el plano legal del modelo constitucional de despido causal: hacia un modelo legal de despido libre, informal y poco indemnizado

El Estado social es una respuesta política y jurídica a la ascendente necesidad de regular las difíciles relaciones económicas y sociales, consecuencia del proceso de industrialización y modernización, así como de las exigencias reivindicatorias de una mayor protección social de los ciudadanos⁴¹². Con la evolución de la constitución liberal en constitución democrático-social del trabajo, acompañada de su forma política de Estado social de bienestar, el empleo mercantilizado se dotó de un estatuto protector, tanto en el ámbito laboral como en la esfera de protección social pública. Su consecuencia fue la desmercantilización parcial del trabajo dificultando la utilización del empleado como mera mercancía *sui generis* sujeta a condiciones de adquisición y uso que eran determinadas por el poder del empresario en cuanto titular de un poder directivo legitimado contractualmente⁴¹³. Es por ello que con objeto de limitar la mercantilización total del trabajo y del trabajador en una organización productiva, disciplinaria, coordinada, organizada y controlada unilateralmente por el empleador, se vinculó al trabajo con el binomio empleo y ciudadanía⁴¹⁴.

Una de las grandes contribuciones de la forma política del Estado social y democrático de derecho ha sido, obviamente, la constitución democrático-social del trabajo, que ha actuado no únicamente como distribuidor de bienes sino también participando, de manera organizativa, limitativa y distributiva, en los poderes sociales, individuales y colectivos, tanto en el ámbito de las organizaciones productivas como de relaciones laborales. Este es el lugar específico de actuación del Derecho Social del Trabajo y del Derecho de la Seguridad Social: este afán de tutelar el trabajo como empleo justifica que el derecho al trabajo se haya enquistado en esta actuación y haya predispuesto la realización de una política de empleo como ámbito de la política pública encaminada a crear, fomentar y repartir el empleo –principalmente asalariado– para, posteriormente, fomentar otras formas de trabajo como el autoempleo y el trabajo autónomo⁴¹⁵.

⁴¹⁰ ALONSO OLEA, M.: *El trabajo como bien escaso y la reforma de su mercado*, Madrid, Civitas, 1995, p. 95.

⁴¹¹ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 114.

⁴¹² MONEREO PÉREZ, J. L.: “Para una crítica de las “soluciones” iusliberales a la crisis económica en el Derecho del Trabajo”, en *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 20-21, 2009, p. 69.

⁴¹³ MONEREO PÉREZ, J. L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2017, p. 234. MONEREO PÉREZ, J. L.: “Libertad profesional y derecho a trabajar (art. 15)”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir. y coord.) y MONEREO ATIENZA, C. (Dir. y coord.) *et al: La Europa de los derechos: estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, cit., p. 335.

⁴¹⁴ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, CES, Madrid, 1996, *passim*.

⁴¹⁵ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Libertad profesional y derecho a trabajar (art. 15)”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir. y coord.) y MONEREO ATIENZA, C. (Dir. y coord.) *et al: La Europa de los*

Es cierto que la actual recesión económica nos hace transportarnos desde la supuesta post-modernidad al replanteamiento crítico de los problemas de la modernidad. La actual crisis que vivimos es suficientemente compleja pues protagoniza, además de una crisis económica de capital, también una crisis política del Estado intervencionista y del propio trabajo⁴¹⁶. La crisis de la empresa es así una crisis de empleo⁴¹⁷. El Derecho del Trabajo asume una función social y también una función económica, bajo condiciones capitalistas de producción que pretenden favorecer la lógica económica sobre la lógica social⁴¹⁸.

Pero el problema surge en el instante en el que se subordinan los fines humanos a la racionalidad instrumental: cuando los seres humanos y su trabajo son observados como meros instrumentos accesorios y dependientes de la sociedad de mercado –se hace prevalecer la eficiencia financiera como eje del orden socio-económico⁴¹⁹–, lo que hace necesario subordinar la racionalidad económica a las reivindicaciones de la naturaleza del hombre; en otros términos, a la racionalidad social⁴²⁰. De lo contrario, acabaríamos sucumbiendo al mercado y a las leyes que lo regulan convirtiéndonos en seres que viven para producir económicamente: la utopía del mercado capta al mundo social como exclusivamente compuesto de individuos autónomos y aislados en el marco de un orden artificial al servicio del mercado –a la que se reduce la sociedad civil–; en otros términos, la sociedad humana quedaría reducida a las relaciones mercantiles⁴²¹.

La modernización exterioriza una imagen difusa en la que la sociedad del mercado deshace a las personas y a su naturaleza para colocarlas, instrumentalmente, a su servicio⁴²²: se coloca en el centro a los objetivos económicos repudiando del propio mercado a amplias capas de población⁴²³, predominando la racionalidad y el cálculo económico –cuyo paradigma se traduce a la empresa moderna⁴²⁴–. Lo cierto es que el ser humano no puede reducirse a pura energía productiva que se incorpora al proceso de producción de bienes y servicios de la empresa para la que presta servicios⁴²⁵. Sin embargo, la tensión permanente entre el orden económico y el orden socio-laboral tiende a resolverse con el predominio de la racionalidad económica sobre la social. Pero

derechos: estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, cit., p. 336.

⁴¹⁶ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Para una crítica de las “soluciones” iusliberales a la crisis económica en el Derecho del Trabajo”, en *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, cit., p. 53.

⁴¹⁷ Vid. SINZHEIMER, H.: *Crisis económica y el Derecho del Trabajo: cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, traducción de VÁZQUEZ MATEO, F., Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1984, *passim*.

⁴¹⁸ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Para una crítica de las “soluciones” iusliberales a la crisis económica en el Derecho del Trabajo”, en *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, cit., pp. 53 y 54.

⁴¹⁹ Vid. COHEN, D.: *Tres lecciones sobre la sociedad postindustrial*, Buenos Aires, Katz, 2007, *passim*.

⁴²⁰ POLANYI, K.: *La gran transformación. Crítica del liberalismo económico*, Madrid, Ediciones de la Piqueta, 1989, pp. 389 y ss.

⁴²¹ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Para una crítica de las “soluciones” iusliberales a la crisis económica en el Derecho del Trabajo”, en *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, cit., p. 64.

⁴²² *Ibidem*, p. 53.

⁴²³ Vid. BARBERO, A. y VUOLO, L.: *La modernización excluyente*, Buenos Aires, Losada, 1995, *passim*. En el mismo sentido, MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: *El derecho a la renta de inserción*, Granada, Comares, 1999, *passim*.

⁴²⁴ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Para una crítica de las “soluciones” iusliberales a la crisis económica en el Derecho del Trabajo”, en *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, cit., p. 63.

⁴²⁵ BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J.: *El despido o la violencia del poder privado*, cit., p. 49.

aun cuando se desea separar ambas racionalidades, en la práctica, son dimensiones interdependientes⁴²⁶.

Lo cierto es que las nuevas políticas adoptan los principios de la libre empresa al mercado de trabajo como si se tratase de un mercado de mercancías en un proceso remercantilizador de la mano de obra: de este modo, se pretende anular al mínimo el coste económico ineficiente hasta su total eliminación para promover la maximización de los beneficios, lo que desembocará en una situación de pérdida de reconocimiento del legítimo interés de los trabajadores en la seguridad del empleo⁴²⁷. Al final, el acto de despido se subordina a la lógica del cálculo económico y a la actuación ordenada por la dirección de la empresa⁴²⁸. La consecuencia es la apreciación del trabajo humano en términos económicos. Así, la constitución social del trabajo se transforma en una constitución flexible de trabajo⁴²⁹.

Creemos que con la aparición del neologismo flexiseguridad se ha planteado un cambio de orientación y de modelo en el Derecho del Trabajo. Se persigue sustituir el patrón de Derecho del Trabajo garantista –basado en un garantismo flexible– por un modelo de Derecho del Trabajo liberalizador –basado en un garantismo débil–⁴³⁰; y con ello, un desplazamiento de la constitución democrático-social del trabajo por una constitución liberalizadora del empleo, característica de un Estado de competencia económica al servicio del funcionamiento del mercado y de la competitividad de las empresas⁴³¹. Expresión de flexiseguridad que parece haber entrado con fuerza en las instituciones de la Unión Europea y que fusiona dos términos antitéticos por naturaleza: flexibilidad y seguridad en el trabajo⁴³². Igualmente, surge también el proyecto de contrato único cuyas consecuencias, a corto y medio plazo, será una contratación indefinida pero con indemnizaciones equivalentes a contratos temporales por la extinción de la relación laboral⁴³³.

Por tanto, se observa como el Derecho del Trabajo clásico es arrinconado en crisis institucional para ser reformulado como Derecho del Trabajo flexible. Este último derecho asume como propia la racionalidad mercantil y el particular funcionamiento del mercado para obtener la máxima rentabilidad del capital: políticamente, se desconstitucionaliza así el modelo clásico garantista de Derecho del Trabajo. Al mismo

⁴²⁶ MONEREO PÉREZ, J. L.: “La intervención administrativa en los despidos colectivos”, en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 125, 2014, p. 274.

⁴²⁷ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: *El Despido Colectivo en el Derecho Español: estudio de su Régimen Jurídico*, cit., p. 141.

⁴²⁸ BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J.: *El despido o la violencia del poder privado*, cit., p. 40.

⁴²⁹ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Nuevas tendencias del Derecho del Trabajo postconstitucional: el modelo de Constitución flexible del trabajo”, en MARTÍN JIMÉNEZ, R. y SEMPERE NAVARRO, A. V. (Coords.): *El modelo social en la Constitución Española*, Madrid Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2003, pp. 1527 y ss.

⁴³⁰ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Para una crítica de las “soluciones” iusliberales a la crisis económica en el Derecho del Trabajo”, en *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, cit., p. 53.

⁴³¹ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Condiciones de trabajo justas y equitativas (art. 31)”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir. y coord.) y MONEREO ATIENZA, C. (Dir. y coord.) *et al: La Europa de los derechos: estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, cit., p. 743.

⁴³² MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “El debate europeo sobre flexiseguridad en el trabajo (reflexiones en torno al “Libro Verde” de la Comisión de las Comunidades Europeas)”, en *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 16, 2007, pp. 171 y 172.

⁴³³ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, cit., p. 263.

tiempo se produce una mutación fáctica con la que desplazar legalmente al modelo constitucional vigente por otro distinto, el modelo correspondiente a la nueva realidad constitucional que responde tan solo a parámetros de racionalidad jurídico-material: una ordenación puesta al servicio de los ajustes estructurales de los mercados laborales bajo el razonamiento de una normalización jurídica sustentada por el gobierno de la economía. La consecuencia es que el trabajador transita de modo fluido como instrumento de mercadería en el campo de las relaciones mercantiles, aunque, eso sí, con la compensación de un sistema de protección social público proveedor de prestaciones mínimas –cada vez más debilitado–⁴³⁴.

Siendo sensatos, lo que realmente proponen los documentos que proceden de Europa⁴³⁵, no es una simple modernización o aclimatación a las actuales transformaciones sino una total mutación del patrón imperante⁴³⁶, lo que exigiría la desintegración del vigente modelo de garantismo flexible y su revocación por un sistema que desemboca, precisamente, en la flexibilidad laboral, la individualización y la primacía del rendimiento empresarial⁴³⁷: en otros términos, subordinado al rendimiento económico. Lo cierto es que la flexibilidad ha pasado de considerarse un valor coyuntural al servicio de las empresas a ser vista como un valor estructural⁴³⁸: se ha producido un desplazamiento de la línea de equilibrio del modelo laboral hacia el territorio de los beneficios empresariales⁴³⁹. Esta mutabilidad de la estructura trata de justificarse culpando al Derecho del Trabajo clásico de la incapacidad de generar empleo suficiente y de calidad, lo que conlleva una inevitable necesidad de flexibilizar o desregular el sistema de derechos y garantías del mismo. Predomina una política de ordenación del trabajo que busca mayor equilibrio entre flexibilidad y seguridad: consecuentemente, entran en conflicto la lógica social –como tutela de la persona del trabajador– y la lógica económica –como atención a las exigencias de la organización productiva–⁴⁴⁰. Desde la Unión Europea se estima que la flexiseguridad generará un mercado de trabajo más justo, imparcial y reactivo ante la innovación y los cambios, previniendo los desfases existentes entre el marco jurídico contractual y la propia realidad del mundo laboral. Se cree que la modernización del Derecho Laboral, en el sentido descrito, podría potenciar la seguridad en el empleo, disminuir el desempleo, simplificar las transiciones en el mercado de trabajo y permitir a las empresas y empleados comprender mejor sus derechos y obligaciones. Pero se obvia, en esta modernización, a los derechos sociales fundamentales consustanciales al constitucionalismo democrático-social. En efecto, son derechos que deberían –patentemente– convertirse en eje vertebrador de cualquier cambio en esta materia tan

⁴³⁴ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Para una crítica de las “soluciones” iusliberales a la crisis económica en el Derecho del Trabajo”, en *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, cit., pp. 72 y 73.

⁴³⁵ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Resultado de la consulta pública sobre el Libro Verde de la Comisión: Modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI.

⁴³⁶ A pesar de todas las reformas flexibilizadoras proyectadas en el actual modelo garantista de Derecho del Trabajo se le sigue acusado de rigidez institucional.

⁴³⁷ El modelo de Derecho Flexible de Trabajo estricto o liberalizador.

⁴³⁸ RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA, J.: *De la rigidez al equilibrio flexible: el concepto de causas económicas y tecnológicas y su evolución legal*, Madrid, Consejo Económico y Social (CES), 1994, p. 21.

⁴³⁹ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: “La versión política 2012 de la reforma laboral permanente. La afectación del equilibrio del modelo laboral”, en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R. (Dir.) *et al: Reforma Laboral 2012: análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma de mercado laboral*, Valladolid, Lex Nova, 2012, p. 49.

⁴⁴⁰ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Para una crítica de las “soluciones” iusliberales a la crisis económica en el Derecho del Trabajo”, en *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, cit., p. 80.

sensible y compleja. Los textos que pretenden modernizar al Derecho del Trabajo muestran indiferencia absoluta a estos derechos reconocidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, incluidos también en los tratados europeos más relevantes, en particular, en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, en la propia Carta Social Europea y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴⁴¹.

Se persigue disminuir la garantía de estabilidad en el empleo, los costes y la tutela de los despidos. El debate se ha trasladado a la óptica del coste de despedir, de manera que las indemnizaciones han adquirido tal importancia que el mantenimiento del puesto de trabajo –estabilidad en el empleo– se ha convertido en un elemento marginal e irrelevante⁴⁴². Sin más remedio, se acepta una mayor mercantilización en la esfera del trabajo a cambio de una teórica seguridad externa en el mercado y en los sistemas de protección social –pero ni el Estado social, ni el Derecho Social del Trabajo pueden ser desplazados a simples instrumentos institucionales al servicio del mercado y de la racionalidad económica⁴⁴³–. Es un modelo de flexiseguridad neoliberal que se sustenta en el principio axial de la eficiencia económica y la competitividad y del vaciamiento paulatino de contenidos fundamentales a lo que es propio del derecho al trabajo, como la protección efectiva frente al despido no justificado a través del cuestionamiento del principio de causalidad, reconociendo el despido libre indemnizado⁴⁴⁴ –también denominado despido libre pagado⁴⁴⁵, despido *ad nutum* indemnizado⁴⁴⁶, subrogado de la libre rescindibilidad del contrato de trabajo⁴⁴⁷ o desistimiento extraordinario *ad nutum*⁴⁴⁸– dónde queda reflejado la escasa o nula eficacia del principio de causalidad⁴⁴⁹. Hay un despido sin coste económico cuando exista justa causa; y un despido sin causa pero con coste económico: al final, el despido no es causal sino que lo es la indemnización⁴⁵⁰. Tales concepciones neoliberales adolecen de características de asignación del factor humano y del trabajo como expresión de valores personales y

⁴⁴¹ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Condiciones de trabajo justas y equitativas (art. 31)”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir. y coord.) y MONEREO ATIENZA, C. (Dir. y coord.) *et al*: *La Europa de los derechos: estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, cit., p. 744.

⁴⁴² BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J.: *El despido o la violencia del poder privado*, cit., p. 151.

⁴⁴³ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Para una crítica de las “soluciones” iusliberales a la crisis económica en el Derecho del Trabajo”, en *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, cit., p. 64.

⁴⁴⁴ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Libertad profesional y derecho a trabajar (art. 15)”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir. y coord.) y MONEREO ATIENZA, C. (Dir. y coord.) *et al*: *La Europa de los derechos: estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, cit., p. 337.

⁴⁴⁵ MONTOYA MELGAR, A.: “La estabilidad en el empleo en el Derecho del Trabajo de España”, en *Revista de Política Social*, cit., p. 60.

⁴⁴⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: “El despido disciplinario y la “modernización” del derecho del trabajo”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al*: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., pp. 129 y ss.

⁴⁴⁷ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Itinerarios circulares del Derecho del Trabajo: del despido libre al despido indemnizado”, en *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, cit., p. 129.

⁴⁴⁸ MURCIA CLAVERÍA, A.: *El despido en España: una perspectiva histórica*, cit., p. 116.

⁴⁴⁹ GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: “Indemnización por despido declarado improcedente en contrato ya extinguido por otra causa: comentario a la STS 4ª de 13 de mayo de 2003”, en *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 2003, p. 696.

⁴⁵⁰ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, cit., p. 27.

profesionales⁴⁵¹. Por este motivo es necesario trabajar en un nuevo discurso que se aparte del neoliberalismo y de la democracia económica del mercado⁴⁵². No debe olvidarse que la construcción jurídica del inicial Derecho del Trabajo se constituyó con la voz e intervención de los propios trabajadores en situación de subordinación en la relación laboral de producción⁴⁵³. Es más: en los orígenes del Derecho del Trabajo se desafía lo existente⁴⁵⁴, por medio de acciones que hacen visible el interés colectivo del grupo social de los trabajadores subordinados⁴⁵⁵.

Las reformas liberalizadoras –neoliberales– tienen la tentación y el propósito de transformar el Derecho del Trabajo en un derecho de la economía: un derecho de regulación funcional-instrumental. Es la pretensión utópica de claudicar la organización de la sociedad al mercado; colateralmente, los efectos serán unas insatisfechas necesidades humanas. En esta concepción instrumentalista y subordinada, el Derecho del Trabajo se convierte en una útil herramienta al servicio del funcionamiento de la economía de mercado: encubre la realidad jurídica de la construcción de un marco institucional más beneficioso para las empresas⁴⁵⁶. Al respecto, la respuesta del Derecho Laboral europeo debería ser la construcción de un sistema de derechos fundamentales protegidos al máximo nivel, con especial interés en el principio de igualdad real y efectiva, limitando los presupuestos económicos y sociales de la fragmentación social⁴⁵⁷. Para comenzar su correcta construcción se debe asumir –cuanto antes– las miserias y consecuencias perversas heredadas del modelo de sociedad industrial y post-industrial constituyendo un modelo de organización social más viable y que permitiera satisfacer las necesidades de protección y garantía de las personas⁴⁵⁸. Tarea excesivamente complicada más cuando la propia flexibilidad en los mercados de trabajo es percibida hoy como una exigencia normal y totalmente asentada de los sistemas productivos, lo que antaño era observada solo como una necesidad de las empresas⁴⁵⁹. Es por este motivo –y por el total arraigo que la flexibilidad posee– por lo que quizás sea más adecuado crear un nuevo tipo de seguridad que se sustente, propiamente, en el trabajo flexible⁴⁶⁰.

⁴⁵¹ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “El debate europeo sobre flexiseguridad en el trabajo (reflexiones en torno al “Libro Verde” de la Comisión de las Comunidades Europeas”, en *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, cit., p. 226.

⁴⁵² CANTARO, A.: *Il secolo lungo*, Roma, Ediesse, 2006, p. 90.

⁴⁵³ BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J.: *El despido o la violencia del poder privado*, cit., p. 42.

⁴⁵⁴ ROMAGNOLI, U.: “¿Desde el estado de bienestar hacia el estado del malestar?”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 36, 2006, p. 18.

⁴⁵⁵ ROMAGNOLI, U.: “Y de pronto es ayer (sobre la precariedad de las relaciones laborales)”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 38, 2007, pp. 19 y 20.

⁴⁵⁶ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Para una crítica de las “soluciones” iusliberales a la crisis económica en el Derecho del Trabajo”, en *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, cit., p. 71.

⁴⁵⁷ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Condiciones de trabajo justas y equitativas (art. 31)”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir. y coord.) y MONEREO ATIENZA, C. (Dir. y coord.) et al: *La Europa de los derechos: estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, cit., p. 745.

⁴⁵⁸ BECK, U.: “Teoría de la modernización reflexiva”, en GIDDENS, A., BAUMAN, Z., LUHMANN, N. y BECK, U.: *Las consecuencias perversas de la modernidad. Modernidad, contingencia y riesgo*, Barcelona, Anthropos, 1996, pp. 223 y ss.

⁴⁵⁹ RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA, J.: *De la rigidez al equilibrio flexible: el concepto de causas económicas y tecnológicas y su evolución legal*, cit., p. 24.

⁴⁶⁰ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “El debate europeo sobre flexiseguridad en el trabajo (reflexiones en torno al “Libro Verde” de la Comisión de las Comunidades Europeas”, en *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, cit., p. 199.

Pero flexibilizar las modalidades de contratación y las modalidades extintivas no equivale necesariamente al despido libre. Es cierto que todo derecho ha de ser flexible – en el sentido adaptable a los cambios que una sociedad se encuentre padeciendo–: es manifiesto que la rigidez del derecho sería contraria a la propia efectividad de las normas. Lo que ocurre es que las empresas apoyan la liberalización atendiendo a una multiplicidad de objetivos: económicos –costes– y de poder –disciplina del trabajador e incremento de la autoridad en la empresa–⁴⁶¹. La valoración de la exigencia de flexibilización se ha transformado desmesuradamente para ser estimada como necesidad permanente y estructural en la ordenación de los mercados de trabajo⁴⁶². Es evidente que la flexibilización ha reforzado el poder individual del empresario en la gestión de las condiciones de la relación laboral, pretendiendo obtener un modelo pleno de gestión empresarial de flexibilidad interna en la propia empresa con objeto de mejorar la tasa de ganancia económica; lo que, inevitablemente, produce un deterioro parcial de la posición contractual de los trabajadores⁴⁶³. La nueva política de flexibilidad laboral no debe consistir en formulas jurídicas cuya consecuencia sea permitir un mayor reforzamiento de las decisiones unilaterales del empresario en la gestión del personal⁴⁶⁴.

Pero lo cierto es que un derecho que protege al principio axial de eficiencia y competitividad –como ejes del sistema– en la lógica de un Estado de mercado y de competencia económica, evidentemente, está apostando por un Derecho del Trabajo sustentado en la producción, eficiencia y competitividad de la economía, lo que, obviamente, desplaza y aparta a la forma típica del derecho social orientada a la desmercantilización del trabajo a través de la protección de los derechos sociales fundamentales vinculados a la persona empleada⁴⁶⁵.

Pero es que, para la construcción de un verdadero modelo de flexiseguridad, debemos encontrarnos un escenario que posea tres características elementales: la garantía de tasas reducidas de desempleo y elevada tasa de actividad; la flexibilización de los dispositivos de contratación, despido –que abarca medidas de minoración de las indemnizaciones económicas– y movilidad interna de los trabajadores; y un sistema de protección social pública que debe desarrollarse a lo largo del ciclo flexible del trabajo⁴⁶⁶. El problema es que al fallar el primero de los elementos citados, el modelo ya está condenado al fracaso. La idea de combinar más flexibilidad en los contratos y

⁴⁶¹ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Para una crítica de las “soluciones” iusliberales a la crisis económica en el Derecho del Trabajo”, en *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, cit., pp. 57 y 58.

⁴⁶² RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA, J.: *De la rigidez al equilibrio flexible: el concepto de causas económicas y tecnológicas y su evolución legal*, cit., p. 22.

⁴⁶³ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: “La versión política 2012 de la reforma laboral permanente. La afectación del equilibrio del modelo laboral”, en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R. (Dir.) et al: *Reforma Laboral 2012: análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma de mercado laboral*, cit., p. 47.

⁴⁶⁴ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “El debate europeo sobre flexiseguridad en el trabajo (reflexiones en torno al “Libro Verde” de la Comisión de las Comunidades Europeas)”, en *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, cit., p. 239.

⁴⁶⁵ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Libertad profesional y derecho a trabajar (art. 15)”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir. y coord.) y MONEREO ATIENZA, C. (Dir. y coord.) et al: *La Europa de los derechos: estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, cit., p. 336.

⁴⁶⁶ MONEREO PÉREZ, J. L.: *El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas*, cit., p. 13.

despidos para el empleador con –teóricamente– más empleabilidad del trabajador⁴⁶⁷, encuentra diversas formas de concepción y plasmación jurídico-institucional –la flexiseguridad defensiva⁴⁶⁸ y la flexiseguridad ofensiva⁴⁶⁹– en pleno debate en los propios países europeos⁴⁷⁰. En la actual coyuntura de crisis de empleo y de despidos masivos, la opción de flexiseguridad liberalizadora está siendo tratada en la nueva Estrategia Europea de 2020⁴⁷¹. No existe un modelo único europeo de flexiseguridad en el marco de un modelo social difuso, inestable y en continua redefinición. Lo que sí debe tenerse en cuenta es que la opción de política del derecho que se adopte respecto a estos dos modelos de flexiseguridad –defensiva y ofensiva– supeditará, adyacentemente, el modelo de organización jurídico-institucional de los despidos⁴⁷². Pero debe tenerse presente que las intensas fluctuaciones de la tasa de empleo española son fruto del predominio de un modelo productivo con prominente importancia de sectores muy relacionados con actividades inestables, estacionales y de carácter temporal –características que no son similares en los restantes países de la Unión Europea–⁴⁷³. Por tanto, lo que en un determinado Estado miembro formado por concretos antecedentes históricos y un específico entramado institucional y social de los mercados de trabajo y las relaciones laborales que lo conforman puede ser efectivo, puede fracasar estrepitosamente en otro⁴⁷⁴.

La descausalización acontecida en la generalización de los despidos hace que, cada vez más, la regulación legal se aproxime a la figura del libre desistimiento, sin más exigencias que una indemnización económica. Una indemnización que, al mismo tiempo, cada vez es inferior: la inexistencia de una reacción apropiada al despido no legítimo debilita la función del derecho al trabajo y su finalidad tuitiva⁴⁷⁵. El efecto de esta disminución económica penaliza, en su dimensión de derecho, a la readmisión obligatoria cuando no haya causa justa en la resolución, lo que a su vez, incentiva más al despido sin causa lo que terminará por ser frecuente si se tiene en cuenta que el crecimiento de la temporalidad en la contratación reduce el número de trabajadores con

⁴⁶⁷ En términos de formación permanente y ayudas públicas para cambiar de empleo de modo no traumático.

⁴⁶⁸ Centrada en la facilitación de los despidos y la reducción de su coste y en el reforzamiento de los poderes empresariales, lo que termina por reconducirse hacia fórmulas de flexiseguridad unidireccional, y por tanto, desequilibradas.

⁴⁶⁹ Que busca un reforzamiento de los mecanismos de flexibilidad interna, la garantía del empleo de calidad, la formación permanente, la flexibilidad negociada y la protección social de los trabajadores en las transiciones laborales, lo que consecuentemente se reconduce hacia la garantía de un equilibrio entre los intereses empresariales y de los trabajadores.

⁴⁷⁰ MONEREO PÉREZ, J. L.: *El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas*, cit., p. 13.

⁴⁷¹ Comunicación de la Comisión, Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, Bruselas, 3 de marzo de 2010.

⁴⁷² MONEREO PÉREZ, J. L.: “Protección en caso de despido injustificado (art. 30)”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir. y coord.) y MONEREO ATIENZA, C. (Dir. y coord.) *et al: La Europa de los derechos: estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, cit., p. 712.

⁴⁷³ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “Extinción contractual en las diversas modalidades de contratación objeto de la reforma laboral”, en MONEREO PÉREZ, J. L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (Dirs. y Coords.) *et al: La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, cit., p. 142.

⁴⁷⁴ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “El debate europeo sobre flexiseguridad en el trabajo (reflexiones en torno al “Libro Verde” de la Comisión de las Comunidades Europeas”, en *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, cit., p. 236.

⁴⁷⁵ STC 20/1994, de 27 de enero [RTC 1994, 20].

una larga antigüedad. La cuestión reside en determinar hasta dónde llegarán las reformas parciales que, paulatinamente, van desfigurando el modelo constitucional. Las incoherencias e inseguridades de la jurisprudencia ayudan, de manera notable, a aumentar la incertidumbre sobre las fronteras que teóricamente no serían superables: la protección de los derechos fundamentales en sentido estricto⁴⁷⁶. Se promueve una concepción de despido descausalizada y desjudicializada, orientada a perjudicar los vínculos laborales más precarios, ya que, al ser limitados en el tiempo, la indemnización apenas detenta efecto disuasorio del proceder extintivo empresarial⁴⁷⁷.

Se contempla una realidad de constantes reformas laborales con un vínculo claro que conecta a todas ellas⁴⁷⁸: el predominio de la idea de liberalización, remercantilización y el constatable hecho de que cada reforma avanza en la intensificación de las medidas flexibilizadoras de garantías laborales y en el fortalecimiento de los poderes directivos del empleador. Las reformas han establecido una relación que conecta, automáticamente, la problemática de la debilidad de los mercados con los mecanismos de despido. La idea que transita en las políticas reformadoras consiste en que la flexibilización y facilitación de la extinción de los contratos laborales permitirá fomentar el empleo estable. Pero el desarrollo de la teoría no se ha verificado en la práctica⁴⁷⁹: la realidad muestra que no existe reciprocidad entre flexibilización del despido y progreso de los mercados de trabajo⁴⁸⁰.

El legislador –por cierto pudor retórico– nunca se ha atrevido a desarrollar una reforma profunda del despido que otorgue, a esta institución, cierto carácter autónomo e independiente –*de lege ferenda*, se podría estudiar la posibilidad de creación de un estatuto jurídico del despido– como realmente merece por su importancia, profundidad e intensidad en las reformas⁴⁸¹. Normalmente, las transformaciones producidas han exteriorizado su intención de reforzar la causalidad de la extinción de los contratos de trabajo hacia la vía correspondiente en función de la causa real que motiva su terminación: verbigracia, muchas extinciones por causas empresariales se venían tramitando a través de la fórmula del despido disciplinario reconocido improcedentemente que, teóricamente, con un coste indemnizatorio mayor⁴⁸², ofrecía

⁴⁷⁶ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Condiciones de trabajo justas y equitativas (art. 31)”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir. y coord.) y MONEREO ATIENZA, C. (Dir. y coord.) *et al*: *La Europa de los derechos: estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, cit., *passim*.

⁴⁷⁷ BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J.: *El despido o la violencia del poder privado*, cit., p. 161.

⁴⁷⁸ MONEREO PÉREZ, J. L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, cit., *passim*.

⁴⁷⁹ Para un estudio estadístico *vid.* GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, cit., pp. 236 y ss.

⁴⁸⁰ MONEREO PÉREZ, J. L.: “El despido colectivo tras las sucesivas reformas laborales”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al*: *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., pp. 149 y 150.

⁴⁸¹ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “La reforma laboral: sentido político-jurídico y técnico”, en MONEREO PÉREZ, J. L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (Dir. y Coords.) *et al*: *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, cit., p. 23.

⁴⁸² Así quedó reconocido en el Preámbulo de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo: “*se da una nueva redacción a las causas del despido por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que establece el Estatuto de los Trabajadores. La experiencia obtenida en los últimos años ha puesto de manifiesto, particularmente en los dos últimos años, algunas deficiencias en el funcionamiento de las vías de extinción previstas en los artículos 51 y 52 c) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto*”

las ventajas de celeridad procedimental, la elusión del control previo y mayor seguridad en cuanto al resultado final⁴⁸³.

En nuestro sistema legal se opta por un modelo de flexiseguridad externa garantista sustentada en la combinación de varios elementos⁴⁸⁴: flexibilidad del despido, reducción del coste, fomento parcial de las medidas de acompañamiento social y políticas activas de empleo y de protección por desempleo⁴⁸⁵. Medidas de seguridad y de acompañamiento social y planes de recolocación que suponen, de un modo u otro, una socialización pública estatal de costes empresariales del despido⁴⁸⁶. Aún así, teóricamente existe inclinación por un método de flexibilidad consensuada consistente en la participación de los distintos agentes sociales implicados⁴⁸⁷. Sin embargo, defendemos que debe apostarse por diseñar un modelo de flexibilidad “ofensiva” en el sentido de apostar por la calidad del empleo (trabajo decente) y la flexibilidad colectivamente negociada⁴⁸⁸.

Por otro lado, en nuestro sistema de empleo existen dosis importantes de precariedad laboral relacionada con la inestabilidad e inseguridad en el trabajo. Su etimología se vincula con la expresión latina *precarius* que significa inseguridad o inestabilidad; deficiente o escaso en recursos económicos; o situación de escasez de medios. La precariedad se vincula con la denominada flexibilidad externa del empleo que comprende la perspectiva temporal de duración del vínculo jurídico contractual, así como la perspectiva extintiva de posibilidades de ruptura unilateral del contrato de trabajo por decisión del empresario –en otros términos, mayor debilidad del empleado frente a la extinción contractual y en particular frente al despido libre, en este caso, poco indemnizado–. Se ha transitado de una situación de pleno empleo –en referencia a contratos indefinidos o tiempo completo pues el empleo nunca ha sido pleno– a un sistema complejo de subempleo flexible y plural –asentado en la formalización jurídica de toda una constelación de figuras contractuales nuevas y atípicas caracterizadas por la incertidumbre y su carácter temporal–. La consecuencia ha sido la solidificación de los principios de libertad de empresa y rentabilidad empresarial frente al empeoramiento de los principios de protección del trabajo y estabilidad en el empleo: se ha asistido a una mutación de un Estado social clásico a un Estado de mercado que, obviamente, prepondera el apoyo a la competitividad de las empresas y de su economía, trasladándose los riesgos económicos a los trabajadores que ahora deben soportarlos. La

Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, al desplazar muchas extinciones de contratos indefinidos realmente basadas en motivaciones económicas o productivas hacia la vía del despido disciplinario improcedente”.

⁴⁸³ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “Extinción contractual en las diversas modalidades de contratación objeto de la reforma laboral”, en MONEREO PÉREZ, J. L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (Dir. y Coords.) *et al: La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, cit., p. 143.

⁴⁸⁴ Vid. al respecto MONEREO PÉREZ, J. L.: *La política de empleo como instrumento de lucha contra la precariedad laboral*, Albacete, Bomarzo, 2011, *passim*. MONEREO PÉREZ, J. L.: “El despido colectivo en la jurisprudencia de Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su incidencia en el Derecho interno”, en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 130, 2015, p. 316.

⁴⁸⁵ MONEREO PÉREZ, J. L.: *El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas*, cit., p. 14.

⁴⁸⁶ MONEREO PÉREZ, J. L.: “El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012”, en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 115, 2012, pp. 315 y ss.

⁴⁸⁷ MONEREO PÉREZ, J. L.: “El despido colectivo tras las sucesivas reformas laborales”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 153.

⁴⁸⁸ MONEREO PÉREZ, J. L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, cit., p. 235.

tendencia del capitalismo globalizado va en la dirección de servirse flexiblemente del empleo, lo que conduce a la propagación de la precariedad del mismo⁴⁸⁹. Un mercado de trabajo en el que no tiene espacio la seguridad laboral ni el empleo de calidad, y menos, el propio principio de estabilidad. La racionalidad económica del capitalismo flexible presiona hacia el trabajo móvil, mortificando a quienes se aferran a las seguridades⁴⁹⁰. La precarización tiende a perder su carácter excepcional para asumir su carácter estructural en las nuevas formas de organización de trabajo del capitalismo flexible⁴⁹¹.

La vigente expansión de la precarización del empleo se observa con la ruptura de las políticas de pleno empleo –de orientación keynesiana⁴⁹²– y su relevo por políticas de tipo neoliberal, sustentadas en la flexibilidad laboral y en la desregulación de los mercados de trabajo⁴⁹³. Las complejidades para la obtención del pleno empleo se relacionan con el factor tecnológico-organizativo de las formas de producción posfordistas, así como al factor de carácter político-jurídico que no sólo ha establecido al pleno empleo como un obstáculo a la rentabilidad máxima empresarial sino también como un instrumento de disciplina social⁴⁹⁴. Lo que es evidente es que bajo un régimen de pleno empleo, obviamente, el despido dejaría de ejercer su papel como medida disciplinaria⁴⁹⁵.

Es manifiesto que la flexibilidad tiene consecuencias en la disciplina del trabajo y de su control a través del reforzamiento de los poderes de dirección empresarial⁴⁹⁶. El deterioro de la calidad del empleo a través de la puesta en práctica de estrategias liberalizadoras implica una manifiesta ruptura del compromiso de la constitución democrático-social del trabajo de avanzar hacia la desmercantilización del empleo. Obviamente, en esta ruptura han incidido las modificaciones de la regulación del empleo, tanto de flexibilidad externa⁴⁹⁷ como interna⁴⁹⁸, proyectadas en sentido

⁴⁸⁹ Vid. MONEREO PÉREZ, J. L.: *Modernidad y capitalismo: Max Weber y los dilemas de la teoría política y jurídica*, Barcelona, El Viejo Topo, 2013, *passim*.

⁴⁹⁰ BECK, U.: *Un nuevo mundo feliz. La precariedad del trabajo en la era de la globalización*, Barcelona, Paidós, 2000, pp. 11 y ss.

⁴⁹¹ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Condiciones de trabajo justas y equitativas (art. 31)”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir. y coord.) y MONEREO ATIENZA, C. (Dir. y coord.) *et al: La Europa de los derechos: estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, cit., p. 769.

⁴⁹² Consúltase MONEREO PÉREZ, J. L., OCHANDO CLARAMUNT, C. y MONEREO PÉREZ, M.: “Keynesianismo y políticas económicas y sociales: una aproximación crítica a las políticas de empleo”, en *Sistema: Revista de ciencias sociales*, núm. 155-156, 2000, pp. 71-113.

⁴⁹³ WEIL, S.: *La condición obrera*, Buenos Aires, El Cuenco de Plata, 2010, p. 142. “Se ha intentado emplear a la ciencia no sólo para la utilización de las fuerzas de la naturaleza, sino además para la utilización de la fuerza humana de trabajo”.

⁴⁹⁴ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Condiciones de trabajo justas y equitativas (art. 31)”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir. y coord.) y MONEREO ATIENZA, C. (Dir. y coord.) *et al: La Europa de los derechos: estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, cit., p. 770.

⁴⁹⁵ KALECKI, M.: “Aspectos políticos de la ocupación plena”, en *Ensayos escogidos sobre la dinámica de la economía capitalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1977, pp. 161 y 162.

⁴⁹⁶ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Condiciones de trabajo justas y equitativas (art. 31)”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir. y coord.) y MONEREO ATIENZA, C. (Dir. y coord.) *et al: La Europa de los derechos: estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, cit., pp. 770 y 771.

⁴⁹⁷ Modalidades de contratación y despidos.

⁴⁹⁸ Salarios y condiciones de trabajo.

liberalizador⁴⁹⁹. No obstante, son posibles sistemas jurídicos en los que se concede mayor o menor importancia a la regulación legal: en consecuencia, flexibilidad no es sinónimo de desregulación⁵⁰⁰. Pero lo cierto es que el marco de reformas desarrolladas en este último ciclo ha supuesto un cambio estructural del modelo normativo preexistente. Actualmente se mantiene un modelo que favorece, en la práctica jurídica, la expulsión de trabajadores en supuestos de recesión económica. El resultado inmediato consiste en el acrecentamiento del poder unilateral de despedir del empresario lo que, inevitablemente, entraña un nuevo desequilibrio de poder en la relación de trabajo⁵⁰¹.

Conviene tener en cuenta la vigencia de una serie de criterios que, asentados por la jurisprudencia, forman auténticas incoherencias con el modelo constitucionalmente regulado –especialmente con el artículo 35 CE–⁵⁰²: a) Es criterio jurisprudencial consolidado que la decisión empresarial de despedir extingue la relación laboral, sin perjuicio de la facultad judicial de restablecerla en un momento posterior tras la estimación de la acción de impugnación del trabajador. A lo precitado se añade la automaticidad de acceso a la prestación por desempleo, sin necesidad de impugnar la decisión del empresario, lo que nos confirma el inmediato efecto extintivo del despido. b) La regla general –en la práctica judicial– no es la readmisión sino justamente lo contrario: de esta manera, se sustituye el modelo de estabilidad real por el de estabilidad obligacional. Aun cuando se reconoce que una manifestación fundamental del derecho al trabajo es la finalidad de readmitir al empleado que ha sido injustamente despedido, en la práctica, la verdadera posibilidad de concluir con una adecuada readmisión es mínima. Se confirma la certeza de que no existe voluntad, ni en el legislador, ni en sus aplicadores, de concretar y poner en funcionamiento un sistema de medidas coercitivas adecuadas al rango normativo de los derechos en juego, en concreto, el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho al trabajo. Los propios tribunales, en materia de despido, consideran constitucionalmente indiferente el cumplimiento por equivalente o el cumplimiento en sus propios términos. Es obvio que la estabilidad obligatoria, que es la que existe en la práctica, no satisface los imperativos del derecho al trabajo; solo cumple con las exigencias la denominada estabilidad real. c) Tutela a la fuerza: imposición de la continuidad en el trabajo, en caso de despido nulo, aun cuando el elemento damnificado sea la integridad moral del empleado. La realidad es que no se garantiza la continuidad cuando se pretende por el trabajador despedido de manera ilícita; pero tampoco se le garantiza la ruptura cuando así lo desee; en estos casos, no puede el trabajador pretender la desvinculación con las indemnizaciones correspondientes salvo acudir, a posteriori o previamente, al artículo 50 ET –extinción por voluntad de trabajador–. En efecto, *de lege ferenda*, creemos que la opción más adecuada sería conceder el derecho de opción al empleado.

⁴⁹⁹ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Condiciones de trabajo justas y equitativas (art. 31)”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir. y coord.) y MONEREO ATIENZA, C. (Dir. y coord.) *et al*: *La Europa de los derechos: estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, cit., p. 778.

⁵⁰⁰ RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA, J.: *De la rigidez al equilibrio flexible: el concepto de causas económicas y tecnológicas y su evolución legal*, cit., p. 29.

⁵⁰¹ MONEREO PÉREZ, J. L.: “El despido colectivo tras las sucesivas reformas laborales”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al*: *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 204.

⁵⁰² 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 MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), MOLINA NAVARRETE, C. (Dir.) y MORENO VIDA, M^a. N. (Dir.) *et al*: *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, cit., pp. 334 y 335.

Sobre la estabilidad real u obligacional, la cuestión de la constitucionalidad se plantea desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva y no desde el derecho al trabajo: la dificultad se localiza al permitirse sustituir la exigencia de causalidad del despido por una indemnización económica tasada⁵⁰³. La jurisprudencia constitucional considera inserto en el derecho al trabajo la propia causalidad del despido; pero si se produce un incumplimiento del principio causal, el efecto será la sustitución de la causa por la monetización del despido sin justa causa⁵⁰⁴. Por tanto, puede extraerse del ordenamiento laboral común una regla general de la que se deriva que el empleado cuyo contrato se extingue por libre decisión del empresario tiene derecho a una indemnización: “*en nuestro actual derecho positivo, existe una regla general mediante la cual a falta de una norma que expresamente, disponga lo contrario, el cese en el empleo por voluntad del empresario sin justa causa lleva consigo, como mínimo, el abono de una indemnización, cualquiera que sea la naturaleza común o especial de la relación laboral*”⁵⁰⁵. Pero lo que debe plantearse es la vinculación entre la indemnización, la cuantía y el respeto del derecho al trabajo. La consecuencia no es otra afirmación que la siguiente: una reducción de las cuantías indemnizatorias de manera que no suponga un límite eficiente para la actuación del empresario supondrá el quebrantamiento efectivo de este derecho⁵⁰⁶. *A contrario sensu*, se está reconociendo implícitamente la indemnización como respuesta constitucional al despido sin causa. La frontera que separa la constitucionalidad de la inconstitucionalidad del despido –sin justa causa– se localiza en la indemnización económica como garantía de tutela del trabajador. Sin referirnos a las críticas existentes por permitir despedir al trabajador sin justa causa a cambio de una indemnización económica, lo cierto es que ha de reconocerse que la única frontera o el único límite real que existe para anular la voluntad del empresario, no es otra que la indemnización económica –ya de por sí débil–. Por ello, destruir o debilitar más la indemnización, conllevaría trasladar la estructura jurídica del despido hacia el ámbito de la inconstitucionalidad⁵⁰⁷.

A pesar de estas afirmaciones contemplamos como en las últimas décadas se están produciendo impetuosas modificaciones normativas que están reestructurando el sistema de garantía legal y convencional –especialmente afectando a la indemnización económica del despido–. En la actual fase de adaptación a las condiciones de competitividad forzosamente impuestas por la globalización económica y financiera, las empresas adoptan la estrategia defensiva de reducir los costes del factor trabajo: la consecuencia será un incremento de la competitividad empresarial acompañada de una adyacente y progresiva pérdida de calidad del empleo y del producto⁵⁰⁸. Por el contrario, en una política ofensiva se apuesta por la calidad del empleo y por conectarla

⁵⁰³ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, cit., p. 50.

⁵⁰⁴ BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J.: *El despido o la violencia del poder privado*, cit., p. 58.

⁵⁰⁵ STC 103/1990, de 4 de junio [RTC 1990, 103].

⁵⁰⁶ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, cit., p. 53.

⁵⁰⁷ *Ibidem*, p. 54.

⁵⁰⁸ Vid. MONEREO PÉREZ, J. L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, *passim*.

con una ocupación que favorezca la integración social y reduzca la pobreza y la desigualdad⁵⁰⁹.

En efecto, el ordenamiento laboral garantista no puede ofrecerse a reducir la indemnización⁵¹⁰. Esas propuestas que ambicionan instaurar un generalizado modelo de despido libre indemnizado se posicionan en la lógica del desplazamiento de la constitución social garantista del trabajo hacia la construcción flexible estricta. Disminuir las garantías del despido no debe contrarrestarse con mayores garantías del sistema de protección social⁵¹¹: lo cierto es que ambos aspectos no son comparables porque operan en planos distintos aunque sean funcionalmente conexos. La primera garantiza la dignificación del trabajo; la segunda garantiza la protección social del trabajador en las transiciones profesionales y frente a las situaciones de necesidad – riesgos sociales del trabajo–. Al final, se trata de dos dimensiones que poseen carácter complementario –ambas garantías no son exclusivas ni excluyentes– y en las que no debe existir conexión de sustituibilidad si realmente se pretende cumplir con el programa civilizatorio del Estado social de derecho: en otros términos, el modelo social europeo del garantismo jurídico flexible⁵¹². En un contexto de recesión económica debe protegerse a los empleados frente al despido injustificado por su mayor fragilidad y subordinación a los poderes empresariales. En un contexto de pleno empleo, la posición social del empleador se debilitaría, creciendo la seguridad y la conciencia de clase de los empleados. Los intereses de los dirigentes empresariales entienden que el pleno empleo duradero es poco conveniente; asimismo, admiten el desempleo como parte integrante del sistema capitalista normal⁵¹³. En suma, se puede, de *lege ferenda*, mejorar la protección de Seguridad Social y los mecanismos de protección social pública compensatoria sin necesariamente disminuir las garantías de los trabajadores en el despido⁵¹⁴.

Cualquier reforma en sentido garantista-flexibilizador exige el garantismo legal laboral y el garantismo legal de Seguridad Social compensador, pero nunca de manera sustitutiva –el uno del otro–: lo contrario supondría aceptar un continuo empeoramiento

⁵⁰⁹ MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: “El derecho a una redistribución equitativa de la riqueza. El derecho al empleo”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), MOLINA NAVARRETE, C. (Dir.) y MORENO VIDA, M^a. N. (Dir.) *et al*: *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, cit., pp. 1367 y 1368.

⁵¹⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: “Sobre el contrato de trabajo único”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 2009, pp. 111 y ss.

⁵¹¹ GUINDO MORALES, S.: “Normas europeas en materia de ocupación y protección social en relación con el ámbito local / Norme europee in materia di occupazione e protezione sociale in relazione con l’ambito locale”, en ÁLVAREZ CORTÉS, J. C. (Dir.) y VILA TIERNO, F. (Coord.) *et al*: *Las políticas de empleo en el ámbito local: Especial atención a colectivos desfavorecidos: Jóvenes, mayores y discapacitados*, Málaga, Ameis, 2017, pp. 55 y ss. ORTEGA LOZANO, P. G.: “Las políticas ocupacionales en el mercado de trabajo europeo y español: Análisis jurídico de las medidas de contratación y emprendimiento para el ingreso de los jóvenes en el mercado de trabajo / Le politiche occupazionali nel mercato del lavoro europeo e spagnolo: Analisi giuridico delle misure di assunzione e imprenditoria per l’Inserimento dei giovani nel mercato del lavoro”, en ÁLVAREZ CORTÉS, J. C. (Dir.) y VILA TIERNO, F. (Coord.) *et al*: *Las políticas de empleo en el ámbito local: Especial atención a colectivos desfavorecidos: Jóvenes, mayores y discapacitados*, cit., pp. 225 y ss.

⁵¹² MONEREO PÉREZ, J. L.: “Para una crítica de las “soluciones” iusliberales a la crisis económica en el Derecho del Trabajo”, en *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, cit., pp. 96 y 97.

⁵¹³ KALECKI, M.: “Political Aspects of Full Employment”, en HUNT, E. K. y SCHWARTZ, J. G. (Eds.): *A Critique of Economic Theory*, Baltimore, Penguin Books, 1972, pp. 420 y ss.

⁵¹⁴ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Para una crítica de las “soluciones” iusliberales a la crisis económica en el Derecho del Trabajo”, en *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, cit., p. 104.

de las condiciones del trabajador y de su pragmatismo integrador en la sociedad democrática⁵¹⁵. Quizás sería el momento adecuado para desarrollar una reestructuración de las políticas sociolaborales utilizando instrumentos de gobierno de la economía social de mercado favoreciendo una constitución económica poderosa –como las diseñadas en el sistema de los tratados fundamentales–: una constitución Europea que no se subordine a la constitución económica o de mercado⁵¹⁶.

Sin embargo, el Libro Verde resta importancia a los principios constitucionales de un sistema de derechos fundamentales⁵¹⁷. Este texto jurídico se distancia de las propuestas relativas que pretenden esparcir la cobertura de los derechos fundamentales y preservar el carácter autónomo e independiente del Derecho del Trabajo⁵¹⁸ –especialmente llamativo es su distanciamiento de la Carta de Niza⁵¹⁹–. Las medidas a adoptar deben esclarecer que las libertades económicas no tienen primacía frente a los derechos sociales fundamentales⁵²⁰. Como respuesta debe reafirmarse la misión protectora de este derecho teniendo en cuenta el reto de la globalización. Cualquier razonamiento que reflexione que el Derecho del Trabajo es un obstáculo para el crecimiento económico constituirá una visión muy simple: de acuerdo con esta afirmación, el Derecho Laboral se trataría de un mero instrumento de política de mercado o una variable económica. Igualmente, no existen evidencias ciertas de que la reducción de la protección contra el despido y el debilitamiento de los contratos laborales duraderos –en beneficio de los contratos temporales– posibiliten el crecimiento del empleo⁵²¹. Es más, la temporalidad fomenta la precariedad, disminuye la productividad e introduce un elemento de disciplina empresarial que termina por fortalecer los poderes del empresario –por desconfianza a la no renovación como sanción o represalia de la actitud del trabajador–⁵²². El modelo que se plantea desde la Unión Europea trata de reducir, significativamente, la protección de la propia relación laboral: establece la necesidad casi ineludible de reducir los costes y la tutela del despido⁵²³; como contraprestación se pretende una mejora –o mejor, un compromiso–

⁵¹⁵ Un correcto uso del modelo garantista-flexibilizador no permitiría reemplazar el estatuto del trabajador por el estatuto de Seguridad Social de la persona.

⁵¹⁶ Vid. al respecto MONEREO PÉREZ, J. L.: “Para una crítica de las “soluciones” iusliberales a la crisis económica en el Derecho del Trabajo”, en *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, cit., pp. 105 y ss.

⁵¹⁷ Sobre el Libro Verde, vid. MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “El debate europeo sobre flexiseguridad en el trabajo (reflexiones en torno al “Libro Verde” de la Comisión de las Comunidades Europeas”, en *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, cit., *passim*.

⁵¹⁸ SCIARRA, S.: *The evolution of Labour Law (1992-2003)*, Luxembourg, Office for official publications of the European Communities, 2005, pp. 62 y 63.

⁵¹⁹ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “El debate europeo sobre flexiseguridad en el trabajo (reflexiones en torno al “Libro Verde” de la Comisión de las Comunidades Europeas”, en *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, cit., p. 178.

⁵²⁰ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Para una crítica de las “soluciones” iusliberales a la crisis económica en el Derecho del Trabajo”, en *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, cit., p. 125.

⁵²¹ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el “Libro Verde - Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI”, Bruselas, 22.11.2006. Vid. también MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “El debate europeo sobre flexiseguridad en el trabajo (reflexiones en torno al “Libro Verde” de la Comisión de las Comunidades Europeas”, en *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, cit., *passim*.

⁵²² MONEREO PÉREZ, J. L.: “Para una crítica de las “soluciones” iusliberales a la crisis económica en el Derecho del Trabajo”, en *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, cit., pp. 114.

⁵²³ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “El debate europeo sobre flexiseguridad en el trabajo (reflexiones en torno al “Libro Verde” de la Comisión de las Comunidades Europeas”, en *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, cit., p. 179.

de la protección asistencial frente al desempleo en forma de compensaciones por pérdidas de ingresos⁵²⁴ –pero la propia Unión Europea debe ser consciente de las características tan diferentes de los distintos mercados laborales que agrupan los países que conforman la nueva Europa–. Un efectivo y adecuado modelo europeo debería basarse en el desarrollo de la alta capacidad de innovación, de la calidad de sus productos y servicios, de su mano de obra cualificada y, sobre todo, de su modelo social⁵²⁵.

Uno de los primeros convencionalismos sobre los que se sustenta el Libro Verde tiene que ver con la idea de que la flexibilización de las relaciones laborales posee un vínculo automático y directo con la reducción de las tasas de desempleo⁵²⁶. La realidad es que todos los trayectos parecen coincidir en la necesidad de facilitar –procedimental y económicamente– el despido. Lo cierto es que el sistema vigente posee carencias evidentes en la reparación del daño producido por el despido; asimismo, tampoco garantiza un efecto disuasorio real frente a los despidos arbitrarios, a excepción –aunque muy limitadamente– de los despidos nulos o despidos de trabajadores que posean una elevada antigüedad –por ser superior su indemnización–⁵²⁷. Aparentemente, parece que el elemento central para modernizar el Derecho del Trabajo pasa, inevitablemente, por la reducción de la protección frente al despido. Esto debe ser rechazado por la doctrina más clásica: ha de reclamarse el desarrollo de un modelo sustentado en principios y valores mínimos que siempre ha caracterizado al Derecho del Trabajo. El sustento para que los trabajadores puedan reclamar frente a condiciones de trabajo ilegales o abusivas y reivindicarse frente a aquellas actuaciones arbitrarias del empresario requiere de una protección correcta y adecuada frente al despido ilegítimo; al mismo par, es un elemento importante para permitir que los empleados estén predisuestos a afiliarse sindicalmente y a participar en las acciones colectivas. Y solo cuando el sistema demuestre un correcto funcionamiento para proteger al trabajador, entonces, podrá aceptarse ese replanteamiento de los niveles de protección en el trabajo: para ello, sería necesario un sistema que provea a los trabajadores de una eficaz política activa del mercado de trabajo con un prominente nivel de protección por desempleo en el marco de una implantación sindical adecuada o un escenario de diálogo social avanzado que garantice, mínimamente, los instrumentos necesarios para una participación activa en la negociación de los cambios y modificaciones institucionales que sean pertinentes⁵²⁸.

Al final, se trata de evitar el reemplazo de la lógica jurídica por la económica más que renunciar a la integración o coordinación entre ambas, por supuesto, desde una perspectiva que evite la contraposición entre economicidad y socialidad. Estamos observando como la eficiencia se está transformando en un solemne principio de acción

⁵²⁴ BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J.: *El despido o la violencia del poder privado*, cit., p. 84.

⁵²⁵ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Hacia los principios comunes de la flexiguridad: Más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad”, Bruselas, 22.04.2008.

⁵²⁶ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “El debate europeo sobre flexiseguridad en el trabajo (reflexiones en torno al “Libro Verde” de la Comisión de las Comunidades Europeas”, en *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, cit., p. 183.

⁵²⁷ DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “La reforma del despido en la Ley 35/2010”, en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R.: *La reforma del mercado de trabajo: Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, cit., p. 75.

⁵²⁸ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Para una crítica de las “soluciones” iusliberales a la crisis económica en el Derecho del Trabajo”, en *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, cit., pp. 121 y 122.

esencial para la construcción de un Derecho del Trabajo sostenido por los valores de la cultura industrial. Pero cuando el Derecho Laboral se analiza en términos económicos, se está produciendo un reduccionismo en la propia descripción de la realidad jurídica, toda vez que el derecho se interpretaría de acuerdo a simples términos económicos –determinismo economicista del derecho– vaciando de significado las categorías construidas por los juristas para ser reemplazadas por categorías sustentadas en el discurso del rendimiento económico⁵²⁹: al final, lo relevante son los números. El objetivo de la eficiencia económica –cultura industrial– de las instituciones jurídicas debe ser compatible con la función del derecho como principal protector de valores superiores del sistema socio-jurídico⁵³⁰. Nada impide que las normas legales puedan desarrollarse bajo criterios de eficiencia –ganancias y riqueza– pero también de efectividad –efectos o consecuencias en los ámbitos de integración social–⁵³¹. Por tanto, aun cuando la eficiencia económica y el sistema socio-jurídico puedan condicionarse lo cierto es que no son excluyentes entre sí.

La crisis social actual es la consecuencia del sometimiento de la sociedad al mercado: en otros términos, a su lógica de racionalidad puramente instrumental. Para obstaculizar esta circunstancia se debe utilizar y tener presente todos aquellos instrumentos disponibles del constitucionalismo social. De lo contrario, las consecuencias de la crisis recaerán sobre los grupos más desfavorecidos. Es posible construir un gobierno democrático de la economía que respete, y no reemplace, la eficacia real del conjunto de los derechos fundamentales. Al respecto, existen varias alternativas de política del derecho sobre la necesidad de introducir ajustes o de atender a las exigencias del modelo: por un lado, encontramos el arquetipo de la flexibilidad de adaptación inherente al garantismo flexible⁵³²; por otro, encontramos la flexibilidad neoliberal que pretende la liberalización del trabajo⁵³³. Obviamente, apostamos por el primero de los modelos, el garantismo flexible, pero, siempre y cuando, las medidas de reforma del mercado en sentido garantista-flexibilizador reconozca el garantismo legal laboral y el garantismo legal de Seguridad Social compensador, pero nunca con carácter sustitutivo del *iuslaboral*: lo contrario supondría una continua decadencia de las tutelas del empleo, obviando el derecho al trabajo, su cometido de dignificación de la condición del trabajador y su funcionalidad integradora en la sociedad democrática⁵³⁴.

Una ordenación normativa correcta sobre la figura jurídica del despido debe cumplir con unas mínimas funciones. Obviamente, debe disuadir de realizar un ejercicio arbitrario de poder por parte del empresario: es por este motivo por lo que el despido gira en torno al principio causal y en un posterior control judicial de las causas empleadas para proceder a la ejecución del mismo; no deben olvidarse las garantías formales. Otra importante función consiste en la reparación del daño producido por la extinción del contrato de trabajo de forma no procedente: la manera más correcta de

⁵²⁹ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo*, cit., p. 391.

⁵³⁰ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: *El Despido Colectivo en el Derecho Español: estudio de su Régimen Jurídico*, cit., p. 142.

⁵³¹ MONEREO PÉREZ, J. L.: *El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas*, cit., pp. 51 y 52.

⁵³² Que apuesta por la contratación estable y una cierta flexibilización de despido o contención del coste económico de mismo, pero sin merma de los derechos de trabajador.

⁵³³ Que se traduce en una re-mercantilización del conjunto de garantías que supone cuestionar el principio de causalidad de despido mediante la propuesta de un despido libre indemnizado mínimamente.

⁵³⁴ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Para una crítica de las “soluciones” iusliberales a la crisis económica en el Derecho del Trabajo”, en *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, cit., pp. 135 y 136.

reparar el daño del trabajador sería, sin duda alguna, a través de su readmisión y no una indemnización por compensación. Asimismo, las consecuencias del despido han de coordinarse con una adecuada protección pública de desempleo. Igualmente, ha de admitirse que una excesiva rigidez de las empresas para actuar ante los cambios circunstanciales puede poseer efectos nocivos que terminen por recaer sobre los propios trabajadores. En otros términos, la deficiencia funcional del mercado laboral acaba proyectándose en determinadas figuras de muy difícil solución: éstas existen, en la actualidad, por haberse permitido que las mismas se conviertan en parte de la configuración –normal– de nuestro sistema y funcionamiento jurídico. Nos referimos a las figuras de aversión empresarial al contrato indefinido –el empresario evita contratos fijos y la consolidación de la antigüedad– y, por ende, al uso y abuso de la contratación temporal, así como el recurso excesivo hacia las contrataciones u otras formas de descentralización productiva, lo que ha originado eternas secuelas de precariedad, de mínima productividad, de nefasta formación del capital humano y de despidos libres poco indemnizados⁵³⁵.

No existe teoría perfecta que solucione todas las problemáticas reales. Eso sí: un correcto sistema de protección del empleo sería aquel que, conformado por un modelo donde se permita a las empresas despedir cuando necesiten suprimir –verdaderamente– puestos de trabajo, lo hagan abonando indemnizaciones razonables por la extinción de la relación laboral; evidentemente, lo anterior debe venir acompañado de un sistema eficiente de amortiguadores sociales y políticas activas de empleo que protejan las transiciones en el mercado de trabajo y que mitiguen, sensiblemente, la duración de los períodos de desempleo⁵³⁶. La reducción del tiempo de desempleo permitirá un equilibrio más dinámico entre la salvaguardia de los poderes de gestión empresarial y la protección de los empleados⁵³⁷. En efecto, se debe impedir decisiones irrazonables, arbitrarias o abusivas que terminen sacrificando, de manera inmotivada, los derechos o intereses de los trabajadores afectados⁵³⁸.

⁵³⁵ DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “La reforma del despido en la Ley 35/2010”, en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R.: *La reforma del mercado de trabajo: Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, cit., p. 67.

⁵³⁶ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “Extinción contractual en las diversas modalidades de contratación objeto de la reforma laboral”, en MONEREO PÉREZ, J. L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (Dirs. y Coords.) *et al: La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, cit., p. 141.

⁵³⁷ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “La reforma laboral: sentido político-jurídico y técnico”, en MONEREO PÉREZ, J. L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (Dirs. y Coords.) *et al: La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, cit., p. 8.

⁵³⁸ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “Extinción contractual en las diversas modalidades de contratación objeto de la reforma laboral”, en MONEREO PÉREZ, J. L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (Dirs. y Coords.) *et al: La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, cit., p. 141.

CAPÍTULO II. LAS CAUSAS ESPECÍFICAS DEL DESPIDO DISCIPLINARIO

SUMARIO. CAPÍTULO II. LAS CAUSAS ESPECÍFICAS DEL DESPIDO DISCIPLINARIO. 1. Faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo. 1.1 Concepto y fundamento. 1.2 Faltas repetidas y principio *non bis in idem*. 1.3 Faltas de asistencia o puntualidad del trabajador. 1.3.1 Situaciones específicas legales o convencionales. 1.3.2 Situaciones judiciales de ausencias o impuntualidades. 1.4 Valoración de la gravedad y culpabilidad. 2. Despido por indisciplina o desobediencia en el trabajo. 2.1 Concepto y fundamento. 2.2 Presunción de legitimidad del mandato empresarial, regularidad de la orden empresarial y justificación de la desobediencia del trabajador: principio *solve et repete* e *ius resistentiae*. 2.2.1 *Ius resistentiae* por razones de seguridad y salud en el trabajo. 2.2.2 *Ius resistentiae* por vulnerar elementos esenciales del trabajador y otros elementos jurídicos dignos de protección. 2.2.3 *Ius resistentiae* frente a órdenes empresariales ilícitas. 2.2.4 Principales focos de discusión del *ius resistentiae*. 2.3 Conductas inmiscuidas en la indisciplina o desobediencia en el trabajo y relacionadas con otras justas causas de despido. 2.3.1 Teoría general de los incumplimientos contractuales de desobediencia, transgresión de la buena fe y abuso de confianza. 2.3.2 Huelga. 2.4 Valoración de la gravedad y culpabilidad. 3. Despido disciplinario por ofensas verbales o físicas. 3.1 Concepto y fundamento. 3.2 Sujeto activo y pasivo: nexo con la relación laboral y tipología de las ofensas. 3.2.1 Ofensas al empresario o empresa. 3.2.2 Ofensas a los familiares del empresario. 3.2.3 Ofensas a los superiores de la empresa. 3.2.4 Ofensas a compañeros de trabajo. 3.2.5 Amenazas. 3.3 Ofensas verbales y físicas. 3.4 Valoración de la gravedad y culpabilidad. 4. Despido por transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño del trabajo. 4.1 Concepto y fundamento. 4.2 Actuaciones que transgreden la buena fe contractual o el abuso de confianza en el desempeño del trabajo. 4.2.1 Deterioro de la imagen de la empresa: libertad de expresión y libertad de empresa. 4.2.2 Menoscabo de la esfera competitiva de la empresa: deber de confidencialidad y prohibición de concurrencia desleal. 4.2.3 Conveniencia de la categoría en la empresa para el lucro indebido: abuso de confianza y manejo de productos propiedad de la empresa. 4.2.4 Conveniencia de la categoría en la empresa para otros fines deshonestos: utilización de materiales, medios o instrumentos de la empresa en beneficio propio o favorecer a terceros con perjuicio para el empresario. 4.2.5 Embuste a la empresa. 4.2.6 El empleo durante la situación de baja por incapacidad temporal. 4.2.7 Motivación voluntaria de ocasionar daños a la empresa o a personas relacionadas con ella. 4.2.8 Abandono del puesto de trabajo. 4.2.9 Otras infracciones básicas en la prestación de servicios: la falta de diligencia. 4.3 Valoración de la gravedad y culpabilidad. 5. La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado. 5.1 Concepto y fundamento. 5.2 Minoración de la productividad: término de comparación. 5.2.1 Término de comparación previamente convenido –rendimiento pactado–. 5.2.2 Término de comparación extraído de la realidad empresarial y laboral: rendimiento normal deducido de la productividad del resto de trabajadores –rendimiento normal objetivo– o rendimiento del propio trabajador en condiciones anteriores –rendimiento normal subjetivo–. 5.3 Tratamiento de otras figuras afines a la disminución del rendimiento de trabajo normal o pactado –ineptitud y falta de aclimatación a modificaciones técnicas– y descenso del rendimiento superior al habitual. 5.4

Valoración de la gravedad y culpabilidad. 6. La embriaguez habitual o toxicomanía con repercusión negativa en el trabajo. 6.1 Concepto y fundamento. 6.2 La influencia del trabajo desempeñado y la matización de la habitualidad: negociación colectiva en la embriaguez o toxicomanía. 6.3 La repercusión negativa en el trabajo. 6.4 Valoración de la gravedad y culpabilidad. 7. El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa. 7.1 Concepto y fundamento. 7.2 Conductas constitutivas de acoso: conocimiento empresarial y ejercicio de poderes disciplinarios. 7.3 Especial atención al acoso sexual. 7.4 Especial atención al acoso moral o *mobbing*.

La estructura necesaria de la que se deduce la necesidad de un motivo justificado para despedir al trabajador –causa justa⁵³⁹– deviene del grupo normativo formado por el artículo 35 de la Constitución Española, el artículo 30 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea –inspirado en el artículo 24 de la Carta Social Europea– y el Convenio número 158 de la OIT.

La referencia a la Carta Social Europea implica que tiene que realizarse una interpretación conjunta del significado, alcance y contenido del despido. Este texto –revisado en 1996– delimita un argumento preciso y garantista del derecho a la protección en caso de despido injustificado: “*para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores a protección en caso de despido, las partes se comprometen a reconocer: a) el derecho de todos los trabajadores a no ser despedidos sin que existan razones válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio; b) el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada. A tal fin, las partes se comprometen a garantizar que un trabajador que estime que se le ha despedido sin una razón válida tenga derecho a recurrir ante un organismo imparcial*”⁵⁴⁰. La Carta Social Europea está reconociendo un derecho subjetivo de contenido social en beneficio o a favor de todo trabajador; obviamente, sin distinción de grupos o categorías específicas. Pero además impone tres tipos de obligaciones directas a los Estados signatarios: el principio de justificado motivo del despido; el principio indemnizatorio o de reparación adecuada por pérdida del empleo; y, por último, el reconocimiento del derecho del trabajador a una acción de defensa ante un organismo imparcial que, generalmente, deberá ser judicial⁵⁴¹.

Pero más allá de esta fuente primaria de valor fundamental –Carta Social Europea– hay que tener en cuenta el Convenio número 158 de la OIT –ya comentado– que posee virtualidad de norma jurídica de derecho internacional uniforme de eficacia normativa vinculante. Instrumento jurídico que sirvió de fuente de inspiración al artículo 24 de la revisada Carta Social Europea que acabamos de comentar. En este

⁵³⁹ MONEREO PÉREZ, J. L.: “El despido colectivo tras las sucesivas reformas laborales”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 173.

⁵⁴⁰ Artículo 24 Carta Social Europea, revisada en el año 1996.

⁵⁴¹ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Protección en caso de despido injustificado (art. 30)”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir. y coord.) y MONEREO ATIENZA, C. (Dir. y coord.) *et al: La Europa de los derechos: estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, cit., p. 696.

texto se consagra y precisa el principio de justificado motivo del despido⁵⁴². Por tanto, la relación laboral no podrá finalizar a menos que exista causa justificada relacionada con la capacidad, conducta o necesidades del funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio⁵⁴³.

De la Carta Social Europea y del Convenio número 158 de la OIT, nos trasladamos a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea –posterior en el tiempo– que establece el derecho de todo trabajador a protección en caso de despido injustificado⁵⁴⁴. Su relevancia estriba en rechazar expresamente el despido *ad nutum* – ocasionando su destierro⁵⁴⁵–.

Se trata de un derecho social íntimamente vinculado al derecho al trabajo y al derecho a trabajar⁵⁴⁶. Se impone garantizar la protección contra el despido injustificado como acto ilegítimo de resolución del contrato de trabajo por decisión unilateral del empleador, siendo titulares de esta garantía, todos aquellos trabajadores que se enfrenten a cualquier despido ilegítimo, pretendiendo garantizar la estabilidad en el empleo –confiriendo seguridad al trabajador frente al riesgo de su pérdida– y el posible ejercicio efectivo de muchos de los derechos garantizados en el orden jurídico – generales o inespecíficos y específicos o sociales–⁵⁴⁷.

Las garantías frente al despido suponen una limitación jurídico-social del principio de libertad de empresa⁵⁴⁸, de manera que el modelo de regulación jurídica del despido incide, de modo significativo, en la distribución y equilibrio de poderes en el marco de la relación jurídico-laboral. Es así que merece una garantía reforzada tanto en textos internacionales y europeos como en los propios ordenamientos jurídicos internos. Así queda mencionado por la propia OIT⁵⁴⁹: “*aunque el objetivo fundamental de la Recomendación es proteger la seguridad en el empleo de los trabajadores, trata también de equilibrar los distintos intereses*”⁵⁵⁰. Se pretende combinar seguridad y

⁵⁴² Artículo 3 Convenio número 158 de la OIT.

⁵⁴³ Artículo 4 Convenio número 158 de la OIT.

⁵⁴⁴ Artículo 30 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

⁵⁴⁵ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y SASTRE IBARRECHE, R.: “Artículo 54. Despido disciplinario”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Granada, Comares, 1998, p. 657. SASTRE IBARRECHE, R.: “Artículo 54. Despido disciplinario”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al: El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 761.

⁵⁴⁶ Artículo 15.1 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

⁵⁴⁷ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Protección en caso de despido injustificado (art. 30)”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir. y coord.) y MONEREO ATIENZA, C. (Dir. y coord.) *et al: La Europa de los derechos: estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, cit., p. 699.

⁵⁴⁸ Principio de causalidad, prohibición de discriminación, derechos de readmisión, derecho de indemnización, entre otros.

⁵⁴⁹ En referencia a la Recomendación sobre terminación de la relación laboral, 1963, número 119.

⁵⁵⁰ OIT. 1974. Estudio General de los Informes relacionados con la Recomendación sobre terminación de la relación laboral, 1963, número 119. Continúa la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones estableciendo lo siguiente: “*por ejemplo, el interés del trabajador en la seguridad en el empleo, puesto que la pérdida del empleo puede entrañar la pérdida, para él y su familia, de los medios de vida indispensables; el del empleador en mantener la autoridad en las cuestiones que influyen en el funcionamiento eficaz de la empresa, y, por último, el interés de la comunidad en mantener relaciones de trabajo pacíficas y evitar desequilibrios innecesarios causados ya sea por el desempleo o por unidades económicas improductivas*”.

flexibilidad pero siempre en la perspectiva del garantismo jurídico del derecho al trabajo y de la dignidad del trabajador. En todo caso, la protección contra el despido ilegítimo o arbitrario forma parte del contenido esencial del derecho al trabajo⁵⁵¹.

Se constituye de este modo la centralidad del derecho a la protección frente al despido ilegítimo dentro de la constitución democrático-social del trabajo que comprende la garantía de los derechos sociales de los trabajadores en el interior y fuera de la empresa⁵⁵². En efecto, el artículo 30 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en coherencia con el Convenio número 158 de la OIT y el artículo 24 de la Carta Social Europea, acogen el modelo de protección contra el despido basado en la estabilidad del trabajo y en la búsqueda de un equilibrio de poderes en las relaciones laborales⁵⁵³: la consecuencia ha desembocado en la actual regulación normativa y sumamente importante construcción jurisprudencial sobre el despido, en concreto, el disciplinario, con unas reguladas causas justas necesarias para determinar la procedencia del mismo.

Y así, en el ordenamiento jurídico español, la técnica que sobrevive conjuga la fundamentación de una causa genérica con la enumeración de unas causas específicas. Esta técnica encuentra su máxima expresión y representación en el artículo 54 ET que establece: “1. *El contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador.* 2. *Se considerarán incumplimientos contractuales: a) Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo. b) La indisciplina o desobediencia en el trabajo. c) Las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos. d) La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo. e) La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado. f) La embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo. g) El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa”.*

Una vez que ya nos hemos referido a los elementos básicos y sustanciales de toda causa justa de despido disciplinario, analizaremos individualmente cada una de las causas concretas o específicas del despido disciplinario, en las que deberán comprenderse las conductas constitutivas de causa justa de despido –gravedad y culpabilidad– en avenencia a una variedad de criterios. Conforme estas pautas y respecto a estas últimas causas especiales optaremos por seguir el orden normativo establecido en el propio artículo 54.2 ET.

⁵⁵¹ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Protección en caso de despido injustificado (art. 30)”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir. y coord.) y MONEREO ATIENZA, C. (Dir. y coord.) *et al: La Europa de los derechos: estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, cit., p. 699.

⁵⁵² MONEREO PÉREZ, J. L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, cit., *passim*.

⁵⁵³ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Protección en caso de despido injustificado (art. 30)”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir. y coord.) y MONEREO ATIENZA, C. (Dir. y coord.) *et al: La Europa de los derechos: estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, cit., p. 700.

1. Faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo

El artículo 54.2.a) ET considera incumplimiento contractual del trabajador a efectos de su despido, “*las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo*”.

1.1 Concepto y fundamento

Las inasistencias o las impuntualidades injustificadas, de una u otra manera, con una u otra vehemencia, transgreden la más primordial de las obligaciones que es la de asistir a trabajar. Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia y puntualidad al trabajo implican que la prestación debida no se está realizando lo que provoca la frustración de la finalidad y objeto del contrato. El empleado no sólo debe un desarrollo ordenado y satisfactorio de su prestación de trabajo sino también el cumplimiento del mismo durante –y a lo largo– de todo el tiempo fijado para su ejecución⁵⁵⁴. Especial significado posee la naturaleza plural en la que se diseña el precepto porque las faltas de asistencia al trabajo no justificadas por parte de la persona trabajadora han de ser múltiples. Igualmente han de ser múltiples los episodios de impuntualidad por parte del empleado; puntualidad que se ha de prolongar y comprender tanto en el momento del comienzo de la jornada laboral como en el momento de su finalización; pero también es posible su incumplimiento durante el desarrollo de la duración de la jornada de trabajo. En ambos sucesos –ausencia total o parcial del trabajo– se ve claramente deteriorado e influenciado el deber de diligencia del trabajador⁵⁵⁵.

Las faltas de asistencia o puntualidad al trabajo se aprecian como incumplimientos contractuales del empleado que pueden provocar la extinción del contrato de trabajo desde dos perspectivas: la primera, porque el trabajador tiene obligación de desarrollar su prestación o servicio laboral en el tiempo establecido⁵⁵⁶; la segunda, porque el artículo 34.5 ET establece la regla siguiente: “*el tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo*”. Las faltas de asistencia y las de puntualidad suponen un incumplimiento del horario que se encuentra preestablecido por quien tiene la potestad de fijarlo⁵⁵⁷.

Dos son los conceptos que debemos distinguir del artículo 54.2.a) ET: falta de asistencia y falta de puntualidad. La falta de asistencia atañe a la ausencia total de trabajo en la jornada diaria estipulada; mientras que la falta de puntualidad consiste en la ausencia parcial del tiempo de trabajo al comienzo, durante o al final de dicha jornada diaria. El elemento característico, tanto de la inasistencia como de la impuntualidad, se encuentra en la omisión del trabajador en su puesto de trabajo, ausencia que en el primer

⁵⁵⁴ BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *Diligencia y negligencia en el cumplimiento. Estudio sobre la prestación de trabajo debido por el trabajador*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981, p. 373.

⁵⁵⁵ TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.: “El despido disciplinario”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 70.

⁵⁵⁶ STSJ Cataluña 17 de febrero de 2005 [JUR 2005, 118386].

⁵⁵⁷ VALVERDE ASENSIO, A. J.: “Faltas repetidas e injustificadas”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 48.

caso –asistencia– es completa durante la pertinente jornada diaria mientras que en el caso de la impuntualidad es parcial en algún momento de dicha jornada diaria⁵⁵⁸.

Acorde a lo estipulado dos son las facultades genéricas que tiene el trabajador de desobedecer sus obligaciones y cometidos en materia de tiempo de trabajo: a) no asistir al trabajo debiendo hacerlo lo que se produce cuando no se comparece al mismo; b) asistir al trabajo pero hacerlo de modo impuntual, situación que puede producirse no sólo cuando se llega tarde al trabajo sino también cuando el trabajador se ausenta antes del fin de la jornada⁵⁵⁹. La distinción entre inasistencia e impuntualidad radica en la gravedad de una y otra –es importante considerar lo que los convenios colectivos estipulan al respecto–: es más grave la ausencia total del trabajador al puesto de trabajo –lo que equivale a inasistencia– que la ausencia parcial del empleado –lo que equivale a impuntualidad–; de ahí que mientras la inasistencia se computa en un corto lapso temporal como puede ser una semana, una quincena, un mes, la impuntualidad exige que para que esta falta sea grave se tome en consideración un período de tiempo más prolongado –tres meses, seis meses, un año–.

Un aspecto vital que ha de analizarse se encuentra en la posible turbación que puede producirse entre la figura de la dimisión por abandono del trabajador y la falta de asistencia del empleado. La diferenciación entre la dimisión por abandono y la falta disciplinaria de inasistencia contemplada en el artículo 54.2.a) ET debe desarrollarse a partir de la interpretación de la voluntad e intención del trabajador en la medida que, la dimisión es, por definición, un acto voluntario de la persona: si la falta de asistencia no evidencia la intención o el deseo claro e indubitable del trabajador de cesar voluntaria y espontáneamente la relación laboral, nos hallaremos ante una mera falta de asistencia, no ante una dimisión por parte del trabajador⁵⁶⁰. Una de las singularidades que caracteriza a la dimisión del trabajador por abandono reside en que la voluntad extintiva del mismo no se revela a través de una comunicación expresa y exteriorizada al empresario sino en el propio acto de no acudir al emplazamiento o lugar de trabajo, lo que se denomina dimisión tácita deducible del propio comportamiento del trabajador tanto coetáneo como anterior y posterior al cese en el trabajo. Y este hecho no se diferencia de la inasistencia contemplada en el artículo precitado. Si la ausencia al trabajo no es expresión inequívoca de voluntad resolutoria constituirá justa causa de despido siempre que la misma sea reiterada y no justificada; aunque si la ausencia es larga, sin aviso ni justificación, se suele crear una presunción a favor del abandono⁵⁶¹.

A efectos formales es vital diferenciar entre ambas figuras jurídicas⁵⁶². La distinción es importante porque si la extinción del contrato se produce por causas diferentes al cese ordenado por la empresa como puede ser por la voluntad del trabajador, el empleado no podrá intentar, de forma viable, la reivindicación de sus

⁵⁵⁸ A ello se refiere la STS 29 de septiembre de 1983 [RJ 1983, 4299].

⁵⁵⁹ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al*: *Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 901.

⁵⁶⁰ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 30.

⁵⁶¹ STSJ Andalucía/Málaga 30 de enero de 2003 [AS 2003, 1366].

⁵⁶² Para un estudio profundo de la dimisión en el ordenamiento jurídico italiano, *vid.* MAINARDI, S.: “L’estinzione del rapporto nella sistematica del Codice Civile. Dimissioni e risoluzione consensuale”, en BESSONE, M.: *Trattato di Diritto Privato*, Volume XXIV, en CARINCI, F. (a cura di) e MAINARDI, S. (Coord.): *Il lavoro subordinato. Tomo III. Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzie dei diritti*, Torino, G. Giappichelli, 2007, pp. 17 y ss.

derechos a través de una demanda sobre despido; por el contrario, si se estima que no ha habido abandono en las ausencias del empleado quien verdaderamente habrá resuelto el contrato será el empresario, y como lo habrá hecho sin seguir los requisitos formales exigidos, el despido será declarado improcedente⁵⁶³. Es el *animus* extintivo del trabajador el elemento nuclear que permite distinguir entre la figura jurídica del abandono y las faltas de asistencia al trabajo⁵⁶⁴.

La búsqueda de la pretensión remite a los criterios generales de interpretación y deducción de la voluntad del empleado, por lo que habrá que tener en consideración las declaraciones anteriores, simultáneas o posteriores, por escrito o palabra, así como otros hechos circunstanciales relevantes; en definitiva, todo aquello que rodea a los actos del propio trabajador. La existencia de elementos que puedan revelar de la conducta del trabajador una voluntad resolutoria o concluyente de la relación laboral, trae como consecuencia que este comportamiento se califique como dimisión y no como falta de ausencia al trabajo. Esa dimisión o voluntad unilateral del trabajador de extinguir el vínculo contractual que le une a su empresario puede manifestarse de forma expresa o de manera tácita: mediante signos escritos u orales dirigidos al empresario pues se trata de una decisión recepticia; o mediante un comportamiento del cual cabe deducir esa intención extintiva. La dimisión exige como necesaria una voluntad del trabajador clara, concreta, consciente, firme y terminante, reveladora de su propósito; puede ser expresa o tácita; pero en este caso ha de manifestarse por hechos concluyentes; es decir, que no dejen margen para la duda razonable sobre su intención y alcance: en otros términos, su deliberado propósito de dar por terminado el contrato, lo que requiere una manifestación de voluntad o una conducta que, de modo incuestionable, revele el elemento intencional decisivo de romper la relación laboral. En cualquier caso, para valorar el propósito del trabajador es necesario precisar, de forma inequívoca, las motivaciones e impulsos que le animan, toda vez que la voluntad de realizar un acto culposo laboral –despido disciplinario por falta de asistencia– es diferente de la necesaria para extinguir la relación laboral –dimisión por abandono–⁵⁶⁵.

En la práctica el empresario fundamenta la existencia de dimisión del trabajador por abandono sosteniendo su alegación en la continuidad y persistencia de las ausencias, así como en las manifestaciones y declaraciones del empleado, sus exteriorizaciones, sus acciones, sus omisiones y cualquier otro acto que pueda ser acogido por los tribunales judiciales. Se ha considerado que la inasistencia al trabajo durante poco más de una semana por parte de un trabajador que se hallaba en situación de baja médica no comunicada a la empresa constituye dimisión⁵⁶⁶. Al mismo resultado se llega en un caso en el que, tras solicitar la empresa al trabajador que no comparecía a su puesto de trabajo comprobantes de las incomparecencias con apercibimiento de que en caso contrario se entendería que renunciaba a su puesto de trabajo y, por ende, se encontraba de acuerdo con la extinción de la relación laboral, el trabajador no remite documentos justificativos algunos de su ausencia durante un período de tiempo de alrededor de un mes⁵⁶⁷. Por otro lado, ausencias consistentes en uno o pocos días no se consideran

⁵⁶³ STSJ Andalucía/Málaga 30 de enero de 2003 [AS 2003, 1366].

⁵⁶⁴ VALVERDE ASECIO, A. J.: “Faltas repetidas e injustificadas”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 51.

⁵⁶⁵ STS 27 de junio de 2001 [RJ 2001, 6840].

⁵⁶⁶ STSJ Madrid 28 de febrero de 2002 [JUR 2002, 118302].

⁵⁶⁷ STS Madrid 24 de octubre de 2001 [JUR 2001, 26387].

dimisión del trabajador⁵⁶⁸. Tampoco la ausencia durante pocas jornadas aun cuando existe un enfrentamiento previo entre empresario y trabajador por las tareas que este último debía de profesar⁵⁶⁹. En contratos a tiempo parcial las faltas de asistencia al trabajo se deben referir a los días u horas en los que el trabajador debe prestar sus servicios a excepción de que en el contrato no conste expresamente la distribución de horas⁵⁷⁰. Al hilo de lo afirmado, el término día no se entiende en su acepción astronómica o de medida de tiempo –24 horas– sino como jornada de trabajo a realizar durante un horario cierto⁵⁷¹. En efecto, para que las ausencias del trabajador en su puesto de trabajo sean sancionables y condenables deben constituir faltas en el sentido de infracciones. Por tanto, se ha de cumplir el más elemental y primordial de los requisitos con objeto de justificar un despido disciplinario por ausencia del trabajador: que se haya producido un auténtico incumplimiento contractual⁵⁷².

Así como la carga de probar la ausencia del trabajador la soporta el empresario, ha de ser el empleado el que acredite su posible justificación o exculpación⁵⁷³. Conviene tratar el tema relativo a la permisible justificación de inasistencias o impuntualidades a cargo del empleado desde dos perspectivas: la perspectiva material o de fondo y la perspectiva formal o procedimental. La primera –la perspectiva material o de fondo– consiste en probar la justificación con la que se le habilita al trabajador para ausentarse del trabajo; en otros términos, una causa verdadera y no voluntaria que imposibilita al empleado desarrollar la actividad –verbigracia, una incapacidad temporal–; la segunda –la perspectiva formal o procedimental– comprende los actos de tramitación por los que el trabajador se encuentra habilitado para disfrutar de su derecho a ausentarse del trabajo; en otros términos, dar noticia de esta causa a la empresa y, a ser posible, con carácter previo a la falta de asistencia⁵⁷⁴. Este carácter formal constituye un deber de buena fe que posibilita al empresario la adopción de medidas organizativas pertinentes con las que poder suplir la falta del empleado⁵⁷⁵.

1.2 Faltas repetidas y principio *non bis in idem*

Para que el despido por faltas de asistencia o puntualidad se declare procedente, el ET exige la concurrencia de dos condiciones: repetición de las ausencias y falta de justificación de las mismas. Que sean repetidas es una manera de descartar que los trabajadores puedan ser objeto de despido por aquellas acciones producidas casualmente o en virtud de un acto aislado⁵⁷⁶. En otros términos, se exige una cierta frecuencia en su comisión⁵⁷⁷. Si acudiésemos para interpretar este requisito a una simple lectura del

⁵⁶⁸ STSJ Madrid 24 de marzo de 2003 [AS 2003, 2862] y STSJ Navarra 24 de febrero de 2003 [AS 2003, 1217].

⁵⁶⁹ STSJ Cataluña 4 de julio de 1996 [AS 1996, 2903].

⁵⁷⁰ STSJ Comunidad Valenciana 15 de abril de 2005 [AS 2005, 924].

⁵⁷¹ DELGADO UCELAY, I.: “Faltas repetidas e injustificadas de asistencia al trabajo”, en AA. VV: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 126.

⁵⁷² GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 123.

⁵⁷³ STSJ Castilla y León/Burgos 11 de marzo de 2003 [JUR 2003, 145586].

⁵⁷⁴ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 124.

⁵⁷⁵ TOLOSA TRIBIÑO, C.: *Despido: comentarios, jurisprudencia, formularios*, Pamplona, Dapp, 2010, p. 111.

⁵⁷⁶ GÁRATE CASTRO, J.: “Las faltas de asistencia o puntualidad como incumplimiento contractual justificativo del despido disciplinario”, en *Revista de Política Social*, núm. 129, 1981, p. 209.

⁵⁷⁷ STSJ Andalucía/Málaga 16 de enero de 2014 [JUR 2014, 131748].

precepto que lo regula habríamos de afirmar que la comisión de dos faltas de asistencia o puntualidad serían más que suficientes para responder a la exigencia legal. Pero, obviamente, esto no es así, al menos, genéricamente⁵⁷⁸.

El apartado a) del artículo 54.2 ET no determina expresamente un número cuantitativo de faltas de asistencia o puntualidad para configurar el incumplimiento o desobediencia contractual remitiéndose a los convenios colectivos –como regla general– la facultad de especificar la cantidad de faltas requeridas⁵⁷⁹. En efecto, será el convenio el que concrete los días repetidos de falta de asistencia o puntualidad al trabajo necesarios para determinar el incumplimiento laboral con el que justificar el despido disciplinario⁵⁸⁰.

La jurisprudencia no tiene inconveniente en remitirse a la aplicación complementaria de la normativa laboral del sector en el que se integra la empresa: *“es criterio doctrinalmente consagrado que la imprecisión del texto estatutario en orden al número de inasistencias laborales, susceptibles de configurar la correspondiente falta de disciplina merecedora de la mención más grave de despido, ha de salvarse mediante la aplicación complementaria de la normativa laboral del sector en el que se integre la empresa a la que presta servicios el trabajador sujeto pasivo de la medida disciplinaria, en cuanto aquélla concrete los días repetidos de falta de asistencia voluntaria al trabajo, que determinen el incumplimiento laboral de referencia”*⁵⁸¹. De esta forma las normas sectoriales actúan como complemento del ET atendiendo *“a las peculiaridades del servicio prestado, acomodando en cada caso la falta cometida con su correspondiente sanción”* e *“individualizando conductas e infracciones para lograr el correcto sentido de la flexibilidad en sus efectos sancionadores”*⁵⁸². Adaptan la regla genérica a la realidad específica de tal manera que las normas sectoriales no mantienen una uniformidad de criterio sino que presentan una gran variedad en su regulación, atendiendo a la actividad desarrollada y a la repercusión de la falta consumada sobre el proceso productivo⁵⁸³.

En efecto, el convenio colectivo será el instrumento preciso con el que especificar la cantidad de faltas de asistencia o puntualidad y el cómputo total del período de tiempo para valorar la existencia o no de falta –muy grave– sancionable con despido. Pero será el juez o tribunal quien tendrá que examinar la adecuación de las conductas imputadas a la descripción de las faltas que se recogen en el cuadro sancionador correspondiente de la norma reglamentaria o convencional: si los incumplimientos no encajan en los supuestos tipificados como falta muy grave debe declararse la improcedencia del despido por haber sido la falta calificada inadecuadamente por el empresario⁵⁸⁴.

En la práctica, normalmente, la jurisprudencia mayoritaria no examina las circunstancias del caso concreto valorando solo si se ha traspasado el número mínimo

⁵⁷⁸ CARRO IGELMO, A. J.: *El despido disciplinario*, cit., p. 52.

⁵⁷⁹ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 30

⁵⁸⁰ ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al: Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 245.

⁵⁸¹ STS 27 de marzo de 1990 [RJ 1990, 2349].

⁵⁸² STSJ Extremadura de 21 octubre de 1992 [AS 1992, 4716].

⁵⁸³ STSJ Andalucía/Málaga 25 de abril de 1994 [AS 1994, 1682].

⁵⁸⁴ STSJ Cataluña 29 de septiembre de 2003 [AS 2003, 3477].

de faltas fijadas en la norma sectorial para determinar la gravedad de las ausencias o impuntualidades, lo que se reduce a que, cometido el número de faltas estipulado – cuando la cantidad sea razonable–, el despido será declarado procedente; consecuentemente, en caso de que el número de faltas cometidas sea inferior a las establecidas en el pertinente convenio, el despido se declarará improcedente. Pero cuando en el convenio colectivo no exista previsión de la reiteración necesaria de las faltas de asistencia o puntualidad serán criterios de razonabilidad los que aplicará el juzgador dentro de su propia discrecionalidad⁵⁸⁵.

Si una falta de asistencia o impuntualidad en el trabajo ya ha sido sancionada como falta leve, ¿es posible que ésta misma acción y en un momento posterior sea el soporte con el que fundamentar una falta grave? En el conflicto entre *non bis in idem* y reincidencia, la manera de actuar del convenio no es otra que convertir una determinada falta que aisladamente podría considerarse como un hecho de entidad menor, en una falta muy grave cuando la misma haya sido reiterada⁵⁸⁶. Pero si una determinada acción no ha sido sancionada en su momento como falta leve no puede posteriormente utilizarse para configurar una falta grave porque la misma hubiera vencido debido a su escaso tiempo de prescripción. El Tribunal Supremo ha confirmado que el carácter repetido de la falta tiene “*naturaleza asimilable a las faltas continuadas, lo que es importante a efectos del cómputo del plazo de prescripción, ya que opera como día inicial a tales efectos, no el de cada impuntualidad, en su consideración aislada, sino la última realizada en el período de que se trate*”⁵⁸⁷.

Lo cierto es que el empleador frente a una desobediencia del trabajador posee las siguientes opciones de actuación: a) Sancionar dicha acción como falta leve lo que conlleva que una vez sancionada no pueda volverse a utilizar para configurar una posterior infracción muy grave porque estaría actuando en oposición al principio *non bis in idem*; b) No sancionar la acción en su momento y esperar a que el número de impuntualidades permita configurar una infracción muy grave; en otros términos, considerar tales acciones como una falta continuada con su propio plazo de prescripción; c) Tipificar la reincidencia del trabajador en el convenio colectivo como infracción autónoma, normalmente calificada como falta grave o muy grave; de esta forma, conductas que ya han sido sancionadas pueden ser utilizadas junto con otras para configurar una infracción de grado superior que llevaría aparejada una sanción mayor⁵⁸⁸.

La doctrina imperante es aquella que entiende que las sanciones impuestas por las faltas aisladas que se hubieran cometido por el empleado no impiden que éstas sean tenidas en cuenta para proceder más tarde a la extinción del vínculo contractual⁵⁸⁹; realmente el despido viene a sancionar una conducta unitaria global diferente de las que fueron sancionadas con anterioridad⁵⁹⁰. En suma, la reiteración o reincidencia no supone

⁵⁸⁵ VALVERDE ASENCIO, A. J.: “Faltas repetidas e injustificadas”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 53.

⁵⁸⁶ STS 12 de julio de 1989 [RJ 1989, 5460].

⁵⁸⁷ STS 12 de julio de 1989 [RJ 1989, 5460].

⁵⁸⁸ Vid. ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 904.

⁵⁸⁹ GÁRATE CASTRO, J.: “Las faltas de asistencia o puntualidad como incumplimiento contractual justificativo del despido disciplinario”, en *Revista de Política Social*, cit., p. 211.

⁵⁹⁰ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Faltas de asistencia o puntualidad al trabajo; la repetición de las faltas y la aplicación de principio *non bis in idem*”, en *Revista de Política Social*, núm. 139, 1983, p. 255.

pluralidad de punición –es decir, sancionar dos veces la misma falta– sino una agravación de conducta digna de tener en cuenta⁵⁹¹, lo que impide que el trabajador pueda acogerse al principio *non bis in idem*. Lo que se sanciona es la persistencia del incumplimiento⁵⁹². El hecho de que las ausencias o impuntualidades hayan sido sancionadas previamente solo puede actuar como una circunstancia agravante⁵⁹³.

Pero en el enfrentamiento entre reincidencia y principio *non bis in idem* se diferencian dos corrientes jurisprudenciales, a saber:

- La primera –que no es ni mucho menos unánime– comprende e interpreta que el principio *non bis in idem* impide al empleador volver a sancionar por los mismos hechos con una sanción más grave.

Si la facultad sancionatoria se ejercita a través de una declaración unilateral de voluntad desde su recepción por el destinatario se producen “unos efectos jurídicos –la imposición de la sanción correspondiente– que vinculan a su autor, creando un límite punitivo que impide a la empresa volver a sancionar los mismos hechos con una sanción más grave”⁵⁹⁴. Corriente doctrinal que no es alterada aún incluso en el supuesto de que el convenio colectivo disponga expresamente la posibilidad de volver a sancionar por reincidencia en faltas de entidad menor. Sin embargo, tal postura no es la prevalente⁵⁹⁵.

- La segunda de las corrientes jurisprudenciales –prácticamente consolidada– parte de la base de que cuando se está sancionando la reiteración no existe una infracción del principio jurídico *non bis in idem* dado que la reincidencia no supone sancionar dos veces la misma falta sino una agravación digna de tener en cuenta.

La “reiteración o reincidencia no supone pluralidad de punición, o sea, sancionar dos veces la misma falta, sino una agravación de conducta digna de tener en cuenta”⁵⁹⁶. Para que una reincidencia sea condenable con una mayor gravedad se debe haber sancionado la conducta anterior, ya que, la reincidencia consiste en que un individuo, después de haber sido sancionado pertinentemente como autor responsable, realiza una nueva acción. En el ET no encontramos definición de la figura jurídica de la reincidencia debiendo ser interpretada conforme las normas del Derecho Penal, “pues el ordenamiento jurídico disciplinario laboral es, en definitiva, y de alguna manera, una modalidad de aquél”⁵⁹⁷, refiriéndose el artículo 22.8 del Código Penal a este agravante cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código –lo que podemos sustituir por una falta o desobediencia– siempre que sea de la misma naturaleza⁵⁹⁸. Pero no existe reincidencia

⁵⁹¹ STS 7 de octubre de 1982 [RJ 1982, 6128].

⁵⁹² DURÁN LÓPEZ, F.: “La prescripción de las faltas de asistencia o puntualidad de trabajador tras la LRL”, en *Revista de Política Social*, núm. 119, 1978, p. 252.

⁵⁹³ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del Despido Disciplinario y su Valoración por la Jurisprudencia*, cit., p. 251.

⁵⁹⁴ STS 22 de septiembre de 1988 [RJ 1988, 7096].

⁵⁹⁵ Vid. ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al*: *Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 905.

⁵⁹⁶ STS 7 de octubre de 1982 [RJ 1982, 6128].

⁵⁹⁷ STS 4 de octubre de 1983 [RJ 1983, 4990].

⁵⁹⁸ TOLOSA TRIBIÑO, C.: *Despido: comentarios, jurisprudencia, formularios*, cit., pp. 163 y 164.

cuando varias faltas han sido cometidas simultánea o sucesivamente: “*la generalmente admitida justificación de la reincidencia es precisamente la de servir de reforzamiento sancionador a quien habiendo sufrido la primera admonición no se corrige y comete una segunda o posterior infracción siendo por consiguiente inaplicable cuando varias faltas cometidas simultánea o sucesivamente son objeto de sanción unitaria o plural pero con unidad de tiempo, por faltar entonces el requisito de la comisión sucesiva con sanción escalonada teniendo en cuenta que para que haya reincidencia es preciso también que al cometerse la segunda o posterior falta la precedente esté definitivamente sancionada*”⁵⁹⁹. En efecto, el concepto jurídico y legal de reincidencia no se consuma cuando se juzgan hechos varios que determinan una conjunción de faltas apreciadas en un momento determinado; pues lo cierto es que la naturaleza de la reincidencia implica la sucesión en el tiempo de actos ya sancionados⁶⁰⁰.

1.3 Faltas de asistencia o puntualidad del trabajador

Las faltas de asistencia o de puntualidad además de repetidas han de ser injustificadas. Existen supuestos en los que se le permite al trabajador ausentarse justificadamente del trabajo sin que pueda imputarse la pérdida de la retribución correspondiente. Nos referimos a las ausencias en las que exista previo aviso y justificación del empleado. El previo aviso exige al trabajador que tenga pensado hacer uso de su derecho de ausentarse que lo comunique previamente al empresario. Obviamente, habrá ocasiones en las que este preaviso no pueda realizarse con la antelación suficiente y deseada por la empresa –verbigracia, casos de accidente o fallecimiento repentino de familiar–.

Por tanto, en aquellos casos en los que el empresario ha concedido permiso al trabajador, la ausencia del empleado en el puesto de trabajo se encuentra más que justificada⁶⁰¹. En el supuesto de que el trabajador no haya solicitado la concesión empresarial previa para ausentarse del trabajo, si se ausenta, posteriormente puede acreditar la realidad de una de las causas legales o convencionales que dan derecho a permiso⁶⁰². En efecto el previo aviso dependerá de la circunstancia de urgencia y celeridad.

1.3.1 Situaciones específicas legales o convencionales

Circunstancia interesante es la referida al horario flexible y tolerancia empresarial en las faltas de puntualidad. Se entiende por horario flexible la regulación del tiempo laboral que va a permitir a los empleados elegir un momento de entrada y salida del trabajo pero con el límite del respeto a la duración mínima de la jornada⁶⁰³. El empleado solo ha de cumplir el número mínimo de horas de trabajo diario, semanal, mensual o anual, pactado con la empresa; pero tanto el comienzo como el término de su

⁵⁹⁹ STS 4 de octubre de 1983 [RJ 1983, 4990].

⁶⁰⁰ STS 13 de octubre de 1986 [RJ 1986, 5450].

⁶⁰¹ STS Castilla-La Mancha 28 de mayo de 2002 [JUR 2002, 240255].

⁶⁰² GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 124.

⁶⁰³ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M^a. E.: *Derecho del Trabajo*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la UCM, 1995, p. 413.

prestación diaria laboral se dejarán a elección del trabajador⁶⁰⁴. Con la implantación de un horario flexible las faltas de puntualidad quedan sin contenido: lo importante es la franja horaria en la que obligatoriamente ha de permanecerse en la empresa. No obstante, es posible establecer por el empresario una franja horaria dentro de la que se permita la entrada y salida al trabajo, lo que posibilitará la comisión de faltas de puntualidad y, consecuentemente, sus respectivas sanciones⁶⁰⁵.

Las empresas que conceden un cierto margen de tolerancia en los horarios de entrada o salida de la jornada laboral no pueden dejar de aplicarla sorpresivamente, lo que equivaldría a un ejercicio abusivo de las facultades potestativas. Es por este motivo por lo que si el empresario decide cambiar la práctica de la empresa debe advertir previamente a sus empleados. En este clima de tolerancia, *“la buena fe y la lealtad que son obligaciones recíprocas, imponen al empresario el deber de advertir a sus trabajadores que deberán ajustarse rigurosamente al horario establecido, poniendo fin a aquella flexibilidad y tolerancia que venía admitiendo habitualmente, dentro de la cual no cabe admitir la sorpresiva imposición de la más grave y definitiva de las sanciones, como es el despido”*⁶⁰⁶. En efecto, la creación de un régimen de tolerancia por parte del empresario supone una práctica habitual inserta en la misma relación laboral que no puede dejar de aplicar sorpresivamente por constituir un ejercicio abusivo de sus facultades⁶⁰⁷; y un atentado al deber de buena fe que se deben las partes.

De la práctica jurídica son deducibles las siguientes líneas tendenciales⁶⁰⁸: a) Cuando existe tolerancia empresarial en horas de entrada y salida del trabajo, la desobediencia contractual sólo es patente a partir del momento en que se rebasan los límites tolerados. b) Si el empresario modifica su actitud suprimiendo la postura de tolerancia, tal corrección debe ser anunciada, no procediendo a despedir sorpresiva o imprevistamente. c) No se puede invocar por el trabajador, con finalidad de exculpación o atenuación, el hecho de que se quede algún tiempo más en la empresa tras finalizar la jornada salvo que coexistan otras circunstancias que deban tomarse en consideración.

Por tanto, en los supuestos en los que el empresario consienta y tolere faltas de puntualidad sin sancionarlas no puede, posteriormente y sin previa advertencia, proceder al despido del empleado pues se estaría incumpliendo el principio de buena fe que al empresario le concierne y que exige advertir al trabajador de que está incurriendo en faltas de asistencia que son sancionables, otorgándole la oportunidad de enmendar su comportamiento o proceder a sancionar su conducta de forma más leve sin esperar a la acumulación de faltas suficientes para obtener una acción de mayor gravedad⁶⁰⁹.

El derecho a las vacaciones es una facultad recogida expresamente en el ordenamiento jurídico laboral cuya finalidad es autorizar al empleado a no acudir a

⁶⁰⁴ TUDELA CAMBRONERO, G.: “Horario flexible: reflexiones críticas sobre su concepto y posibilidades de implantación”, en DE LA VILLA GIL, L. E. (Coord.) *et al: Estudios sobre la jornada de trabajo*, Madrid, ACARL, 1991, p. 568.

⁶⁰⁵ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., p. 273.

⁶⁰⁶ STSJ Asturias 21 de abril de 1992 [AS 1992, 1920].

⁶⁰⁷ STS 20 de enero de 1987 [RJ 1987, 82].

⁶⁰⁸ STSJ Castilla y León/Valladolid 28 de febrero de 2005 [JUR 2005, 90795].

⁶⁰⁹ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 31.

trabajar. Para un ejercicio correcto de este derecho, el período de disfrute de las vacaciones se deberá fijar de común acuerdo entre el empresario y el trabajador⁶¹⁰.

La jurisprudencia considera procedente el despido disciplinario por faltas de asistencia cuando el trabajador se encuentra disfrutando de vacaciones sin que exista acuerdo expreso con el empresario⁶¹¹: *“la conducta del trabajador de decidir unilateralmente el período de su disfrute, ausentándose de su trabajo sin previo acuerdo con la empresa, es subsumible en el incumplimiento contractual grave y culpable previsto en el invocado artículo 54.2.a)”*⁶¹². También es procedente el despido cuando no se acude a trabajar un día asistiendo al trabajo al día siguiente para pedir vacaciones que le son denegadas por el empresario y el empleado, *motu proprio*, decide faltar a su actividad *“los días 5, 6, 9, 10, 11, 12 y 13”*⁶¹³. Pero si existe acuerdo alcanzado entre empresario y trabajador no puede ser unilateralmente revocado por el empleador⁶¹⁴: si se ha acordado la fecha inicial de las vacaciones y llegada ésta el empresario las deniega sin justificación, la orden se considera arbitraria y el despido no será válido. De entenderse, en este caso, que el empleado debiera de acudir al procedimiento judicial para la fijación de sus vacaciones se estaría actuando en oposición, *“no sólo al contenido del artículo 1256 del Código Civil, por cuanto no puede dejarse al arbitrio exclusivo del empresario el cumplimiento del acuerdo, sino también contraria a sus facultades de dirección reconocidas por el artículo 20 ET; en efecto, dentro de estas facultades debe de rechazarse la arbitrariedad que perjudique al trabajador, basándose en un mero capricho, y menos aún, en la malevolencia”*⁶¹⁵. No obstante, esta revocación unilateral del empresario podría permitirse en circunstancias muy excepcionales de la empresa que deberán ser fehacientemente acreditadas.

La dificultad del caso se localiza en la prueba del consentimiento empresarial. Hay que partir de que el acuerdo no tiene obligación de ser formal y escrito; incluso habrá ocasiones en las que ni siquiera existirá un acuerdo verbal sino tan solo un entendimiento, bien porque se atienda a usos o costumbres, bien porque pueda deducirse de la mera falta de oposición a determinada propuesta del trabajador⁶¹⁶. En estos casos el despido disciplinario del empleado resultaría contradictorio a las exigencias de la buena fe: *“la fijación de la fecha del disfrute de vacaciones no requiere consentimiento expreso de ambas partes ya que sólo exige su aceptación pudiendo darse la aquiescencia en forma no sólo expresa sino también tácita como ocurre cuando una de las partes contratantes hace una propuesta al respecto que es recibida por la otra con antelación a la fecha indicada para el comienzo del período vacacional interesado sin que ésta le haya hecho llegar su oposición a la misma al inicio de éste y sin que consten otros datos de los que pueda deducirse que ese silencio tenga un significado distinto al que inicialmente cabe extraer con arreglo a los dictados de la buena fe. En consecuencia, la falta de respuesta del empresario a la fecha que el trabajador le indica no puede entenderse como negativa suya a dársela, sino como*

⁶¹⁰ STS 3 de octubre de 1992 [AS 1992, 5230].

⁶¹¹ STSJ Cataluña 30 de septiembre de 2015 [JUR 2015, 283134], STSJ Cataluña 22 de julio de 2015 [JUR 2015, 231379], STSJ Castilla y León/Burgos 7 de mayo de 2003 [JUR 2003, 145906], STSJ Andalucía/Sevilla 20 de marzo de 2003 [JUR 2003, 176321], STSJ Cataluña 30 de enero de 2003 [JUR 2003, 55673] y STSJ Madrid 3 de abril de 2001 [JUR 2001, 186963].

⁶¹² STS 1 de octubre de 1987 [RJ 1987, 6795].

⁶¹³ STSJ Andalucía/Granada 25 de mayo de 2017 [JUR 2017, 218953].

⁶¹⁴ STSJ Madrid 18 de mayo de 1999 [AS 1999, 1585].

⁶¹⁵ STSJ Cataluña 17 de enero de 1992 [AS 1992, 295].

⁶¹⁶ STSJ Extremadura 20 de abril de 1999 [AS 1999, 2063].

*tácita conformidad a la propuesta que se hace*⁶¹⁷. Del propio silencio del empresario puede deducirse el cumplimiento del contrato y, por ende, el despido no válido. El trabajador no necesita obtener de su empresario “*un permiso o autorización; esto es, no se encuentra frente a él en una posición de subordinación al respecto, sino que ambos quedan colocados en un plano de igualdad, dado que se trata sólo de concretar el momento de disfrute de un derecho suyo, para lo que el legislador únicamente ha querido que se determine de mutuo acuerdo por afectar a los intereses de ambas partes*”⁶¹⁸.

No podemos dejar de aprovechar la ocasión de analizar aquel supuesto en el que el trabajador posee la creencia de ejercitar lícitamente su derecho al disfrute de las vacaciones: a veces, pueden producirse “*equivocos sobre la verdadera voluntad empresarial. Sin embargo, en caso de que así fuera, el aparente incumplimiento del trabajador no sería tal. Su ausencia al trabajo vendría justificada por la apariencia de aceptación que implica el silencio de aquél. Faltaría en el asalariado todo elemento de culpabilidad, al estar obrando en la justificada creencia de que estaba ejercitando lícitamente su derecho al disfrute del período vacacional*”⁶¹⁹.

Pero la conducta del empleado que unilateralmente decide la fecha de sus vacaciones no sólo puede dar lugar a la extinción del contrato por faltas de asistencias reiteradas e injustificadas al trabajo –artículo 54.2.a) ET– sino también por desobediencia –artículo 54.2.b) ET– e incluso por ambas causas de despido⁶²⁰: cuando el empleado “*de forma unilateral decide la fecha de inicio de las vacaciones, obviando los mecanismos legales previstos para su fijación*” y existiendo “*negativa empresarial*”, si aún así el trabajador decide tomarse las vacaciones, “*lo será por su cuenta y riesgo*”, incurriendo en “*desobediencia*” o “*faltas de asistencia injustificadas y reiteradas al trabajo*”⁶²¹. También creemos que puede extinguirse por afectar a la buena fe contractual y abuso de confianza que impera en la relación laboral –artículo 54.2.d) ET–

En las ausencias por enfermedad o accidente hacer mención al artículo 45.1.c) ET, en virtud del cual, el contrato de trabajo podrá suspenderse por “*incapacidad temporal de los trabajadores*”⁶²². Esta suspensión del contrato no precisa de mayores requisitos formales que su debida comunicación al empresario⁶²³, de modo que éste tenga conocimiento, en tiempo razonable, del motivo de la ausencia y, en su caso, de disponer la organización del trabajo⁶²⁴ y, por consiguiente, la sustitución del empleado ausente. A tales efectos se le reconoce al empresario –artículo 26.4 ET– facultades de

⁶¹⁷ STSJ Madrid 2 de abril de 2001 [AS 2001, 2327].

⁶¹⁸ STSJ Andalucía/Málaga 21 de junio de 1996 [AS 1996, 1763].

⁶¹⁹ STSJ País Vasco 30 de septiembre de 1993 [AS 1993, 4142].

⁶²⁰ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del Despido Disciplinario y su Valoración por la Jurisprudencia*, cit., p. 271.

⁶²¹ STS 3 de octubre de 1992 [AS 1992, 5230].

⁶²² Vid. SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, J.: *Los plazos en el proceso de despido disciplinario*, Madrid, La Ley, 2010, pp. 124 y ss.

⁶²³ ORTEGA LOZANO, P. G.: “El empleo durante la situación de baja por incapacidad temporal: finalización de la relación laboral por actuaciones que fragmentan la confianza deontológica”, en AA. VV.: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Murcia, Laborum, 2017, pp. 975 y ss.

⁶²⁴ ALMENDROS GONZÁLEZ, M. Á.: “Organización del trabajo, cualificación y clasificación profesional”, en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (Coord.) *et al: La negociación colectiva en España: un enfoque interdisciplinar*, Madrid, Cinca, 2008, pp. 364 y ss.

control y verificación de dicha causa de ausencia, pudiendo comprobar éste, en consecuencia, la veracidad de los extremos alegados, lo cual, queda perfectamente acreditado con la presentación de los propios partes de baja médica y posteriores partes de confirmación que a su vez forman parte del deber que la normativa de la Seguridad Social impone al trabajador a los efectos de la acción protectora que dicho sistema le dispensa. La enfermedad no libera al trabajador de la obligación de ponerla en conocimiento del empresario: la omisión por el trabajador de la obligación de remitir a la empresa los partes de baja y confirmación justificativos de la enfermedad podrán estimarse falta grave⁶²⁵. Ahora bien, los trabajadores no tienen atribuida la facultad de decidir unilateralmente si sufren una enfermedad que les impide trabajar y que justifica su falta de asistencia al trabajo⁶²⁶. La situación de incapacidad laboral –y por ende, de ausencia al trabajo por enfermedad o accidente– dependerá de la correcta presentación de los partes y posterior confirmación de la baja médica⁶²⁷: *“no se debate en momento alguno que el despido se haya basado en razones de indisciplina o inobediencia, sino en la falta de justificación de las ausencias, que ya habían sido justificadas a través del parte de baja y subsiguientes partes de confirmación de la baja médica, expedidos en ambos casos, y como es lógico y necesario, por los Servicios Públicos de Salud”*⁶²⁸.

Lo que justifica la ausencia del trabajador es su efectiva situación de incapacidad para trabajar junto al cumplimiento de la condición necesaria de conocimiento y posibilidad de control por parte del empresario. Una solicitud tardía de la baja médica y de la prestación de la Seguridad Social no justifica el despido del trabajador en casos en los que el empresario tuviera un mínimo conocimiento de la enfermedad del empleado⁶²⁹: la empresa estableció *“una medida excesiva, sin tener en cuenta la grave situación de enfermedad del concurrente, de la que tuvo puntual noticia”* e *“impuso una sanción desproporcionada, a un trabajador, por su demora en gestionar la baja, por lo que no alcanzaría la conducta del mismo la gravedad suficiente para justificar un despido, cuando no ha existido perjuicio para la patronal”*, más teniendo en cuenta que *“a través de tan dilatada relación laboral, el trabajador ha demostrado plenamente su fidelidad a la empresa y ha respondido a la confianza en él depositada, obviando la empresa toda la historia común y la obligación de buena fe que en virtud de la misma ha de presidir su actuación, procediendo sin más al despido, al primer incumplimiento del trabajador, propiciado por la grave enfermedad que padece”*⁶³⁰.

La concesión de la baja médica otorga al trabajador legitimidad para poder ausentarse del trabajo por el período de permanencia de dicha baja, de forma tal, que por ninguno de los días de duración de la baja puede considerarse que exista la obligación de trabajar. Pero lo precitado no es óbice para que el trabajador cumpla con la exigencia de comunicar formalmente la baja al empresario⁶³¹. Al respecto, el artículo 7 del Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración, establece que *“en el plazo de*

⁶²⁵ STSJ Cataluña 11 de junio de 2002 [AS 2002, 2438].

⁶²⁶ STSJ Aragón 14 de noviembre de 2002 [AS 2002, 3526].

⁶²⁷ STSJ Madrid 12 de diciembre de 2014 [JUR 2015, 42484].

⁶²⁸ STSJ Cataluña 11 de junio de 2002 [AS 2002, 2438].

⁶²⁹ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 127.

⁶³⁰ STSJ Cataluña 29 de enero de 2003 [JUR 2003, 55624].

⁶³¹ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 127.

tres días contados a partir del mismo día de la expedición de los partes médicos de baja y de confirmación de la baja, el trabajador entregará a la empresa la copia destinada a ella". Sin embargo, el incumplimiento de esta norma no puede justificar el despido del trabajador, siendo hoy totalmente válida la doctrina jurisprudencial que considera que esta desobediencia no es generadora –ni creadora– de la sanción de despido⁶³². El Tribunal Supremo ha fundamentado dicha doctrina con la siguiente construcción jurídica: el despido disciplinario solo podrá aplicarse “*si el trabajador ha observado, en el cumplimiento de los deberes que le son exigibles, una acción u omisión reprochable, que sea grave y culpable, requisitos para cuya apreciación han de ponderarse todos los aspectos, objetivos y subjetivos, concurrentes en aquélla, teniendo presentes los antecedentes, de haberlos, y las circunstancias coetáneas, para precisar si en la conducta atribuida al trabajador se dan, o no*”. Más en concreto, “*las faltas de asistencia al trabajo (como las de puntualidad) no operan como causa de despido objetiva y automáticamente, sino que han de ser analizadas en su realidad, en el momento que se han producido y con los efectos que causan*”. La acreditación tardía ante el empresario de la situación de incapacidad laboral transitoria determinada por enfermedad común ha venido siendo considerada como “*una falta no generadora de la sanción de despido. Hay una realidad impeditiva de la comparecencia en el trabajo: luego la inasistencia no es voluntaria, por lo que no puede ser grave, ni culpable*” porque “*si los hechos son ciertos en cuanto a la enfermedad, el retraso en cursar los partes facultativos constituirá una infracción de tipo administrativo pero no puede enervar y destruir lo que es realidad constatada*”⁶³³.

Construcción jurídica que resulta totalmente aplicable a simples retrasos en la puesta en conocimiento al empresario de los partes de confirmación⁶³⁴, pero no en supuestos en los que los retrasos sean de varias semanas o meses⁶³⁵, en donde los tribunales suelen estimar la procedencia del despido disciplinario⁶³⁶. La justificación de esta decisión se fundamenta en la negligencia del empleado: el trabajador pudiendo fácilmente comunicarse con la empresa, incumple y desobedece su deber de información; o en casos en los que el empresario permanece durante un período de tiempo extenso sin información ni conocimiento del motivo de la inasistencia al lugar de trabajo⁶³⁷.

La concesión del alta médica al empleado permite al empresario poner fecha de terminación a la suspensión del contrato por incapacidad temporal⁶³⁸. La situación es inmediata e inminentemente ejecutiva, lo que conlleva la obligación por parte del

⁶³² Doctrina totalmente asentada en nuestros tribunales: STSJ Baleares 16 de diciembre de 2002 [JUR 2003, 127040] y STSJ Castilla y León/Valladolid 10 de junio de 2002 [AS 2002, 2210].

⁶³³ STS 31 de octubre de 1988 [1988, 8189].

⁶³⁴ STSJ Andalucía/Málaga 30 de enero de 2003 [AS 2003, 1366] y STSJ Comunidad Valenciana 18 de enero de 2001 [AS 2001, 1604].

⁶³⁵ STSJ Cantabria 8 de noviembre de 2000 [JUR 2001, 48107] y STSJ Castilla y León/Valladolid 4 de septiembre de 2000 [JUR 2001, 16070].

⁶³⁶ En este sentido, STSJ Extremadura 6 de abril de 2017 [JUR 2017, 12085], STSJ País Vasco 14 de enero de 2003 [AS 2003, 273], STSJ Castilla y León/Valladolid 11 de junio de 2002 [AS 2002, 2304], STSJ Comunidad Valenciana 13 de septiembre de 2002 [AS 2002, 1384], STSJ Asturias 12 de abril de 2002 [AS 2002, 1354] y STSJ Galicia 10 de mayo de 2001 [AS 2001, 1159].

⁶³⁷ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 127.

⁶³⁸ A ello se refiere la jurisprudencia unificada por la STS 15 de abril de 1994 [RJ 1994, 3249].

trabajador de reincorporarse a su puesto de trabajo⁶³⁹ cesando la suspensión del contrato con independencia de que se impugne o no dicha alta médica⁶⁴⁰; la interpretación contraria dejaría en manos del empleado la prolongación de la suspensión del contrato con las consecuencias gravosas que ello representa para la empresa⁶⁴¹, de manera que su falta de asistencia a partir de ese momento carece de justificación⁶⁴². Por consiguiente, el despido disciplinario por inasistencia del trabajador dado de alta médica resulta –en principio– procedente, incluso en situaciones en las que exista informes médicos contrarios al alta⁶⁴³, o aunque se solicite y obtenga posteriormente la proclamación de incapacidad permanente total⁶⁴⁴, inclusive coyunturas en los que se produzca pocos días después del alta nueva baja médica⁶⁴⁵. Lo anterior no es óbice para que no exista posibilidad alguna de justificar la ausencia al trabajo o la no reincorporación de un trabajador con posterioridad a su alta médica⁶⁴⁶, correspondiendo al empleado “*la carga tanto de manifestar su voluntad de mantener la relación como de acreditar que, pese al alta médica o a la resolución del expediente de invalidez, sin declaración de incapacidad permanente total o absoluta, subsiste una situación de incapacidad temporal que impide la reincorporación al trabajo ofreciendo en su caso los medios para la verificación de esa situación por la empresa*”⁶⁴⁷. Al hilo de lo manifestado, los tribunales declaran improcedente el despido del empleado que, alegando situación real de incapacidad tras alta médica, comparece en la empresa insistiendo al personal médico de la misma de su imposibilidad de trabajar, sin que la empresa le otorgue opción para probar fehacientemente tal impedimento de trabajar⁶⁴⁸. En efecto, el trabajador una vez dado de alta debe incorporarse al trabajo o, cuando menos, personarse en la empresa y ponerse a disposición de ésta⁶⁴⁹.

Al supuesto de prisión del trabajador se refiere el artículo 45.1.g) ET, en virtud del cual, el contrato de trabajo podrá suspenderse por “*privación de libertad del trabajador, mientras no exista sentencia condenatoria*”. La finalidad y el sentido teleológico de la norma es la de evitar la extinción o ruptura del vínculo laboral⁶⁵⁰. Con este precepto se resuelven los problemas de las detenciones y prisiones provisionales de los trabajadores que posteriormente no eran condenados y que veían transgredido su derecho a la presunción de inocencia en la medida en que sufrían una consecuencia indirecta de una medida meramente preventiva⁶⁵¹.

⁶³⁹ ORTEGA LOZANO, P. G.: “El empleo durante la situación de baja por incapacidad temporal: finalización de la relación laboral por actuaciones que fragmentan la confianza deontológica”, en AA. VV.: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, cit., p. 977.

⁶⁴⁰ STSJ Galicia 20 de julio de 2017 [JUR 2017, 231147].

⁶⁴¹ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 32.

⁶⁴² STSJ Andalucía/Granada 20 de julio de 2017 [JUR 2017, 309561].

⁶⁴³ STSJ Cataluña 13 de diciembre de 2002 [JUR 2003, 34070].

⁶⁴⁴ STSJ Madrid 31 de octubre de 2002 [JUR 2003, 23980].

⁶⁴⁵ STSJ Aragón 14 de noviembre de 2002 [AS 2002, 3526].

⁶⁴⁶ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 128.

⁶⁴⁷ STS 15 de abril de 1994 [RJ 1994, 3249].

⁶⁴⁸ STSJ Extremadura 16 de enero de 2003 [JUR 2003, 121507].

⁶⁴⁹ STSJ Andalucía/Granada 20 de julio de 2017 [JUR 2017, 309561].

⁶⁵⁰ DELGADO UCELAY, I.: “Faltas repetidas e injustificadas de asistencia al trabajo”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 136.

⁶⁵¹ VALVERDE ASENSIO, A. J.: “Faltas repetidas e injustificadas”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 64.

La dicción del ET plantea un problema interpretativo al deducirse que los efectos suspensivos del contrato de trabajo solo se extienden hasta que no exista sentencia condenatoria; pero sentencia condenatoria no equivale a sentencia firme. Por tanto, cuando la sentencia condenatoria existe pero aún no es firme por haber sido recurrida por el trabajador, la dicción jurídica del empleado es la de permanecer en situación de prisión provisional, lo que equivale en el orden laboral contractual a la suspensión del contrato de trabajo; lo anterior hasta que la sentencia condenatoria sea firme⁶⁵².

La finalidad y el sentido teleológico de la norma es evitar la ruptura del vínculo laboral por tener órbita temporal, lo que obliga a interpretar que si la sentencia condenatoria puede ser recurrida, la situación de suspensión –al ser transitoria y tener efectos proyectados hacia el trabajador y también hacia la empresa– ha de prolongarse hasta que la condena –que además no guarda relación con la actividad profesional en la empresa– sea firme y definitiva⁶⁵³. En efecto, una vez que adquiere firmeza la sentencia penal, la ausencia al trabajo deja de tener la cobertura de la situación suspensiva para configurarse como un incumplimiento del contrato sancionable por el empresario en virtud del artículo 54.2.a) ET⁶⁵⁴.

El despido se produce por las faltas de asistencia; no por la sentencia condenatoria⁶⁵⁵. El trabajador al haber cometido un delito se ve privado legítimamente de su libertad lo que le impide cumplir con sus obligaciones laborales⁶⁵⁶. El carácter injustificado de la ausencia del empleado se localiza en la propia represión social que conlleva la condena penal y la imposición de la sanción privativa de libertad que bajo ningún concepto puede justificar la ausencia al trabajo⁶⁵⁷.

Añadir que las causas de suspensión establecidas en el artículo 45 ET no son automáticas lo que hace necesario que el trabajador interesado –en este caso el empleado privado de libertad– deba comunicar a la empresa y de forma fehaciente la causa que ha de provocar la suspensión del contrato⁶⁵⁸. Si la detención no se comunica a la empresa, el despido será declarado procedente⁶⁵⁹.

Otro aspecto de situación legal que impide hablar de despido disciplinario se localiza en la huelga. A ello se refiere el artículo 45.1.1) ET cuando establece que el contrato de trabajo podrá suspenderse “por el ejercicio del derecho de huelga”. Sin embargo, surge la siguiente duda: en caso de que la huelga sea ilegal, ¿estos empleados también se encontrarían amparados por el ámbito de protección y seguridad del precepto citado? En principio, la respuesta debe ser positiva respecto de los trabajadores que

⁶⁵² AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del Despido Disciplinario y su Valoración por la Jurisprudencia*, cit., p. 268.

⁶⁵³ STS 13 de diciembre de 1983 [RJ 1983, 6203].

⁶⁵⁴ STS 9 de marzo de 1994 [RJ 1994, 2222].

⁶⁵⁵ STS 28 de febrero de 1990 [RJ 1990, 1247].

⁶⁵⁶ BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *Diligencia y negligencia en el cumplimiento. Estudio sobre la prestación de trabajo debida por el trabajador*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981, p. 399.

⁶⁵⁷ VALVERDE ASENSIO, A. J.: “Faltas repetidas e injustificadas”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 64.

⁶⁵⁸ STSJ Andalucía/Sevilla 21 de febrero de 1994 [AS 1994, 675].

⁶⁵⁹ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del Despido Disciplinario y su Valoración por la Jurisprudencia*, cit., p. 269.

meramente secundan la huelga; en otros términos, los que participan pasivamente en la huelga; o dicho de otra forma, los que no tienen una participación activa⁶⁶⁰.

A ello se ha referido la doctrina jurisprudencial: será el particular modo de participación del trabajador en una huelga ilegal lo que permitirá decidir si ha incurrido, o no, en un incumplimiento contractual grave y culpable⁶⁶¹. Distinguiendo entre la participación activa y pasiva, la jurisprudencia ha dispuesto que “*al no existir participación activa en la huelga, no cabe estimar justificado el despido, sin que sean de aplicación al mismo las normas sobre despido procedente*”⁶⁶². Construcción secundada por la doctrina judicial moderna de la que se puede deducir que, si los huelguistas no han tenido implicación activa, el despido es improcedente⁶⁶³. Participación activa que se corresponde con los siguientes ejemplos: desobediencia al cumplimiento de servicios mínimos⁶⁶⁴, transgresión de la buena fe⁶⁶⁵ u ofensas verbales o físicas por piquetes⁶⁶⁶, entre otras acciones.

Por último, el ordenamiento establece el consentimiento legal de unas determinadas horas laborales retribuidas al mes para aquellos que poseen la condición de representante de los trabajadores. El artículo 37.3.e) ET considera ausencia justificada con derecho a remuneración el tiempo dedicado por el trabajador para realizar funciones sindicales o de representación del personal en los términos establecidos legal o convencionalmente con la condición de que tal ausencia se produzca con previo aviso y justificación⁶⁶⁷.

Jurisprudencialmente se ha elaborado una doctrina de presunción *iuris tantum* de honradez y ética del representante en el empleo y agotamiento del crédito horario destinado a desempeñar sus funciones como tal⁶⁶⁸, de modo que, en principio, hay que entender que las horas de representación han sido utilizadas correctamente⁶⁶⁹. No obstante, esto último no es óbice para que el empresario pueda demostrar el deficiente ejercicio del crédito de horas asignadas al representante con el propósito de justificar y argumentar su despido disciplinario⁶⁷⁰.

1.3.2 Situaciones judiciales de ausencias o impuntualidades

En la práctica judicial existe una pluralidad de supuestos referidos a ausencias o impuntualidades justificadas y no justificadas. Encontramos causa de justificación en los posteriores procesos:

⁶⁶⁰ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 129.

⁶⁶¹ STS 18 de julio de 1986 [RJ 1986, 4526].

⁶⁶² STS 21 de mayo de 1984 [RJ 1984, 3050].

⁶⁶³ STSJ Andalucía/Sevilla 2 de octubre de 1998 [AS 1998, 3834] y STSJ Canarias/Las Palmas 14 de julio de 1998 [AS 1998, 3529].

⁶⁶⁴ STSJ Asturias 27 de abril de 2001 [AS 2001, 799].

⁶⁶⁵ STSJ Aragón 22 de noviembre de 2001 [AS 2001, 4189].

⁶⁶⁶ STSJ País Vasco 21 de mayo de 2002 [AS 2002, 2201].

⁶⁶⁷ STS 15 de octubre de 2014 [JUR 2014, 279950].

⁶⁶⁸ STS 14 de abril de 1987 [RJ 1987, 2762].

⁶⁶⁹ ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al: Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 249.

⁶⁷⁰ STS 3 de julio de 1989 [RJ 1989, 5423].

- El trabajador que recibe una orden de traslado pero sin que la empresa ponga a su disposición el importe de los billetes y las correspondientes dietas: la pasividad de la empresa *“justifica las ausencias porque aunque la orden de desplazamiento es por sí misma ejecutiva para el trabajador”*, no exime al empresario que previamente cumpla con la obligación impuesta por el artículo 40.6 ET, *“de abonar los gastos de viaje y dietas, sin que pueda exigirse al trabajador que los anticipe”*⁶⁷¹.
- Cuando la orden de traslado es sorpresiva y, además, no se abona al trabajador los gastos: *“de una parte la empresa procede a notificar al trabajador los distintos destinos con tan breve plazo de reacción que, en la práctica provocan la falta de asistencia de aquél; y de otro, no sólo no se le facilita medio de transporte adecuado, sino que, habiendo utilizado el trabajador su propio vehículo para los desplazamientos por razón de trabajo, la empresa sistemáticamente deja de reintegrarle los cuantiosos gastos generales que debe soportar el trabajador a costa de su propio sueldo”*⁶⁷².
- Cuando el trabajador reincorporado a la empresa tras una incapacidad temporal impugnada tiene que abandonar el trabajo por encontrarse físicamente imposibilitado para ejecutarlo declarándose, posteriormente, la incapacidad permanente parcial del trabajador⁶⁷³.
- En el caso de reincorporación tardía de la trabajadora tras disfrutar de permiso por maternidad cuando por confusión creía que era de duración superior: *“el hecho de que ella se incorporara al trabajo el día 13 de mayo y no el día 3, en el error que desde un principio creyó”* es *“evidente que no genera la máxima sanción de despido, pues el iter acaecido hay que valorarlo en su conjunto y estudiar si en la acción llevada a cabo por la trabajadora había un ánimo de culpabilidad que acarrearía esa sanción”*⁶⁷⁴.
- La enfermedad real del trabajador justifica la inasistencia al trabajo aunque exista falta de comunicación del parte de baja o retraso en la reincorporación después del alta médica: *“si los hechos son ciertos en cuanto a la enfermedad, el retraso en cursar los partes facultativos constituirá una infracción de tipo administrativo pero no puede enervar y destruir lo que es realidad constatada”*⁶⁷⁵. Postura que ha quedado matizada al disponerse que *“no se consideran injustificadas las faltas de asistencia en situación de incapacidad temporal conocida por el empresario, aunque no presentara el trabajador los partes de confirmación de la baja, ya que la demora en la presentación de dichos partes de baja no se considera un incumplimiento grave y culpable. En cambio, sí se considera causa de despido la no presentación de los partes de baja, cuando el empresario no tiene conocimiento de la justificación de las ausencias del trabajador o cuando la inasistencia injustificada del trabajador por motivos de enfermedad es muy prolongada”*⁶⁷⁶.

⁶⁷¹ STSJ Canarias/Tenerife 16 de enero de 2003 [JUR 2003, 67234].

⁶⁷² STSJ Castilla-La Mancha 9 de marzo de 2006, [AS 2006, 1319].

⁶⁷³ STSJ Madrid 4 de marzo de 2003 [JUR 2003, 220949].

⁶⁷⁴ STSJ Canarias/Tenerife 22 de febrero de 2006 [JUR 2006, 127533].

⁶⁷⁵ STS 31 de octubre de 1988 [RJ 1988, 8189].

⁶⁷⁶ STSJ País Vasco 10 de febrero de 2004 [AS 2004, 552].

- Cuando el trabajador falta seis veces al trabajo –todas ellas justificadas por problemas de salud– y se ausenta tres días del trabajo habiendo justificado solo una de las tres ausencias por sus problemas de salud⁶⁷⁷.

En el extremo opuesto se consideran faltas no justificadas los siguientes supuestos:

- Cuando el trabajador, ante el silencio del empresario a la petición realizada, se concede –él mismo– la situación de excedencia voluntaria: *“lo que no es factible es que acuda a la vía de hecho de autotutela del propio derecho, y adopte unilateralmente la decisión de autoconcederse dicha situación de excedencia voluntaria. El hecho de no acudir al órgano jurisdiccional en solicitud de que el empresario cumpla su obligación de conceder aquella situación, y de decidir, por sí mismo, el tema controvertido, no acudiendo al trabajo”,* coloca al trabajador, *“máxime con posterioridad al telegrama del empleador, en situación de incumplimiento grave y contumaz de su obligación de trabajar, lo que constituye la justa causa de despido”*⁶⁷⁸.
- Cuando el trabajador determina unilateralmente el comienzo de sus vacaciones: *“la inasistencia sistemática al trabajo durante las vacaciones unilateralmente tomadas y por más de un mes y a partir del final del período de vacaciones, no admite, en términos de análisis jurídico-laboral, ninguna circunstancia justificativa o atenuante. Habida cuenta de esta inasistencia prolongada, la única conclusión posible es que la trabajadora infringió de manera grave sus deberes laborales”*⁶⁷⁹.
- Cuando el trabajador decide dilatar unilateralmente alguno de los permisos establecidos sin obtener la pertinente autorización empresarial por muy justificado que a nivel personal pudiese estarlo: es cierto que el trabajador *“comunicó telefónicamente a la empresa tanto la hospitalización de su padre como su posterior fallecimiento”*. Y si bien tales circunstancias familiares daban derecho *“al disfrute de los permisos legal o convencionalmente previstos”,* ni el lógico y humano deseo de permanecer *“junto al familiar enfermo, ni su situación anímica, respecto de la cual no se acredita que diera lugar a baja médica, le facultaban en modo alguno, sin la debida autorización de la empresa, para prolongar de manera unilateral y a su conveniencia primero el permiso por hospitalización y después el permiso por fallecimiento, pues ello supone una indudable trasgresión a la buena fe que debe presidir las relaciones laborales”*⁶⁸⁰.
- Cuando queda plenamente acreditado que el trabajador no acudió a trabajar *“desde el 13 de marzo de 2015 hasta la fecha en la que se le despide 7 de abril de 2015, sin que conste que la empresa haya autorizado o tuviera conocimiento de tales faltas de asistencia; habiendo justificado su ausencia los días 18, 19, 20 y 23 de marzo por fallecimiento de su madre”*⁶⁸¹.
- Cuando *“no discute el trabajador su ausencia injustificada al trabajo durante los nueve días del mes de marzo”* por fallecimiento de su madre⁶⁸².

⁶⁷⁷ STSJ Asturias 30 de mayo de 2017 [AS 2017, 1295].

⁶⁷⁸ STS 5 de julio de 1990 [RJ 1990, 6058].

⁶⁷⁹ STS 15 de febrero de 1990 [RJ 1990, 1095].

⁶⁸⁰ STSJ Cataluña 29 de septiembre de 2003 [AS 2003, 3477].

⁶⁸¹ STSJ Castilla y León/Burgos 16 de octubre de 2015 [JUR 2015, 252553].

⁶⁸² STSJ Asturias 29 de mayo de 2015 [JUR 2015, 151839].

- Cuando el trabajador utiliza un permiso solicitado y denegado por la empresa con ocasión de las fiestas patronales de su localidad de origen⁶⁸³.
- Cuando el trabajador con jornada partida acude a trabajar por la mañana pero no por la tarde habiendo sido las faltas advertidas mediante un requerimiento de la empresa para que no persistiese en esa actitud⁶⁸⁴.
- Cuando se establece en el convenio colectivo sectorial como falta muy grave “tres o más faltas de ausencia al trabajo sin justificar en el período de 30 días, 10 faltas de asistencia en el periodo de seis meses, o veinte durante un año”. Por tanto, cuando se falta al puesto de trabajo sin justificar los días “14, 15, 21, 22, 28 y 29 de mayo de 2016 y los días 4, 5, 11, 12, 18, 19, 25 y 26 de junio de 2016”, el despido debe declararse procedente⁶⁸⁵.
- Cuando el trabajador “ha dejado de asistir a su puesto de trabajo, sin justificación para ello, los días 1, 4 y 11 de marzo de 2013”, y atendiendo al “convenio de aplicación a la fecha del despido”, es “falta muy grave faltar más de dos días al trabajo sin la debida autorización o causa justificada en un año”. Por tanto, la reacción empresarial de despedir al trabajador es pertinente al aplicarse correctamente el convenio⁶⁸⁶.
- Cuando “resulta acreditado que el día 8 de marzo” había “recibido alta médica” debiéndose incorporar “a su puesto de trabajo al día siguiente” y, sin embargo, el trabajador no acude “a su centro de trabajo hasta el día 14, previa llamada del administrador, rehusando recibir la carta de despido disciplinario que se le remitió posteriormente mediante burofax”⁶⁸⁷.
- Cuando “en el período comprendido entre el 01.12.11 y 16.03.12, ambos inclusive, no asistió al centro de trabajo durante siete días”⁶⁸⁸.
- “La ausencia al puesto de trabajo durante dos semanas” tras alta médica constituye un “incumplimiento grave y culpable que determina que el despido sea declarado procedente”⁶⁸⁹.

Si se declara extinguida la relación laboral por el apartado a) del artículo 54.2 ET –faltas repetidas de asistencia o impuntualidad al trabajo– la fundamentación por la que se decide resolver el contrato de trabajo debe quedar suficientemente detallada en la carta de despido a efectos de procurar la oportuna defensa del trabajador, pues corresponde al empresario probar la ausencia del empleado en los días señalados sin entrar al fundamento del motivo de la ausencia. Por contra, al trabajador le corresponde probar la justificación de tales ausencias.

1.4 Valoración de la gravedad y culpabilidad

En todo caso, las faltas de asistencia y puntualidad deberán ser “repetidas” e “injustificadas”. El primer término –repetidas– aporta un elemento de valoración de la gravedad. El segundo término –injustificadas– se integra en la valoración de la culpabilidad⁶⁹⁰. No obstante, han de matizarse y tenerse en cuenta las circunstancias

⁶⁸³ STSJ Murcia 25 de febrero de 2002 [JUR 2002, 90136].

⁶⁸⁴ STSJ Asturias 3 de octubre de 2017 [JUR 2017, 258407].

⁶⁸⁵ STSJ Galicia 20 de julio de 2017 [JUR 2017, 231147].

⁶⁸⁶ STSJ Madrid 11 de septiembre de 2014 [AS 2014, 3014].

⁶⁸⁷ STSJ Asturias 25 de abril de 2014 [JUR 2014, 178826].

⁶⁸⁸ STSJ Cataluña 9 de abril de 2013 [JUR 2013, 195075].

⁶⁸⁹ STSJ Andalucía/Granada 4 de abril de 2013 [JUR 2013, 230500].

⁶⁹⁰ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al*: *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 130.

concretas de cada caso en las que el juez deberá aportar cierto grado de discrecionalidad con objeto de evitar que una aplicación rigurosa de una norma general pueda producir injusticias particulares⁶⁹¹.

En la valoración de la gravedad, una de las formalidades requeridas por el artículo 54.2.a) ET, es que las faltas de asistencia o puntualidad sean repetidas⁶⁹². Por tanto, no puede justificarse un despido disciplinario cuando el incumplimiento se puntualiza en una sola falta de asistencia: el ET únicamente estima falta muy grave las ausencias repetidas e injustificadas al puesto de trabajo, reiteración que, por definición, no cabe apreciar cuando el incumplimiento se concreta en una única falta de asistencia⁶⁹³.

Debe deducirse que la repetición exige una sucesión de actos de la misma entidad expresivos de una conducta incompatible con la buena marcha del trabajo dentro de la empresa⁶⁹⁴. Las ausencias al trabajo “no pueden, así sin más y en todo caso, ser objeto de un simple cómputo numérico, sino que deben valorarse las circunstancias concurrentes, analizarse el momento en que se han producido y tener en cuenta los efectos que causan” y la “repercusión del hecho en los demás trabajadores y en la empresa”⁶⁹⁵.

Es el número de repeticiones de faltas de asistencia o puntualidad donde la negociación colectiva muestra su mayor potencial dentro de la temática de las causas justas del despido disciplinario. Los tribunales laborales atienden honestamente al dictado de los convenios colectivos en cuanto al número de faltas que deben exigirse para considerar apropiado el despido, de modo que, la extinción de la relación laboral del trabajador que ha incurrido en el número de faltas fijado en el convenio colectivo pertinente resultará procedente⁶⁹⁶. A falta de convenio colectivo aplicable los tribunales advierten que debe acudirse a un módulo normal y a criterios de razonabilidad, lo que parece significar que la ausencia de tres a cuatro días posee gravedad suficiente para extinguir la relación laboral, revistiendo una mayor seriedad la inasistencia de días consecutivos que la de días alternos. De acuerdo con lo expuesto, la extinción de la relación laboral por causas disciplinarias es procedente en los siguientes supuestos⁶⁹⁷:

- Por “la falta de asistencia al trabajo sin justificar durante tres días consecutivos o cuatro en el curso de un mes”⁶⁹⁸.
- Por “tres o cuatro faltas seguidas de asistencia”⁶⁹⁹.
- Por “dejar de asistir a su puesto de trabajo desde el día 24 al 30 de agosto”⁷⁰⁰.

⁶⁹¹ CARRO IGELMO, A. J.: *El despido disciplinario*, cit., pp. 55 y 56.

⁶⁹² STSJ Castilla -La Mancha 2 de febrero de 2017 [JUR 2017, 65433].

⁶⁹³ STSJ Catilla y León/Valladolid 9 de abril de 2002 [AS 2002, 2091].

⁶⁹⁴ STS 7 de marzo de 1980 [RJ 1980, 1080] y STS 31 de enero de 1980 [RJ 1980, 660].

⁶⁹⁵ STS 18 de octubre de 1983 [RJ 1983, 5100].

⁶⁹⁶ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 130.

⁶⁹⁷ *Ibidem*, pp. 131 y 132.

⁶⁹⁸ STSJ Cataluña 11 de octubre de 2002 [JUR 2002, 284020].

⁶⁹⁹ STSJ Cantabria 7 de febrero de 2002 [JUR 2002, 132249].

⁷⁰⁰ STSJ Canarias/Las Palmas 19 de diciembre de 2001 [JUR 2002, 159599].

- Por *“faltar al trabajo tres días durante el mes de mayo (los días 11, 15 y 22) y ser impuntual o simplemente marcharse del trabajo antes de concluir su jornada durante los días 10 y 26 de mayo y 5 y 12 de junio”*⁷⁰¹.
- Por faltar *“siete días al trabajo”*⁷⁰².
- Por *“su decisión de no acudir al trabajo durante ocho días en un mes de los que tres de ellos son consecutivos”*⁷⁰³.
- Por *“la ausencia al trabajo durante 11 días laborales”*⁷⁰⁴.
- Por ausentarse de su trabajo durante *“tres días no consecutivos del mes de mayo”*⁷⁰⁵.
- Por no reincorporarse al trabajo *“después de haber disfrutado de un permiso por el fallecimiento de su padre y 30 días de vacaciones”*, habiendo faltado a su trabajo durante tres días⁷⁰⁶.

En cambio, la inasistencia no reviste gravedad suficiente cuando es únicamente de uno o dos días. Y así se ha entendido improcedente el despido:

- Por la mera ausencia injustificada de un solo día⁷⁰⁷, puesto que es *“manifiesto que el legislador exige como causa de despido que haya cuando menos dos ausencias al trabajo”* al hablar, en plural, de faltas repetidas e injustificadas de asistencia⁷⁰⁸.
- También por la mera ausencia de dos días aunque sean consecutivos⁷⁰⁹.
- Por *“dos o más ausencias al trabajo de medio día cada una lo que es igual una jornada total, más dos ausencias temporales una vez ya iniciada la jornada de trabajo que en total suman cuatro horas”*⁷¹⁰.

En las faltas de puntualidad los tribunales suelen ser más exigentes y minuciosos en cuanto a su repetición para considerar la conducta grave. Aquellas faltas de puntualidad que no llegan a alcanzar gravedad suficiente no permiten declarar procedente la extinción del contrato de trabajo. Pero sí pueden alcanzar gravedad suficiente para extinguir el contrato de trabajo cuando existan circunstancias agravantes tales como la presencia de una o más advertencias empresariales previas para el cumplimiento estricto del horario⁷¹¹. Adviértase que una falta que inicialmente solo puede ser constitutiva de falta leve una vez reiterada después de que el trabajador haya sido requerido para su cumplimiento puede desembocar en una sanción por falta grave⁷¹². Por todo lo expuesto, se ha considerado improcedente el despido en las siguientes sentencias:

⁷⁰¹ STSJ Castilla-La Mancha 25 de abril de 2001 [JUR 2001, 181991].

⁷⁰² STSJ Andalucía/Sevilla 27 de febrero de 2001 [JUR 2001, 242875].

⁷⁰³ STSJ Andalucía/Málaga 26 de enero de 2001 [JUR 2001, 168791].

⁷⁰⁴ STSJ Cataluña 15 de noviembre de 2000 [JUR 2001, 30483].

⁷⁰⁵ STSJ Castilla y León/Valladolid 16 de octubre de 2000 [JUR 2001, 23905].

⁷⁰⁶ STSJ Navarra 7 de abril de 2016 [JUR 2016, 171482].

⁷⁰⁷ STSJ Madrid 24 de marzo de 2003 [AS 2003, 2862] y STSJ Andalucía/Málaga 5 de septiembre de 2002 [AS 2002, 4056].

⁷⁰⁸ STSJ País Vasco 11 de febrero de 2003 [JUR 2003, 122334].

⁷⁰⁹ STSJ Cataluña 24 de abril de 2001 [AS 2001, 2320].

⁷¹⁰ STSJ Murcia 17 de diciembre de 1997 [AS 1997, 5152].

⁷¹¹ STSJ Cataluña 31 de julio de 2003 [JUR 2003, 214064].

⁷¹² STSJ Galicia 19 de noviembre de 2002 [JUR 2002, 81602].

- Pese a las faltas reiteradas de puntualidad a lo largo de tres meses –con una detracción de tiempo de trabajo de más de quinientos minutos de media mensual– por no haber advertido la empresa previamente a la trabajadora⁷¹³.
- Pese a los habituales retrasos en el inicio de la jornada, por existir una situación empresarial de consentimiento o tolerancia que ha permitido que se constituya “*un clima de permisibilidad, confianza y de benevolencia en el trabajador*”⁷¹⁴.
- Por no existir advertencia previa por parte de la empresa pese a la gravedad de la impuntualidad unida a faltas de asistencia, cuyo computo total suma un tiempo de jornada laboral no realizado por el trabajador de “*64 horas 10 minutos*”⁷¹⁵.
- Pese a las faltas de puntualidad reiteradas de media hora en la entrada al trabajo por empleada apercibida previamente por el nuevo gerente en al menos dos ocasiones, por entender el tribunal que se trata de retrasos de “*solo media hora*” además de “*cometidos por alguien a quien con anterioridad se le permitía entrar más tarde al trabajo*”, que desempeñaba unas “*funciones que no exigen el consentimiento estricto a un horario*” y “*no constando que la demora haya originado perjuicios en el régimen de trabajo*”⁷¹⁶.
- Pese a la salida antes de tiempo durante quince días, por la falta de advertencia empresarial previa, puesto que si bien el comportamiento de la trabajadora “*es reprobable al no cumplir con su jornada laboral estipulada*”, debería a efectos de corregirse esta conducta, “*haber sido objeto de advertencia con anterioridad por parte de la empresa*”⁷¹⁷.
- No posee gravedad suficiente para despedir una mera “*ausencia del puesto de trabajo una vez transcurrida una buena parte de la jornada laboral y un retraso de quince minutos*”⁷¹⁸.

En cambio, sí se ha considerado procedente el despido en las siguientes sentencias judiciales:

- Por demoras durante alrededor de doce días de trabajo de entre unos veinte minutos y dos horas en actriz para espectáculo de teatro en directo⁷¹⁹.
- Por adelantamientos reiterados en la salida sobrepasándose la previa situación de tolerancia empresarial tras advertencia de cumplir rigurosamente el horario laboral⁷²⁰.
- Por retrasos en la entrada junto al grado de insubordinación y desobediencia que se aprecia en la conducta del trabajador reticente a cumplir las órdenes empresariales⁷²¹.
- Por las reiteradas faltas de puntualidad sin que las mismas se puedan considerar como aisladas o esporádicas que, “*a lo largo de seis meses, se tradujeron en 19 días con retraso de 10 o más minutos y otros 61 días con*

⁷¹³ STSJ Canarias/Tenerife 19 de julio de 1995 [AS 1995, 2728].

⁷¹⁴ STSJ Baleares 6 de octubre de 2000 [JUR 2001, 42640].

⁷¹⁵ STSJ Madrid 24 de febrero de 1993 [AS 1993, 1010].

⁷¹⁶ STSJ Cataluña 13 de julio de 2001 [AS 2001, 3548].

⁷¹⁷ STSJ Galicia 19 de noviembre de 2002 [JUR 2003, 81602].

⁷¹⁸ STSJ Comunidad Valenciana 12 de diciembre de 2001 [AS 2002, 3280].

⁷¹⁹ STSJ Madrid 18 de enero de 2002 [JUR 2002, 87194].

⁷²⁰ STSJ Cataluña 13 de marzo de 2001 [AS 2001, 2015].

⁷²¹ STSJ Comunidad Valenciana 7 de febrero de 1994 [AS 1994, 783].

*retrasos entre 5 y 10 minutos. Reticencia del accionante en la comisión de tales retrasos, llevados a cabo a pesar de los específicos requerimientos de la empresa para que no persistiese en esa actitud, habiendo sido ya objeto de sanciones previas por llevar a cabo la misma conducta”, que, sin duda, implica la comisión de un incumplimiento de la suficiente gravedad y culpabilidad como para justificar la adopción de la sanción de máxima gravedad en el ámbito laboral*⁷²².

En la valoración de la culpabilidad se detectan tres tendencias jurisprudenciales en torno a esta justa causa de despido disciplinario. La primera, cuando la inasistencia puede ser involuntaria pero injustificada: en estos casos, el despido será declarado procedente pues el hecho de que el trabajador no sea culpable de la falta cometida es un dato que no se tiene en cuenta cuando se trata de la causa de despido contenida en el artículo 54.2.a) ET. En otros términos, *“lo importante es que las faltas sean injustificadas y cumplen este requisito aquellas faltas de asistencia para las que no existe precepto legal, reglamentario o circunstancias de indudable valor, morales o sociales, que disculpen la no asistencia”*⁷²³. Junto a esta postura jurisprudencial existe otra en la que el requisito de injustificación se relaciona necesariamente con la voluntariedad de la comisión de las faltas⁷²⁴, presumiendo la voluntariedad si el trabajador no logra demostrar la justificación de sus ausencias: la ausencia no autorizada del lugar de trabajo obliga al empleado *“a demostrar su justificación”* y cuando no lo consigue se entiende que la falta se comete *“por su voluntad consiente y deliberada”*⁷²⁵. Una tercera tendencia jurisprudencial entiende que culpabilidad y justificación son dos condiciones diferentes: la actitud de trabajador de no incorporarse al trabajo *“refleja una voluntad consciente, deliberada y decidida que se enmarca en el incumplimiento contractual que el artículo 54.2.a) ET contempla, sin que le sirva de justificación el peligro que le podía suponer su estancia en el repetido país sin estar previamente regularizada su situación”*⁷²⁶. En suma, el incumplimiento debe ser imputable al trabajador, bien por culpa o negligencia, por no poder ampararse en motivo o causa justificada para la inasistencia⁷²⁷. Las faltas han de ser analizadas *“en su realidad, en el momento en que se han producido y en relación con los efectos que producen, con observación del trabajo al que afectan y de la personalidad del trabajador al que se imputan, es decir, que ha de estudiarse específica e individualmente el caso concreto que se examina y resuelve, sin desconocer el factor humano, que es de máxima importancia”*⁷²⁸.

En efecto, para que una acción u omisión del trabajador pueda ser sancionable con despido disciplinario, los incumplimientos laborales de asistencia y puntualidad deben ser culpables. El atributo del artículo 54.2.a) ET referido a injustificadas describe el juicio de culpabilidad del sujeto infractor: si la no asistencia del trabajador o su impuntualidad se encuentran justificadas, no existe incumplimiento laboral; como consecuencia el despido no podrá ser declarado procedente. Llegamos a la conclusión

⁷²² STSJ Castilla-La Mancha 17 de noviembre de 2014 [JUR 2015, 25754].

⁷²³ STSJ Andalucía/Málaga 2 de febrero de 2006 [AS 2006, 2214].

⁷²⁴ DELGADO UCELAY, I.: “Faltas repetidas e injustificadas de asistencia al trabajo”, en AA. VV: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 131.

⁷²⁵ STS 23 de septiembre de 1982 [RJ 1982, 5263].

⁷²⁶ STS 21 de febrero de 1985 [RJ 1985, 678].

⁷²⁷ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del Despido Disciplinario y su Valoración por la Jurisprudencia*, cit., pp. 254 y ss.

⁷²⁸ STS 7 de marzo de 1980 [RJ 1980, 1080].

de que el juicio de culpabilidad del trabajador se sitúa en un momento posterior: la inasistencia está injustificada previamente al juicio de culpabilidad –por eso es una falta– y este juicio versa sobre la exención de responsabilidad del trabajador transgresor. A la exculpación de responsabilidad por inexistencia de culpa del trabajador es a lo que el apartado a) del artículo 54.2 ET se refiere cuando implícitamente permite hablar de la justificación de faltas⁷²⁹.

Este juicio de culpabilidad presta atención a un amplio y variado elenco de situaciones de la vida íntima del trabajador respecto de las que los deberes laborales no siempre pueden ser independientes. Al hilo de lo expuesto los tribunales han entendido que se exime de responsabilidad e incumbencia al trabajador en los siguientes supuestos:

- La enfermedad grave y hospitalización de la madre en país extranjero al poder la empresa imputar los días de ausencia a días de permiso o días de vacaciones que le quedaban por disfrutar, *“en lugar de proceder a un despido disciplinario que parece desproporcionado dadas las circunstancias concurrentes”*⁷³⁰.
- La imposibilidad de retornar del país extranjero en que se disfrutaban las vacaciones, circunstancia oportunamente comunicada por teléfono a la empresa⁷³¹.
- La situación de crisis que se genera en la trabajadora por la separación matrimonial que se encuentra sufriendo y que se extiende *“no sólo en el ámbito de lo íntimo y lo personal sino también en relación con el cónyuge que, precisamente, era el administrador único de la sociedad”*, coincidiendo las ausencias de algunos días *“con el momento álgido de la ruptura de la armonía conyugal, que desembocó en el ámbito civil de la jurisdicción, en solicitud de separación por parte de la esposa”*⁷³².
- La situación de neurosis ansioso-depresiva del trabajador que sufre una crisis o *“arranque abrupto”* y *“deja, no sólo trabajo, sino familia y entorno, para desaparecer sin dar noticias”*⁷³³.
- El sometimiento a medicación desintoxicante a toxicómano⁷³⁴.
- El padecimiento psíquico del que adolece el trabajador, *“su retraso mental, analfabetismo, así como su grado cognitivo”*⁷³⁵.
- La situación del trabajador con *“trastornos nerviosos con descompensación psíquica”*, lo que limita su inteligencia volitiva⁷³⁶.

En cambio, se ha entendido que no dispensa de responsabilidad contractual y, por ende, de la procedencia del despido los siguientes supuestos:

- El *“intento del trabajador de compatibilizar su trabajo con otro diferente, habiéndole denegado previamente la empresa un cambio de horario”*⁷³⁷.

⁷²⁹ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., pp. 135 y 136.

⁷³⁰ STSJ Cataluña 15 de septiembre de 2003 [AS 2003, 3317].

⁷³¹ STSJ Aragón 10 de febrero de 2003 [JUR 2003, 76368].

⁷³² STSJ Galicia 30 de noviembre de 2000 [AS 2000, 3970].

⁷³³ STSJ Canarias/Las Palmas 24 de noviembre de 1994 [AS 1994, 4450].

⁷³⁴ STSJ Madrid 21 de diciembre de 1994 [AS 1994, 5061].

⁷³⁵ STSJ Canarias/Tenerife 17 de febrero de 1998 [AS 1998, 482].

⁷³⁶ STSJ Galicia 25 de junio de 1998 [AS 1998, 1923].

- La enfermedad del propio trabajador cuando voluntariamente “dejó de acudir” al sanitario profesional constando que la empresa “hizo todo lo posible a fin de que el mismo acudiera al médico, dándole varias oportunidades”⁷³⁸.
- El fallecimiento de hija más allá de los días de permiso legal o convencional pues, aun siendo una circunstancia personal sin duda grave para el trabajador, si éste “precisaba mayor tiempo de ausencia, debió solicitarla en debida forma, y no faltar al trabajo si no se le otorgaba formalmente el permiso”⁷³⁹.
- La hospitalización del cónyuge más allá de los días de permiso “sin que frente a ello pueda tener efectividad o restar gravedad las posibles dificultades familiares de la trabajadora”, ya que si bien puede explicarse a nivel personal la actitud de la misma, sin embargo, “no es posible hacerlos valer frente a la empleadora que no puede supeditar su propia viabilidad a la actitud que adopten sus trabajadores ante los problemas personales que les afecten”⁷⁴⁰.
- La intervención quirúrgica de la madre dada de alta el mismo día faltando la trabajadora más de la jornada de permiso⁷⁴¹.
- El no estar el trabajador “conforme con el cambio de centro de trabajo” que no exige modificar la residencia más cuando ni siquiera se asiste al trabajo a su anterior centro⁷⁴².

2. Despido por indisciplina o desobediencia en el trabajo

El artículo 54.2.b) ET considera incumplimiento contractual del trabajador a efectos de su despido, “la indisciplina o desobediencia en el trabajo”.

2.1 Concepto y fundamento

La aparición de dos expresiones totalmente diferentes en el artículo 54.2.b) ET – desobediencia e indisciplina– nos llevan involuntariamente al razonamiento de que nos encontramos analizando dos conceptos distintos. Es así, que en diversas sentencias de nuestra jurisprudencia se ha construido una doctrina judicial que distingue ambos términos. Sin embargo, el afán y empeño articulado por intentar ofrecer conceptos diferentes de la desobediencia y la indisciplina es algo improductivo, pues en realidad, la indisciplina y desobediencia en el trabajo son términos diferentes que definen un mismo incumplimiento contractual susceptible de expresarse a través de comportamientos heterogéneos⁷⁴³.

La indisciplina se define como la inobservancia de las leyes y ordenamientos de una profesión; y la desobediencia como incumplimiento del mandato del superior; lo que *a sensu contrario* significa que incurre en disciplina o desobediencia quien no

⁷³⁷ STSJ Aragón 30 de junio de 2003 [AS 2003, 2229].

⁷³⁸ STSJ Canarias/Tenerife 8 de mayo de 2003 [JUR 2003, 151641].

⁷³⁹ STSJ Aragón 10 de febrero de 2003 [AS 2003, 1157].

⁷⁴⁰ STSJ Castilla-La Mancha 24 de abril de 2002 [JUR 2002, 239493].

⁷⁴¹ STSJ Madrid 28 de enero de 2003 [JUR 2003, 111615].

⁷⁴² STSJ Madrid 22 de enero de 2003 [JUR 2003, 111509].

⁷⁴³ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: “La indisciplina o desobediencia en el trabajo”, en AA. VV: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 148.

observa las leyes y ordenamientos o no obedece las órdenes⁷⁴⁴. En la teoría del criterio de distinción entre ambos conceptos⁷⁴⁵, la fundamentación más extendida en los tribunales es aquella que sustenta que mientras la desobediencia requiere la previa existencia de órdenes empresariales y el comportamiento contrario a las mismas, la indisciplina se identifica con una actuación contraria a la norma laboral o al contenido de las obligaciones contractuales cuyo cumplimiento no exige órdenes expresas pero sí tener presente la buena fe que preside la relación de trabajo⁷⁴⁶.

La doctrina también se ha manifestado en el mismo sentido ofreciendo diferentes valoraciones de los conceptos: la desobediencia tiene lugar cuando la actuación de los trabajadores es contraria a las órdenes e instrucciones del empresario mientras que la indisciplina se produce cuando el trabajador actúa de forma contraria a las reglas incluidas en una norma laboral, sin necesidad de que su acatamiento y obediencia se establezcan por una orden o mandato –concreto y expreso– del empresario⁷⁴⁷. La disciplina a la que queda sujeto el empleado puede entenderse derivada del deber de diligencia mientras que la desobediencia constituiría un quebrantamiento del deber de obediencia al empresario⁷⁴⁸. En suma, la disciplina se presenta como un precepto del más amplio significado, de orden imperativo, sin el que sería posible ordenar las distintas fases del proceso productivo. Su exigencia se justifica sin necesidad de remisión a conceptos filosóficos-políticos sino meramente pragmáticos⁷⁴⁹.

Se puede contravenir el precepto 54.2.b) ya sea por acción o por omisión del trabajador: tan desobediente e indisciplinado es el empleado que lleva a cabo uno o más actos contraindicados por el empleador como el trabajador que no hace algo a lo que viene obligado por la relación laboral contractual. No solo puede desobedecerse una orden preceptuada por el empresario sino también una instrucción general de la empresa o reglas no escritas consuetudinarias o tradicionales⁷⁵⁰. La calificación de desobediencia no debe restringirse a la desatención de las órdenes empresariales, sino también al incumplimiento de las normas o reglas aplicables al trabajo correspondiente. Por tanto, no es preciso que exista desobediencia a una orden concreta para encuadrar la conducta del trabajador en esta causa de despido sino que basta que su conducta sea contraria a las obligaciones generales que se derivan del puesto de trabajo desempeñado⁷⁵¹.

La contemplación de la falta de diligencia como un incumplimiento del deber de obediencia viene estipulada por la conformación legal y jurisprudencial de la causa que más tendría que ver con el deber de diligencia y celo que no es otra que la causa del apartado e) del artículo 54.2 ET referida a la disminución en el rendimiento del trabajo. Sin embargo, la dificultad para aplicar este apartado –artículo 54.2.e) ET– a determinados tipos de trabajadores en los que el aspecto cualitativo y atributivo prima

⁷⁴⁴ CARRO IGELMO, A. J.: *El despido disciplinario*, cit., p. 77.

⁷⁴⁵ ORTEGA LOZANO, P. G.: “El despido disciplinario por indisciplina o desobediencia en el trabajo: artículo 54.2.b) del Estatuto de los Trabajadores”, en *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 8, 2016, pp. 754 y ss.

⁷⁴⁶ STSJ País Vasco 11 de diciembre de 2001 [AS 2002, 433].

⁷⁴⁷ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., p. 125.

⁷⁴⁸ TOLOSA TRIBIÑO, C.: *Despido: comentarios, jurisprudencia, formularios*, cit., p. 127.

⁷⁴⁹ CARRO IGELMO, A. J.: *El despido disciplinario*, cit., p. 77.

⁷⁵⁰ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 139.

⁷⁵¹ STSJ Cantabria 24 de enero de 2003 [JUR 2003, 128293].

sobre el aspecto cuantitativo ha supuesto la necesidad de encontrar un procedimiento con el que justificar y evidenciar el despido del trabajador que desempeña su trabajo negligentemente y, por ende, quien no cumple con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia⁷⁵². Los tribunales utilizan el concepto de desobediencia e indisciplina de manera amplia para dar acogida a comportamientos que difícilmente pueden encajarse en otras letras del artículo 54.2 ET, sobre todo, en aquellas situaciones en las que la percepción intuitiva o el sentido natural de justicia indica que la conducta del trabajador merece la sanción disciplinaria del despido⁷⁵³.

Pero dichas causas también pueden reconducirse a la transgresión de la buena fe contractual o abuso de confianza⁷⁵⁴. En todo caso, la inclinación jurisprudencial que domina en la actualidad es la de manejar conjunta y simultáneamente los apartados b) – indisciplina o desobediencia en el trabajo– y d) –transgresión de la buena fe contractual así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo– del artículo 54.2 ET. En efecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha elaborado lo que se ha denominado “*teoría general de los incumplimientos contractuales de desobediencia, transgresión de la buena fe y abuso de confianza en el desempeño del trabajo*”⁷⁵⁵, causas b) y d) del artículo 54.2 ET⁷⁵⁶. En suma, cuando no se cumplen las obligaciones concretas del puesto de trabajo se quebrantan dos deberes: el deber de obediencia y el deber de buena fe. La conducta del trabajador constituye acto de indisciplina o desobediencia, “*en cuya comisión no puede apreciarse buena fe por haber supuesto una evidente y flagrante oposición con enfrentamiento directo a las órdenes del empresario*”⁷⁵⁷.

2.2 Presunción de legitimidad del mandato empresarial, regularidad de la orden empresarial y justificación de la desobediencia del trabajador: principio *solve et repete e ius resistentiae*

Es doctrina reiterada la que establece la presunción de legitimidad del mandato empresarial de modo que el trabajador no puede desatender las órdenes de quien en la empresa tiene el poder para cursarlas en razón a la facultad de dirección que le incumbe –artículo 20 ET– sino que debe, ante todo, acatarlas, subordinando su apreciación subjetiva a la necesaria dependencia de la jerarquía empresarial, sin perjuicio de reclamar a los organismos competentes si estima que fueron conculcados sus derechos⁷⁵⁸. Es obvio que el poder de dirección se ha visto fortalecido por una pretendida presunción *iuris tantum* de legitimidad de las ordenes empresariales desprovista de fundamento legal. Es más, a la luz de los principios constitucionales esta presunción –en beneficio del empleador– supone una quiebra del principio de igualdad

⁷⁵² Artículo 5.a) ET.

⁷⁵³ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: *La causalidad del despido disciplinario*, cit., p. 166.

⁷⁵⁴ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 139.

⁷⁵⁵ STSJ Navarra 21 de febrero de 2000 [AS 2000, 272]. En el mismo sentido STSJ Canarias/Las Palmas 18 de septiembre de 1998 [AS 1998, 6819] y STSJ Extremadura 9 de diciembre de 1993 [AS 1993, 5140].

⁷⁵⁶ Vid. epígrafe “*teoría general de los incumplimientos contractuales de desobediencia, transgresión de la buena fe y abuso de confianza*”.

⁷⁵⁷ STS 27 de junio de 1985 [RJ 1985, 3482].

⁷⁵⁸ STS 9 de junio de 1987 [RJ 1987, 5125].

ante la ley pues reconoce la posición de supremacía y privilegio a las decisiones empresariales al margen de su legalidad⁷⁵⁹.

Pero la postura jurisprudencial no es totalmente rígida. Se ha venido admitiendo determinadas excepciones a la precitada regla general confirmándose que existen órdenes empresariales en las que la desobediencia del trabajador queda justificada⁷⁶⁰. La obligación de cumplir las órdenes del empleador no puede entenderse como una obligación absoluta sino que ha de tratarse de órdenes dadas en el ejercicio regular de sus facultades directivas, pudiendo el trabajador negarse a cumplirlas, sin incurrir en desobediencia, cuando el empresario actúe con manifiesta arbitrariedad⁷⁶¹ y abuso de derecho⁷⁶². En efecto, la invocación del derecho al trabajo supone la normatividad constitucional de la pretensión de perseguir la vigencia del contrato preservándolo o defendiéndolo de toda decisión arbitraria e injusta del empleador⁷⁶³.

El principio *solve et repete* conlleva que el trabajador deba obedecer las órdenes del empresario incluso en aquel supuesto en el que el empleado considere que tales órdenes establecen una extralimitación de la facultad directiva, quedándole tan solo la posibilidad de reclamar contra la misma una vez que la haya acatado. La construcción jurisprudencial del principio *solve et repete* se ampara en varios argumentos: de un lado, es un principio dirigido a mantener el carácter de jerarquía en la empresa, lo que conecta directamente con la subordinación y dependencia del trabajador sustentado en la potestad que el titular de la empresa posee; de otro lado, se protege que el empleado no pueda erigirse en definidor de sus propias obligaciones⁷⁶⁴ –principio de orden⁷⁶⁵–, no siendo aceptable que el propio trabajador sea quien decida sobre la licitud o ilicitud de la orden empresarial⁷⁶⁶, por lo que la advertencia debe presumirse lícita. Afirmar lo contrario iría en contra del sistema organizativo de la empresa, en seria amenaza si cada orden impartida por el empresario pudiera debatirse por los trabajadores⁷⁶⁷.

Pero con el paso del tiempo esta doctrina se ha flexibilizado y acomodado hasta el punto de permitir la admisión de una serie de excepciones al principio *solve et repete*. La jurisprudencia ha apreciado la existencia de un legítimo derecho del trabajador a desobedecer; pero esta formulación termina sustentándose en conceptos jurídicos

⁷⁵⁹ RIVERO LAMAS, J. y MONEREO PÉREZ, J. L.: “Artículo 20. Dirección y control de la actividad laboral”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al*: *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 303.

⁷⁶⁰ STS 25 de junio de 1987 [RJ 1987, 4636].

⁷⁶¹ STSJ Asturias 16 de octubre de 2015 [JUR 2015, 284695].

⁷⁶² STS 28 de noviembre de 1989 [RJ 1989, 8276] o STSJ Castilla-La Mancha 22 de junio de 2017 [JUR 2017, 199883].

⁷⁶³ 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 MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), MOLINA NAVARRETE, C. (Dir.) y MORENO VIDA, M^a. N. (Dir.) *et al*: *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, cit., p. 330.

⁷⁶⁴ STSJ Cataluña 19 de septiembre de 2017 [JUR 2017, 284674].

⁷⁶⁵ RIVERO LAMAS, J. y MONEREO PÉREZ, J. L.: “Artículo 20. Dirección y control de la actividad laboral”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al*: *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 304.

⁷⁶⁶ STSJ Asturias 28 de noviembre de 2014 [JUR 2015, 22627].

⁷⁶⁷ GUERRERO OSTOLAZA, J. M^a.: “La desobediencia e indisciplina en el trabajo”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al*: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., pp. 129 y ss.

generales que acusan un grado considerable de indeterminación⁷⁶⁸. En este sentido, ubicamos sentencias dispares que reconocen el *ius resistentiae* del trabajador a las órdenes empresariales si concurren determinadas circunstancias de peligrosidad, amenaza, riesgo u otras razones suficientemente poderosas que justifiquen la negativa⁷⁶⁹. En supuestos en los que se localicen conductas criminales, la doctrina y jurisprudencia han coincidido en señalar que el trabajador puede negarse, de manera rotunda, a llevar a cabo la orden empresarial que implicaría la comisión de un delito – ilícito penal–⁷⁷⁰. Posteriormente, ha aparecido una doctrina jurisprudencial aún más progresiva y avanzada: nos referimos a la “*doctrina de la obediencia justa*”⁷⁷¹. Conforme la doctrina de la obediencia justa el deber de acatamiento no puede ser entendido de forma absoluta e incondicional: el empleador tiene legalmente limitadas sus atribuciones, aunque como regla general, el trabajador debe obedecer y luego reclamar acudiendo a los órganos judiciales competentes. Observamos como el razonamiento “*obedece y luego reclama*” comienza a suavizarse con la exigencia de que las órdenes dictadas por el empresario lo sean dentro de sus legales atribuciones, de forma que si no se respetan las normas vigentes, no es exigible el deber de obediencia del trabajador: en consecuencia, la obediencia del empleado se encuentra condicionada por la licitud de las órdenes recibidas por parte del empresario⁷⁷². En cuanto al contenido del deber de obediencia se trata del primer deber del empleado siendo una característica inherente al concepto de dependencia del trabajador respecto del empresario pero también una desigualdad jurídica, ya que el empresario ordena y el trabajador obedece, siendo la relación de subordinación, jerárquica y no paritaria o de igualdad⁷⁷³. En suma, de acuerdo con la reciente jurisprudencia, quien “*recibe una orden debe cumplirla, salvo que ello le obligue a afrontar una situación de la que pueda derivarse cualquier grave daño difícilmente reparable bien para sus intereses legítimos, bien para su integridad física, bien para su dignidad personal*”⁷⁷⁴.

En la justificación de la desobediencia del trabajador se aprecia una evolución y transformación jurisprudencial en la que, despegando de una postura bastante restrictiva y represiva, se ha avanzado al ampliar las situaciones en las que la desobediencia del empleado no justifica la extinción de la relación laboral y, por ende, el despido

⁷⁶⁸ RIVERO LAMAS, J. y MONEREO PÉREZ, J. L.: “Artículo 20. Dirección y control de la actividad laboral”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al*: *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 305.

⁷⁶⁹ STS 29 de enero de 1987 [RJ 1987, 298]. Se entiende que existe *ius resistentiae* del trabajador, “*no ya completa, sino total, cuando las órdenes del empresario lesionan los derechos irrenunciables del trabajador, son manifiestamente ilegales o implican la concurrencia de circunstancias de peligrosidad y en otros supuestos análogos que razonablemente justifiquen la negativa a obedecer las órdenes de la empresa*”.

⁷⁷⁰ STSJ Castilla y León/Valladolid 20 de marzo de 2006 [AS 2006, 1029]. “*La desobediencia obedece siempre al contenido del contrato de trabajo, y se valora en relación con las prestaciones que corresponden al trabajador, consistentes en cumplir las órdenes sensatas y relativas a su prestación de servicios*”. Vid. MONTOYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, cit., p. 248.

⁷⁷¹ MONTOYA MELGAR, A.: “Dirección y control de la actividad laboral”, en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.) *et al*: *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, Edersa, 1985, p. 138.

⁷⁷² GUERRERO OSTOLAZA, J. M^a.: “La desobediencia e indisciplina en el trabajo”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al*: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 130.

⁷⁷³ BIDÓN Y VIGIL DE QUIÑONES, J. I.: “Indisciplina y desobediencia en el trabajo”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al*: *El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 79.

⁷⁷⁴ STSJ Cataluña 19 de septiembre de 2017 [JUR 2017, 284674].

disciplinario⁷⁷⁵. Al respecto no existe una regla general: tal regularidad o irregularidad dependerá de lo que el juez estime conveniente ante las circunstancias convergentes⁷⁷⁶.

Por otro lado, si concurre una causa incompleta de justificación, el trabajador merecerá un tratamiento más débil y benévolo que el despido; si concurre una causa completa de justificación, la desobediencia no merecerá ninguna sanción⁷⁷⁷. La presencia de una causa de justificación en la acción desobediente del trabajador exime a dicha conducta del reproche más radical⁷⁷⁸, abriéndose, de este modo, el camino para la posible imposición de una sanción de carácter menos represiva o incluso su improcedencia⁷⁷⁹. La desobediencia sancionable con el despido del trabajador requiere que la orden dada esté dentro del círculo de atribuciones del empresario y que el incumplimiento de la misma sea grave, culpable, trascendente o notoriamente relevante e injustificado, pues si existe causa de justificación, el empleado ha de merecer un trato más suave y benigno que el de la imposición de la sanción más grave – en referencia al despido–⁷⁸⁰. Por ello, es admisible un *ius resistentiae* en aquellos casos en los que la negativa del trabajador se entiende razonable por considerar que la desobediencia no tiende directamente a transgredir el propósito del patrono sino a preservar los propios derechos frente al ejercicio irregular de la empresa⁷⁸¹.

Los jueces siguen un modelo de obediencia consistente en que, una vez ejercido de forma regular el poder directivo que el empresario detenta y desobedecido el mandato del empleador por el trabajador, no se debe entrar al fondo de la cuestión sino que el despido será procedente por el mero hecho de que el asalariado ha incumplido una orden expresa lícita: el ejercicio regular del poder de dirección por parte del empresario constituye la esfera de actuación propia de la obediencia debida⁷⁸². La cuestión fundamental que se ha de tratar es la referida a la desobediencia del trabajador por amparo del derecho de resistencia: *ius resistentiae*. Esta doctrina jurisprudencial estima que el trabajador no está obligado a obedecer ni cumplir los mandatos que le supongan conductas ilícitas, inmortales o prohibidas, no incurriendo en causa de despido con su conducta infractora: el deber de obediencia que posee el empleado termina allí donde la orden abandona el marco de la licitud y legalidad o cuando atenta a la dignidad humana. Es lo que se conoce como desobediencia legítima del trabajador, *ius resistentiae* o derecho de resistencia. Resistencia es la facultad del trabajador de desobedecer las órdenes del empleador cuando tales mandatos no pertenezcan al ámbito de un ejercicio correcto de las facultades directivas del empresario. En efecto, la doctrina laboral más moderna acepta el derecho de resistencia del empleado como expresión de la irregularidad cometida al amparo de las facultades directivas del empresario y, por tanto, como límite del deber de obediencia. Tal conclusión es

⁷⁷⁵ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al*: *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 140.

⁷⁷⁶ POQUET CATALÁ, R.: “El límite de la desobediencia a las órdenes de empresario”, en *Iuslabor*, núm. 3, 2014, p. 2.

⁷⁷⁷ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., p. 131.

⁷⁷⁸ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: “La indisciplina o desobediencia en el trabajo”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 150.

⁷⁷⁹ BIDÓN Y VIGIL DE QUIÑONES, J. I.: “Indisciplina y desobediencia en el trabajo”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al*: *El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 73.

⁷⁸⁰ STS 4 de febrero de 1988 [RJ 1988, 572].

⁷⁸¹ BIDÓN Y VIGIL DE QUIÑONES, J. I.: “Indisciplina y desobediencia en el trabajo”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al*: *El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 82.

⁷⁸² STSJ Castilla y León/Burgos 18 de marzo de 2003 [JUR 2003, 145646].

admitida porque el artículo 5.c) ET condiciona ese deber de obedecer a la licitud o regularidad de la orden del empresario, de forma que las disposiciones que posean un contenido irregular, antijurídico o ignore los derechos de los trabajadores, no exige jurídicamente su cumplimiento⁷⁸³.

El derecho de resistencia no es contradictorio al principio *solve et repete* sino más bien es un mecanismo delimitador del mismo –límite o frontera⁷⁸⁴– que elude –o pretende eludir– un ejercicio abusivo de las facultades directivas del empleador. Una correcta interpretación de la resistencia del trabajador implica que éste se encuentra habilitado, únicamente, a incumplir las órdenes empresariales cuando éstas rebasan las facultades directivas del empresario. Las órdenes e instrucciones que emita el empresario deben encontrarse dentro del marco de sus atribuciones y en consonancia con la legalidad: por tanto, si el empleador se excede de los límites de autoridad marcados por las normas legales puede el trabajador desobedecer legítimamente sus órdenes sin incurrir en infracción⁷⁸⁵, ejercitando el *ius resistentiae* cuando la orden recibida atente a la dignidad, sea abusiva en extremo o totalmente contraria a las mismas exigencias laborales⁷⁸⁶. En efecto, tan solo podrá ser calificado como despido procedente el desacato de una orden regular del empresario. Si no es un mandato de este tipo –por tanto, es una orden irregular– la calificación del despido sólo puede ser la de improcedente. En este sentido, el derecho de resistencia supone un reequilibrio entre los intereses jurídicos del empresario y del trabajador⁷⁸⁷. En consecuencia, la jurisprudencia va desatendiendo y abandonando la regla general que establece que el trabajador debe “obedecer y luego reclamar” siendo numerosas las sentencias que se limitan a examinar si la orden del empresario entra dentro del ámbito de sus facultades directivas, pues sólo en este caso, estaría el empleado obligado a obedecer⁷⁸⁸.

Los mandatos que no sean regulares no generan el deber de obediencia⁷⁸⁹ –no se trata de una obediencia ciega⁷⁹⁰–. Pero, de este modo, se rompe el punto inicial del principio *solve et repete*, ya que al analizarse la regularidad de la orden empresarial, se está negando que exista presunción de legitimidad. Los tribunales examinan si la orden

⁷⁸³ GUERRERO OSTOLAZA, J. M^a.: “La desobediencia e indisciplina en el trabajo”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al*: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., pp. 130 y ss.

⁷⁸⁴ ORTEGA LOZANO, P. G.: “El despido disciplinario por indisciplina o desobediencia en el trabajo: artículo 54.2.b) del Estatuto de los Trabajadores”, en *Derecho de las relaciones laborales*, cit., pp. 761 y ss.

⁷⁸⁵ STS 20 de mayo de 1980 [RJ 1980, 2210].

⁷⁸⁶ STSJ Cataluña 20 de febrero de 2001 [AS 2001, 1580].

⁷⁸⁷ GUERRERO OSTOLAZA, J. M^a.: “La desobediencia e indisciplina en el trabajo”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al*: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 131.

⁷⁸⁸ Se atribuye la condición de ilegal, a aquella orden que adolece de una serie de carencias e imprecisiones o cuando es extraña al ejercicio regular de las facultades directivas, *ex* artículos 5.c) y 20.2 ET.

⁷⁸⁹ STSJ Andalucía/Sevilla 5 de febrero de 2009 [AS 2009, 1204]. “*El deber de obediencia del trabajador no puede entenderse como una obligación absoluta, sino que está limitado a las órdenes dadas por el empresario en el ejercicio regular de las facultades directivas, de manera, que el trabajador puede negarse a cumplirlas, sin incurrir en desobediencia, cuando el empresario actúe con manifiesta arbitrariedad y abuso de derecho*”. En el mismo sentido, STS 28 de noviembre de 1989 [RJ 1989, 8276], STS 28 de diciembre de 1989 [RJ 1989, 9281], STSJ Castilla y León/Valladolid 14 de marzo de 2007 [AS 2007, 1861], STSJ Galicia 29 de febrero de 2000 [AS 2000, 227] y STSJ Cataluña 20 de febrero de 2001 [AS 2001, 1580].

⁷⁹⁰ STSJ País Vasco 10 de junio de 2014 [JUR 2014, 230789].

es arbitraria o ilegal, y una vez constatada su licitud, continúan aplicando la regla general junto con las excepciones admitidas. La orden aparentemente puede ser legal pero en el momento en el que se analiza su licitud o ilicitud –no quedándose en esa simple apariencia de facto y valorando el fondo de su contenido– se está aceptando, plenamente, la doctrina de la obediencia justa⁷⁹¹. Aún así debemos reconocer que la doctrina de la obediencia justa se encuentra ambientada en la concepción clásica y originaria de la obediencia absoluta⁷⁹².

Que el trabajador se inserte dentro de una organización fructífera y productiva a través de la formalización del contrato laboral, no supone que éste deba de sufrir una pérdida de sus derechos esenciales sometiéndose íntegramente a la voluntad del empresario. Pero no puede ignorarse que la inserción del trabajador en la organización empresarial constituye una modulación de aquellos derechos en la medida absolutamente imprescindible para un correcto desarrollo de la ocupación productiva: debe compaginarse el interés del trabajador con el de la empresa evitándose la cesión de uno de ellos en beneficio único y exclusivo del otro⁷⁹³.

Una vez se ha confirmado que la orden del empleador se encuentra en consonancia con la legalidad de nuestro ordenamiento jurídico se examinará si el incumplimiento del trabajador reúne la suficiente gravedad para justificar el despido⁷⁹⁴.

Veamos las diferentes categorías de *ius resistentiae* admitidas por nuestros tribunales para declarar el despido no procedente: por razones de seguridad y salud en el trabajo; por vulnerar elementos esenciales del trabajador y por proteger otros elementos jurídicos dignos de protección; y frente a órdenes empresariales ilícitas.

2.2.1 *Ius resistentiae* por razones de seguridad y salud en el trabajo

El derecho de resistencia por razones de seguridad y salud en el trabajo es una atestiguada causa de justificación de la desobediencia o incumplimiento del trabajador⁷⁹⁵. Hasta tal punto es importante que el artículo 21.2 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales⁷⁹⁶, se refiere expresamente a esta resistencia al establecer que “*el trabajador tendrá derecho a interrumpir su actividad y abandonar el lugar de trabajo, en caso necesario, cuando considere que dicha actividad entraña un riesgo grave e inminente para su vida o su salud*”. Este precepto tiene un ámbito de aplicación bastante acotado pues las restricciones para fundamentar la desobediencia requieren calificar el riesgo de grave e inminente; en otro caso, se

⁷⁹¹ ROMÁN DE LA TORRE, M. D.: *El poder de dirección y contrato de trabajo*, cit., p. 358. AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., p. 135.

⁷⁹² MONTOYA MELGAR, A.: “Dirección y control de la actividad laboral”, en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.) *et al: Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 139.

⁷⁹³ GUERRERO OSTOLAZA, J. M^a: “La desobediencia e indisciplina en el trabajo”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., pp. 135 y ss.

⁷⁹⁴ *Ibidem*, p. 134.

⁷⁹⁵ *Vid.* RIVERO LAMAS, J. y MONEREO PÉREZ, J. L.: “Artículo 20. Dirección y control de la actividad laboral”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al: El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 308.

⁷⁹⁶ Publicado en Boletín Oficial en fecha de 10 de noviembre de 1995.

consideraría tal incumplimiento como causa justa de despido disciplinario. No obstante, también puede apoyarse la rebeldía del trabajador en el derecho de resistencia justificadora de desobediencia cuyo ámbito de aplicación es bastante más extenso que la del artículo precitado. El derecho de resistencia se fundamenta en razones de seguridad y salud en el trabajo implicando que una vez el trabajador haya aludido a este derecho los tribunales tienen obligación de entrar al fondo del asunto⁷⁹⁷.

Cuando la orden dada por el empresario entraña riesgo y peligro para la integridad física del trabajador, el *ius resistentiae* ampara al empleado sin que se le pueda despedir procedentemente: en este caso se trataba de *“una pala cargadora que no estaba en condiciones ni reunía las medidas de seguridad suficientes para ser utilizada”*⁷⁹⁸. También es improcedente el despido en supuestos en los que el trabajador se niegue a realizar un determinado cometido por ser éste susceptible de comportar un riesgo: *“la máquina era peligrosa”* concluyéndose que *“la ejecución del trabajo mandado en la máquina de inyección era susceptible de comportar un riesgo inminente en la salud e integridad física del operario, y sin que ello quede desdibujado por el hecho de que durante una hora, y tras lo aducido por el trabajador sobre su desconocimiento, se le explicara el funcionamiento de la máquina y se le dieran instrucciones escritas, pues ello no puede compararse a un curso de formación”*. Es más, el propio trabajador *“llegó a realizar una inyectada, pero no quiso seguir por considerar que la máquina era peligrosa, lo que evidencia un intento por su parte y no una negativa persistentemente rotunda e infundada”*⁷⁹⁹. También es improcedente aquel despido que se sustenta en la negativa del empleado a realizar un determinado trabajo por existir razones suficientes y adecuadas para entender que al no haberse modificado la situación anterior pueda suceder otro accidente, por lo que el *“hecho de negarse a trabajar debajo del tendido y no en otra zona”*, ha de entenderse como inexistencia de incumplimiento grave y culpable del trabajador, pues si bien es doctrina reiterada la ineludible obligación de obedecer las órdenes relativas al trabajo incurriendo en indisciplina o desobediencia el que se niega a hacerlo, resulta imprescindible *“el conocimiento de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto”* y si *“la determinación de no trabajar tiene la fundamentación del miedo al peligro y existen razones suficientes para entender que, al no haberse modificado la anterior situación, puede producirse otro accidente, al tener que manejar objetos metálicos debajo del tendido de alto voltaje, es preciso deducir la existencia de causa justificada que excluye la procedencia del despido”*⁸⁰⁰. Incluso es improcedente el despido en supuestos en los que la situación de riesgo o peligro que se alega por el trabajador se considere ajena y extraña a la propia empresa: cuando no se justifica *“la necesidad organizativa de que las trabajadoras debieran de trabajar separadas”* debe entenderse que la tarea es *“perfectamente realizable trabajando juntas, sin que ello ocasione mayores costes de tiempo o dinero a la empresa”*, acreditándose que las trabajadoras *“tenían fundadas razones para entender que corría peligro su integridad física por la ubicación del centro de trabajo próximo a un lugar de distribución y consumo de drogas y ser utilizado el patio del colegio para tales fines, sin que exista un conserje o medidas de seguridad”*, por lo que el hecho de que las asalariadas *“pudieran encerrarse para trabajar no hace sino incrementar su justificado temor a ser víctimas de algún acto*

⁷⁹⁷ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 141.

⁷⁹⁸ STSJ Murcia 21 de julio de 2003 [JUR 2003, 235207].

⁷⁹⁹ STSJ Comunidad Valenciana 1 de julio de 1999 [AS 1999, 4837].

⁸⁰⁰ STSJ Comunidad Valenciana 26 de febrero de 1992 [AS 1992, 935].

vandálico y su necesidad de trabajar en grupo, a lo que no consta que se negaran, de donde no cabe deducir la existencia de un acto de indisciplina o contrario al buen desempeño de sus obligaciones laborales, sino un mecanismo de defensa frente a agresiones de terceros que no ha quedado acreditado que sea contrario o perjudicial para los intereses de la empresa”⁸⁰¹. El despido puede ser también improcedente incluso en supuestos en los que el propio riesgo o peligro haya sido gestado por el trabajador: la negativa a trabajar “*está fundada en la eventualidad de que se produjera una lesión para la propia salud o aspecto físico*”, ya que, el empleado no podía retirarse “*el pendiente mientras no cicatrizase la herida*”, por lo que la desobediencia del trabajador para que opere como causa de despido exige que sea “*grave, trascendente e injustificada*” y “*sólo se exceptúan del deber de obediencia las órdenes del empresario que afectan a derechos irrenunciables del trabajador, afecten a su dignidad, sean ilegales*” o “*concurran circunstancias de peligrosidad u otras análogas que razonablemente justifiquen la negativa a obedecer la orden de la empresa*”⁸⁰². Si la negativa del trabajador al cumplimiento de la orden transmitida por el empresario se constituye en la creencia de la presencia de riesgo para la salud y se demuestra en la investigación que tal creencia era infundada, en determinadas ocasiones, los tribunales pueden reconocer justificada la resistencia a cumplir el mandato en la medida en que existía una controversia suficiente y razonable sobre la presencia de riesgo: “*una cosa es la genérica existencia de información sobre los riesgos del puesto de trabajo*”, y otra diferente “*el individualizado temor de trabajadores sin apenas experiencia ante las circunstancias concretas de la labor encomendada*”, y aunque su “*negativa no estaba justificada plenamente*”, el acto de indisciplina o de desobediencia tampoco representa trascendencia en el sentido “*económico u organizativo para la empresa o en el moral o de intención*”. A ello hay que añadir la inexistencia de “*falta de desobediencia persistente*” pues los trabajadores “*comenzaron, al menos, el viernes día ocho las labores de limpieza aunque no la finalizaran por los motivos expuestos*”⁸⁰³. Tampoco existe desobediencia cuando el empleado pone “*en conocimiento de su encargado que tenía una limitación física*”, sin que se niegue “*a realizar su trabajo*”, aun cuando el trabajador decide acudir “*al servicio médico de la empresa donde el facultativo exploró al trabajador concluyendo que la situación era normal*”⁸⁰⁴.

A la inversa, no es causa de justificación las suposiciones razonables de la existencia de riesgo fundada en apreciaciones subjetivas o personales: “*está admitido por la jurisprudencia el ius resistentiae frente a órdenes peligrosas, más la jurisprudencia exige que tales peligros sean inminentes y graves*” correspondiendo al empleado “*alegar y probar que los peligros son inminentes y graves, no cabiendo apreciaciones subjetivas, sino solamente aquellas basadas en circunstancias objetivas manifiestas*”⁸⁰⁵. En esta misma orientación si todos los datos apuntan a la inexistencia o ausencia de riesgo real en la orden emanada del empresario y a que se han cumplido todas las exigencias de seguridad, la desobediencia no puede quedar minimizada al amparo de una duda ni siquiera razonable, ya que, el trabajador “*debió acatar las instrucciones del empleador en el ejercicio regular de sus facultades directivas*”. Esta conclusión “*no viene mitigada por la aludida falta de perjuicio notorio derivada de la infracción, porque, por un lado, no se debe reducir ese concepto al ámbito puramente*

⁸⁰¹ STSJ Comunidad Valenciana 23 de junio de 2000 [JUR 2001, 2206].

⁸⁰² STSJ Cantabria 17 de agosto de 2000 [AS 2000, 3145].

⁸⁰³ STSJ Cantabria 20 de agosto de 2002 [AS 202, 3703].

⁸⁰⁴ STSJ Madrid 30 de octubre de 2017 [JUR 2017, 299273].

⁸⁰⁵ STSJ Madrid 19 de febrero de 1998 [AS 1998, 506].

*material o económico cuando incide de forma tan acusada en los de dirección y organización productiva, reservados a la empresa, y, por otro, la repetición de la negativa implica, en el conjunto circunstancial en que se produce, un incumplimiento grave y culpable de la obligación esencial de los servicios debidos, lo que justifica plenamente la medida de despido*⁸⁰⁶. Del mismo modo es injustificada la desobediencia que se funda en razones de salud cuando los órganos administrativos competentes han desechado la calificación de incapacidad permanente y el trabajador opta por desobedecer antes que solicitar la baja por incapacidad temporal: el trabajador “*al negarse*” tras su reincorporación a prestar los servicios convenidos aun cuando ya había recaído resolución del órgano administrativo competente en la que se declaraba que no estaba afectado a “*ninguno de los grados de incapacidad permanente*”, el despido debe estimarse procedente “*al tratarse de una falta continuada de indisciplina y desobediencia*”. De la reiterada indisciplina o desobediencia en el trabajo se desprende la existencia en el trabajador “*de una voluntad clara, cierta, terminante y firme de incumplir los deberes laborales que le incumbían en el ámbito de la relación laboral*”, por lo que reuniendo el incumplimiento del empleado los requisitos de ser “*grave, trascendente, reiterado e injustificado*” se ha de apreciar la “*proporcionalidad y adecuación entre el hecho imputado, la conducta y la sanción de despido impuesta*”⁸⁰⁷. La desobediencia también se encuentra infundada y es arbitraria cuando el trabajador se niega a acudir al médico que tiene competencia para comprobar si alguna circunstancia le impide desempeñar la actividad a la que se opone: la persistencia del trabajador “*en negarse a realizar las labores de siega e igualmente a acudir al facultativo que tiene competencia para comprobar si alguna enfermedad se lo impide y, en su caso, autorizar su baja total o parcial*” definen con acabada plenitud “*el concepto justificativo del despido*”⁸⁰⁸.

2.2.2 *Ius resistendae* por vulnerar elementos esenciales del trabajador y otros elementos jurídicos dignos de protección

Los supuestos en los que la orden empresarial lesiona un derecho constitucional fundamental del trabajador se consideran supuestos típicos de desobediencia lícita del empleado: los derechos fundamentales son elementos principales y superiores al poder del empresario o empresa. La jurisprudencia constitucional ha destacado la facultad que posee el trabajador de desobedecer lícitamente la orden empresarial que haya vulnerado o que pueda infringir un derecho fundamental⁸⁰⁹.

En conexión con el *ius resistendae* del empleado encontramos el derecho a la intimidad y propia imagen –artículo 18 CE–. El Tribunal Constitucional ha considerado que el despido impulsado por la negativa de un trabajador del sector de hostelería a afeitarse la barba ha de ser considerado caso por caso, individualmente analizado, atendiendo a la moderación de los intereses en juego, teniendo en cuenta, tanto el derecho del trabajador a decidir sobre su aspecto físico como las consecuencias en las relaciones jurídicas que el ordenamiento regula: “*los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen garantizados por el artículo 18.1 de la Constitución, forman parte de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada*”; sin embargo, no es “*una difusión o captación ilícita de su propia imagen*” ni “*tampoco la*

⁸⁰⁶ STSJ Aragón 20 de mayo de 2002 [AS 2002, 2077].

⁸⁰⁷ STSJ Madrid 15 de octubre de 2002 [JUR 2003, 22484].

⁸⁰⁸ STSJ Asturias 10 de septiembre de 1999 [AS 1999, 2673].

⁸⁰⁹ STC 5/2003, de 20 de enero [RTC 2003, 5].

decisión personal sobre su apariencia física lo que se discute"; lo que se delibera es si la decisión puede o no limitarse o condicionarse en virtud de las relaciones laborales en que el trabajador desarrolla su actividad profesional, entendiendo el tribunal que el punto crucial consiste en determinar *"si la orden del empresario excedía o no de sus facultades directivas"*, apreciando y probando que en el sector de hostelería, *"los empleados que tengan contacto con los clientes deben permanecer afeitados"*; por tanto, se considera *"legitimado al empresario para dar dicha orden"* y *"procedente el despido por el reiterado incumplimiento del trabajador"*⁸¹⁰. Posteriormente, el Tribunal Constitucional ha vuelto a pronunciarse sobre el derecho a la propia imagen como tesis de desobediencia legítima dando amparo al trabajador de la siguiente forma: *"los requerimientos organizativos de la empresa que pudieran llegar a ser aptos para restringir el ejercicio de aquéllos"* deben venir *"especialmente cualificados por razones de necesidad, de tal suerte que se hace preciso acreditar"* que *"no es posible de otra forma alcanzar el legítimo objetivo perseguido, porque no existe medio razonable para lograr una adecuación entre el interés del trabajador y el de la organización en que se integra. En este contexto, la posición de la empresa no podría legitimarse por la sola orden dada al trabajador; era preciso, además, que se pusiera de manifiesto la necesidad organizativa estricta de que ese trabajador"*, y no otro, *"cumpliese la orden dada"*. No basta *"con que la orden sea, prima facie, legítima; es preciso acreditar una racionalidad específica en la que la restricción del derecho del trabajador, no instrumental para el efectivo desarrollo de su tarea, sea, verdaderamente, la única solución apreciable para el logro del legítimo interés empresarial"*⁸¹¹. En el ámbito del derecho a la propia imagen desobedecer –por el trabajador– una orden en la que se le prohíbe una determinada prenda de vestir es óbice para afirmar que nos encontramos ante *"una desobediencia en el trabajo"* ya que, realmente, lo que localizamos es *"una orden ajena al mismo, sobre un extremo que ninguna norma interna consta que existiera al respecto, y que excede de las facultades de dirección de la empresa, pues al margen de una genérica corrección y limpieza que es siempre exigible"*, no cabe imponer o rechazar, sin más, *"una determinada indumentaria"*, máxime cuando en el desarrollo de su labor, el trabajador *"no tenía contacto alguno con el público, y, por lo tanto, su modo de vestir no trasciende, ni puede ante terceros afectar a la imagen"* de la empresa; además, si la voluntad *"es imponer una determinada uniformidad en el trabajo a sus empleados"*, no se ejerció tal facultad, *"sino que sin existir uniforme ni norma concreta sobre el modo de vestir"* se ordenó al trabajador *"no usar una prenda concreta"* en referencia al *"pantalón corto"*⁸¹².

Por su propia naturaleza existen actividades que traen consigo una restricción en el derecho a la imagen de quien debe realizarlas como lo son todas las actividades en contacto con el público o accesibles a él. En estos casos quien acepta prestar tareas de esta índole no puede luego desobedecer una orden invocando este derecho fundamental para eximirse de su realización. La cuestión radica en saber si por la naturaleza del trabajo contratado, las tareas encomendadas al empleado implican la necesaria restricción de su derecho, de manera que pueda entenderse que la propia voluntad del trabajador –expresada al celebrar el contrato– es la que legitima las órdenes que le pudieran exigir esas condiciones en el futuro. Sin embargo, no es este el caso del trabajador *"deshuesador de jamones"* al no tener *"asignada, explícita ni implícitamente, tarea alguna de exhibición de su habilidad en la promoción del producto, ni que éstas*

⁸¹⁰ STC 170/1987, de 30 de octubre [RTC 1987, 170].

⁸¹¹ STC 99/1994, de 11 de abril [RTC 1994, 99].

⁸¹² STSJ Madrid 7 de mayo de 2002 [AS 2002, 2042].

*fuera componentes imprescindibles –o aun habituales– de las funciones que debía desarrollar”*⁸¹³.

El respeto a la vida privada –artículo 18 CE– y al libre desarrollo de su personalidad, externa a la jornada y al lugar de trabajo –artículo 10.1 CE–, es un elemento constitutivo negativo de las faltas de desobediencia e indisciplina. Para que la desobediencia o indisciplina adquiera el grado pertinente y apropiado de incumplimiento contractual ha de referirse propiamente al trabajo: las órdenes empresariales que se extralimitan de la vida privada y libre desarrollo de la personalidad del individuo trabajador son instrucciones y directrices que pueden ser totalmente desobedecidas sin que constituyan incumplimiento contractual alguno⁸¹⁴.

En esta materia, la huelga es el derecho que más contiendas y polémicas ha motivado⁸¹⁵. Los tribunales han justificado y disculpado la desobediencia frente a la orden de trabajar para cubrir los servicios mínimos de la empresa cuando la autoridad administrativa que los establece y determina es evidentemente incompetente para ello, careciendo la decisión administrativa de fundamentación alguna⁸¹⁶. Sin embargo, si el procedimiento de asentamiento y delimitación de los servicios mínimos ha sido regular y reglamentario, –por ende, lícito–, nos encontraremos ante una total desobediencia de la orden por parte del trabajador: la *“reiterada, categórica y sostenida negativa”* de la trabajadora *“a prestar los servicios a ella asignados con la irreprochable regularidad que queda destacada, es desobediencia, cuya gravedad proclaman las expresivas circunstancias del caso”*⁸¹⁷. Mientras dure la reivindicación de la huelga, el empresario carece de facultades con las que poder dar órdenes relativas al trabajo pues el derecho de huelga suspende e interrumpe el contrato de trabajo y exonera al empleado de la obligación de trabajar durante ese período de tiempo: en consecuencia, si estaban los trabajadores exonerados de trabajar, la negativa a las peticiones de la empresa *“no constituyen transgresión de la buena fe contractual”*⁸¹⁸. En definitiva, *“no se puede exigir a un trabajador la realización de actividad laboral alguna durante su participación en una huelga, ni se le pueden dar órdenes”*⁸¹⁹.

Por otra parte, se entiende justificada y aceptada la desobediencia de un trabajador a una orden humillante y denigrante. Además, se admite como lícita la resistencia del empleado a aquellas órdenes que afectan a derechos irrenunciables, incluyendo cualquier mandato que disminuya los derechos que tienen reconocidos los trabajadores, sea por disposiciones legales de derecho necesario o por convenio colectivo⁸²⁰.

La rebeldía del trabajador al cumplimiento de las órdenes e instrucciones empresariales a veces puede quedar justificada al pretenderse la protección de un bien

⁸¹³ STC 99/1994, de 11 de abril [RTC 1994, 99].

⁸¹⁴ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 143.

⁸¹⁵ Por este motivo le dedicamos especial atención en un epígrafe específico.

⁸¹⁶ STSJ Castilla y León/Valladolid 5 de septiembre de 2002 [AS 2002, 3150].

⁸¹⁷ STSJ Asturias 9 de marzo de 2001 [AS 2001, 331].

⁸¹⁸ STSJ Castilla y León/Burgos 2 de octubre de 2001 [AS 2001, 4285].

⁸¹⁹ STSJ Castilla y León/Burgos 1 de octubre de 2001 [AS 2001, 4283].

⁸²⁰ GUERRERO OSTOLAZA, J. M^a: “La desobediencia e indisciplina en el trabajo”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 132.

jurídico ajeno e indiferente a la relación laboral que se contrapone a la orden o instrucción empresarial –elementos jurídicos dignos de protección del trabajador pero no esenciales del mismo–. Esta desobediencia se funda en la naturaleza e importancia del bien que se pretende salvaguardar: en estos casos, habrá que valorar el cumplimiento de la orden empresarial frente al menoscabo del bien jurídico⁸²¹. Uno de los bienes jurídicos que merece especial auxilio es el referido a la protección de la propia familia. Este bien jurídico puede justificar la negativa del trabajador a someterse a órdenes empresariales que contravengan la protección de la familia: resulta justificada la negativa de la trabajadora que “*teniendo un niño de un año de edad, le fue imposible dejarlo mientras viajaba*”, circunstancia ésta que consta “*se comunicó*” a la empresa “*o al menos debía de ser conocida por ésta*”. Los anteriores razonamientos “*ponen de manifiesto que sin negar el poder organizativo de la empresa y el de dirigirla para el cumplimiento de sus fines, la justificación reiterada y la insistencia*” de la misma, exterioriza que la empresa “*anteponía la formación*” de la trabajadora “*por encima de intereses familiares dignos de ser atendidos*”⁸²². Otro derecho de oposición del trabajador justificable por custodia de un bien jurídico digno de protección es el referido a la protección de la reputación o del prestigio profesional del empleado: éstos son supuestos en los que la trifulca surge a raíz del modo de realizar la prestación del trabajo y en los que las discrepancias entre el empresario y el trabajador se instauran en razones de tipo técnico y profesional⁸²³. También es lícita la llamada desobediencia técnica que es la referida al incumplimiento de órdenes claramente infundadas desde el punto de vista técnico, cuya ejecución podría llevar a un resultado dañoso y atentatorio, incluso contra el prestigio profesional del trabajador. Si se demuestra que la orden provocaba un resultado dañoso o descrédito profesional la decisión de despido por la desobediencia técnica ha de ser considerada improcedente⁸²⁴.

2.2.3 *Ius resistentiae* frente a órdenes empresariales ilícitas

El derecho de resistencia u oposición frente a órdenes empresariales ilegales e indebidas es de una complejidad máxima. La dificultad por parte del empleado radica en distinguir entre la legalidad o ilegalidad de la orden o instrucción empresarial. El problema se manifiesta en el juicio de valoración judicial; en concreto, en la apreciación de licitud o ilicitud de la orden emanada del empresario, ya que, esta evaluación se producirá en un momento posterior y subsiguiente al cumplimiento de la orden por el trabajador o, en su defecto, al comienzo del cumplimiento de ésta. Por ello, la doctrina judicial ha constituido el principio *solve et repete*⁸²⁵: la facultad de dar órdenes sobre el modo, tiempo y lugar de la prestación disfruta de una “*presunción de legitimidad que se corresponde con la obligación de su cumplimiento, sin perjuicio de poder impugnarlas el trabajador si las cree lesivas o ilegales; dicho régimen obliga al trabajador al acatamiento y cumplimiento de la orden, siempre que emane del empresario o de quién de él traiga poderes y no viole las reglas de seguridad o comporten un menoscabo a la dignidad*”. Nace así el deber de disciplina del trabajador en la prestación laboral dimanante del deber básico de cumplir las órdenes e instrucciones del empresario, de forma que incumplir tal deber contractual –artículo 5 ET– conlleva un acto de

⁸²¹ STSJ Aragón 16 de diciembre de 2002 [AS 2002, 3939].

⁸²² STSJ Madrid 12 de diciembre de 1994 [AS 1994, 5025].

⁸²³ STSJ Castilla-La Mancha 12 de mayo de 1993 [AS 1993, 2456].

⁸²⁴ BIDÓN Y VIGIL DE QUIÑONES, J. I.: “Indisciplina y desobediencia en el trabajo”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 80.

⁸²⁵ Primero cumplir, luego reclamar.

indisciplina o desobediencia que cuando posee “*los tintes de ser grave y culpable*” – artículo 54.1 ET– es “*justa causa de despido*”⁸²⁶. En suma, existirá un verdadero *ius resistantiae* en “*supuestos en que la orden sea manifiestamente ilegal, afecte a algún derecho fundamental, o suponga un riesgo grave e inminente para el trabajador*”⁸²⁷.

En esta línea hay sentencias donde la desobediencia frente a la orden que el trabajador considera ilegal se estima legítima y, como consecuencia, el despido ha de calificarse de improcedente. Sin embargo, se localizan resoluciones en las que esa misma desobediencia del trabajador frente a la orden emanada del empresario se considera no justificada, sin entrar el juzgador a valorar el verdadero fondo del asunto – si las órdenes emanadas del empresario eran o no legales– calificando el despido de procedente. Consecuentemente existe una situación de total incertidumbre jurídica que trae como desenlace que el trabajador proceda a actuar conforme a su propio juicio o criterio: desobedecer en el caso de que considere que la orden es ilegal; obedecer en el caso de que considere que la orden es legítima. Es por ello que se hace recomendable por parte del trabajador aplicar la regla anteriormente descrita: *solve et repete*⁸²⁸.

Respecto al grado de ilegalidad de la orden empresarial, los tribunales tienden a custodiar el derecho de resistencia cuanto más ilegítimas son las órdenes empresariales: el principio jurídico *solve et repete* no es aplicable en los supuestos en que existe una normativa y una práctica que dotan a la orden de clara antijuridicidad⁸²⁹. La orden del empresario puede ser claramente ilegal cuando nos enfrentamos a una conducta ilícitamente conocida. Sin embargo, la ilicitud de la orden puede que también se exteriorice en la vulneración de derechos laborales por el ejercicio del poder directivo del empresario. La ilegalidad ha de encontrarse en la ilicitud del comportamiento ordenado, principalmente, si lo mandado constituye una conducta tipificada como delito o falta en nuestro Derecho Penal: la relación laboral no impone un deber de obediencia que excuse la realización de acciones conocidamente delictivas⁸³⁰.

2.2.4 Principales focos de discusión del *ius resistantiae*

Los principales focos de discusión del *ius resistantiae* del empleado frente a órdenes e instrucciones empresariales se localizan normalmente en tres grandes ámbitos: en las funciones del trabajador; en el lugar de realización y desarrollo del trabajo; y en el tiempo de trabajo.

En las órdenes e instrucciones relativas a las funciones del trabajador existen ocasiones en los que no se presentan indicios de ejercicio abusivo o de mala fe del poder directivo del empresario, ni tampoco se delimita una situación de especial quebranto o perjuicio para el trabajador: son situaciones que deben ser resueltas con aplicación directa del principio *solve et repete*. Diferente es la situación en la que las funciones ordenadas por el empresario al trabajador no correspondan con el encuadramiento profesional del empleado: en estos casos, los tribunales sí podrán descubrir motivos suficientes con los que poder entrar a valorar el fondo del asunto con objeto de concluir

⁸²⁶ STSJ Castilla y León/Burgos 14 de enero de 2003 [JUR 2003, 38299].

⁸²⁷ STSJ Castilla-La Mancha 7 de julio de 2017 [JUR 2017, 213998].

⁸²⁸ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al.*: *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 146.

⁸²⁹ STS 15 de marzo de 1991 [RJ 1991, 1859].

⁸³⁰ STS 7 de noviembre de 2001 [RJ 2001, 9684].

—en el supuesto de que la ilegalidad sea existente— que la desobediencia del trabajador se hallaba justificada. En el momento de celebrar un contrato de trabajo a todo empleado se le asigna una categoría profesional con la que se determina el objeto de la relación laboral⁸³¹. Además, con el sistema de categorías profesionales se asigna un determinado nivel retributivo⁸³²; pero la categoría profesional no es criterio suficiente para erradicar la necesidad de adecuar la prestación laboral a las exigencias organizativas sobrevenidas⁸³³, lo que deberá desarrollarse respetando el procedimiento de movilidad funcional —artículo 39 ET—⁸³⁴. Lo que el ordenamiento jurídico laboral hace es recoger los principios generales en materia de movilidad funcional que ya habían sido aplicados por las Reglamentaciones de Trabajo y la doctrina jurisprudencial⁸³⁵. De acuerdo con el mencionado precepto, el empresario puede introducir variaciones en la prestación debida o trabajo convenido, sin necesidad de autorización y con el límite del grupo profesional: en concreto, el empleador respetando los límites establecidos en el artículo 39 ET, goza de libertad suficiente como para efectuar las variaciones que estime oportunas sin necesidad de justificarlas⁸³⁶. Cuando las órdenes del empleador consisten en la realización de funciones que pertenecen a la misma categoría o grupo profesional del trabajador la jurisprudencia estima la desobediencia de las mismas injustificada⁸³⁷. De igual modo, cuando el cambio de funciones se engloba dentro de una misma categoría profesional la orden de la empresa ha de obedecerse con reserva de las acciones que pudieran asistir al trabajador⁸³⁸. Lo anterior, salvo modificación unilateral de las condiciones de trabajo con riesgos para la integridad física del trabajador⁸³⁹.

Los problemas surgen en las órdenes de ejecución de un determinado trabajo impropio de la categoría profesional del empleado. Cuando el trabajador viene realizando funciones pertinentes a su categoría pero se le encomienda una actividad impropia la postura jurisprudencial es la siguiente⁸⁴⁰: 1) La regla general parte del principio *solve et repete* lo que trae como consecuencia que el empleado deba de obedecer⁸⁴¹. 2) Pero en caso de que el empleado haya incumplido la orden, la

⁸³¹ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Movilidad funcional y derechos económicos”, en AA. VV.: *Estructura Salarial*, Madrid, CEOE, 1987, p. 108. Para profundizar sobre la clasificación profesional y promoción en el trabajo del artículo 22 ET, *vid.* ALMENDROS GONZÁLEZ, M. Á.: *La clasificación profesional del trabajador: tecnología, organización del trabajo y régimen jurídico*, Sevilla, Mergablum, 2002, *passim*. También ALMENDROS GONZÁLEZ, M. Á.: “Artículo 22. Sistema de clasificación profesional”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al.*: *El nuevo estatuto de los trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, cit., pp. 322 a 330.

⁸³² ROMÁN DE LA TORRE, M. D.: *El poder de dirección y contrato de trabajo*, cit., p. 147.

⁸³³ SALA FRANCO, T.: “Movilidad funcional”, en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.) *et al.*: *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 139.

⁸³⁴ ALMENDROS GONZÁLEZ, M. Á.: “Clasificación profesional y movilidad funcional. Alternativas de la negociación colectiva frente a la acción unilateral de la empresa”, en *Gaceta sindical: reflexión y debate*, núm. 25, 2015, pp. 219 y ss.

⁸³⁵ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., p. 157.

⁸³⁶ MONTOYA MELGAR, A.: “Poder del empresario y movilidad laboral”, en *REDT*, núm. 38, 1989, p. 181.

⁸³⁷ STS 15 de julio de 1987 [RJ 1987, 5387].

⁸³⁸ STSJ Madrid 28 de septiembre de 1992 [AS 1992, 4489].

⁸³⁹ STS 29 de enero de 1987 [RJ 1987, 298].

⁸⁴⁰ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., pp. 159 y ss.

⁸⁴¹ STS 10 de mayo de 1988 [RJ 1988, 3589].

desobediencia puede detentar justificación en aquellos casos en los que el mandato –de categoría profesional diferente– posee tintes de peligrosidad⁸⁴². Además, la orden empresarial podrá ser desobedecida si ésta se extralimita: verbigracia, cuando se ordenan “trabajos en relación con la construcción totalmente ajenos a la labor del embotellado de bebidas”⁸⁴³; o cuando se ordena “no sólo un cambio de funciones y un traslado de centro de trabajo sino un cambio de empresa”⁸⁴⁴; o, a quién teniendo el oficio de “batanero” se le ordena, en una plantilla de cerca de medio millar de operarios, “la limpieza de las pintadas que personas desconocidas habían realizado en la fachada principal de la fábrica, con motivo de una determinada huelga”, sobre todo, cuando ante la negativa de este trabajador, “no se encargó a otro miembro de la plantilla sino que se contrataron los servicios del personal de limpiezas de fachadas”⁸⁴⁵. Son casos en los que la arbitrariedad de las órdenes empresariales es clara y evidente lo que justifica la desobediencia; sin embargo, cuando lo ordenado no es tan claro suele exigirse la obediencia del trabajador por aplicación de principio *solve et repete*. 3) Pero cuando el empleado ha venido realizando funciones diferentes a su categoría profesional sin resistencia alguna, los tribunales suelen soslayar el análisis de su categoría argumentando que su realización supone que el trabajador había consentido su integración en el ámbito de sus obligaciones contractuales⁸⁴⁶. No obstante, existen ocasiones en las que el incumplimiento del empleado es lícito –aunque viniese desarrollando la orden sin protesta o por costumbre– por disponerlo el convenio colectivo o el contrato de trabajo –cuando establecen expresamente las funciones correspondientes a una determinada categoría profesional–⁸⁴⁷. En definitiva, en materia de órdenes relativas a funciones, la regla general es “*primero obedecer, luego reclamar*”; lo excepcional es el derecho de resistencia⁸⁴⁸. En cuanto a las modificaciones sustanciales de las estipulaciones del contrato de trabajo, la ejecutividad de la orden empresarial dependerá de que se haya cumplido por el empresario el régimen legal establecido en el artículo 41.3 ET, por lo que en caso de inobservancia de estos requisitos, se manifestará correctamente el derecho de resistencia del trabajador⁸⁴⁹.

Las órdenes relativas al lugar de trabajo se regulan minuciosamente en el artículo 40 ET. La jurisprudencia ante la orden de traslado o desplazamiento de carácter ejecutivo se ha pronunciado de la siguiente forma: el trabajador ante una orden de desplazamiento o traslado de movilidad geográfica no tiene más que dos opciones; una, aceptar dicha orden; y otra, extinguir su contrato; en todo caso, y una vez habiendo cumplido la orden, el trabajador podrá ejercitar las acciones judiciales que le correspondan –impugnar la decisión empresarial⁸⁵⁰– pero lo que no le está permitido es

⁸⁴² STS 15 de marzo de 1991 [RJ 1991, 1859].

⁸⁴³ STS 11 de octubre de 1983 [RJ 1983, 5087].

⁸⁴⁴ STS 8 de junio de 1982 [RJ 1982, 3942].

⁸⁴⁵ STS 28 de noviembre de 1989 [RJ 1989, 8276].

⁸⁴⁶ STS 28 de mayo de 1985 [RJ 1985, 2776].

⁸⁴⁷ STS 18 de noviembre de 1985 [RJ 1985, 1336].

⁸⁴⁸ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 151.

⁸⁴⁹ Vid. GUERRERO OSTOLAZA, J. M.: “La desobediencia e indisciplina en el trabajo”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., pp. 136 y ss.

⁸⁵⁰ Vid. RIVERO LAMAS, J. y MONEREO PÉREZ, J. L.: “Artículo 20. Dirección y control de la actividad laboral”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al: El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 308.

no trasladarse sin más porque estaría incurriendo en una clara y patente desobediencia⁸⁵¹. Para su estricto cumplimiento es suficiente con que el empresario haya abonado los gastos de viaje de inmediata atención. Aunque la orden de traslado o desplazamiento no requiere formalidad, como mínimo deberá expresar las circunstancias y condiciones en que ha de realizarse y concederse un período de tiempo suficiente para una efectiva movilidad del trabajador: de acuerdo con esta afirmación, se reconoce el derecho del trabajador a desobedecer las órdenes en las que se haya omitido datos fundamentales como el puesto a desempeñar, el período de tiempo, las razones de la decisión o cuando se le notifica el desplazamiento sin concedérsele un mínimo de tiempo para preparar el viaje⁸⁵². El espíritu de la norma tiene como base la legitimidad de la decisión, sólo impugnabile a posteriori sin precisar prueba a priori⁸⁵³. No obstante, los tribunales vienen justificando la indisciplina de los trabajadores frente a los mandatos empresariales de traslado o desplazamiento que incumplan requisitos legales o convencionales de cierta entidad como los siguientes supuestos:

- Con un gravoso traslado de un trabajador a México careciendo éste de “*apariencia legítima*”⁸⁵⁴.
- Con un traslado entre dos empresas distintas de un mismo grupo al no poder “*considerarse legítima una orden en tales condiciones*”⁸⁵⁵.
- Con un desplazamiento unilateralmente impuesto cuando en el convenio colectivo se pactó “*la sujeción de la movilidad geográfica, al acuerdo entre las partes, renunciando desde ese momento la empresa a la posibilidad de imponer por sí misma tal movilidad*”⁸⁵⁶.
- Con un mandato de desplazamiento sin cobertura previa de gastos, porque aunque la orden de desplazamiento es por sí misma ejecutiva para el trabajador, no exime al empresario que previamente cumpla con la obligación que le impone el artículo 40.6 ET de abonar los gastos de viaje y dietas sin que pueda exigirse al trabajador que los anticipe⁸⁵⁷. Sin embargo, este mismo tribunal no ha considerado justificada la desobediencia porque el empresario haya incumplido el plazo de preaviso de treinta días⁸⁵⁸.
- Con una orden de traslado que no se estipula por escrito⁸⁵⁹.
- La orden que especifica el carácter temporal de la incorporación pero que omite datos fundamentales como el puesto de trabajo a desempeñar, el período de tiempo de incorporación, los gastos y dietas que iba a percibir y las razones de la decisión⁸⁶⁰.
- Comunicar un desplazamiento temporal con un día de margen⁸⁶¹.

⁸⁵¹ STSJ País Vasco 23 de mayo de 2017 [JUR 2017, 200222] y STSJ Andalucía/Granada 22 de abril de 2003 [JUR 2003, 159915].

⁸⁵² AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., pp. 153 y 154.

⁸⁵³ Vid. MARÍN CORREA, J. M.: “La nueva movilidad geográfica”, en *Anuario Laboral*, 1995, *passim*.

⁸⁵⁴ STSJ Madrid 12 de marzo de 2002 [AS 2002, 1415].

⁸⁵⁵ STSJ Castilla y León/Valladolid 6 de abril de 2001 [AS 2001, 2892].

⁸⁵⁶ STSJ Comunidad Valenciana 27 de marzo de 2002 [JUR 2003, 56484].

⁸⁵⁷ STSJ Canarias/Tenerife 16 de enero de 2003 [JUR 2003, 67234].

⁸⁵⁸ STSJ Canarias/Tenerife 12 de junio de 2003 [JUR 2003, 178274].

⁸⁵⁹ STSJ Asturias 25 de octubre de 2002 [JUR 2003, 12455].

⁸⁶⁰ STS 5 de junio de 1990 [RJ 1990, 5018].

⁸⁶¹ STSJ Galicia 1 de octubre de 1993 [AS 1993, 4238].

Acerca de las órdenes relativas al tiempo de trabajo existen resoluciones judiciales que confirman los despidos de trabajadores por desobediencia de la orden empresarial cuando afectan al tiempo de descanso –vacaciones, descanso de sábados y domingos, festivos y horas extraordinarias, entre otros–⁸⁶². La regla general es también la aplicación del principio *solve et repete*⁸⁶³. Son frecuentes las situaciones en las que los tribunales no entran a valorar la licitud o ilicitud de la instrucción emanada del empresario sino que simplemente verifican la desobediencia del principio “*primero cumple, luego reclama*”. El típico incidente en donde los tribunales no entran a valorar la rectitud de la orden es el de las vacaciones: incurre en desobediencia grave el trabajador que se toma las vacaciones por su cuenta pues el período de su disfrute se deberá fijar de común acuerdo entre el empresario y el trabajador, que en caso de desacuerdo, deberán acudir a la jurisdicción social –artículo 38.2 ET–. Sin embargo, ello no obsta que podamos encontrar excepciones en las que el tribunal si valora la licitud o ilicitud de la orden emanada del empresario: por ejemplo, en casos en los que la prohibición del disfrute de las vacaciones se produce pocas horas antes de la fecha pactada para su goce⁸⁶⁴. Ocurre lo mismo en los casos en los que se disfrutaban días de vacaciones en fechas habituales en la empresa habiendo ésta incumplido su obligación de fijar calendario vacacional⁸⁶⁵, o cuando está próximo el final del año natural en que deben disfrutarse las vacaciones: la empresa, “*lesionando el derecho irrenunciable del trabajador al disfrute de los descansos anuales por días festivos*”, no fija, injustificada y arbitrariamente, “*el período correspondiente para tal disfrute, dejando que transcurra el año natural en que debe tener lugar hasta su agotamiento, de manera que el trabajador cuando ya materialmente no quedan más que catorce días en el año, le anuncia que va a tomarse el período de descanso al que tenía derecho, negándosele el empresario sin comunicarle motivo ni razón*”, siendo evidente que si en ese período había mucho trabajo, el empresario debió “*proveer lo que necesario fuera al respecto, ordenando con la debida diligencia y antelación los descansos por festivos a los que sus trabajadores tienen legalmente derecho*”, pero no lo hizo, desinteresándose por el derecho del trabajador y “*pretendiendo posponerlo para fecha absolutamente indeterminada*”, y aunque el empleado “*debió proceder a reclamar su derecho judicialmente, no lo es menos que el empresario no puede pretender que la buena marcha de su empresa se asiente en la vulneración de los derechos de los trabajadores*”; por consiguiente, no existe en la actuación del trabajador la pertinente “*gravedad y culpabilidad, por cuanto no se da la premisa necesaria para ello de que la orden dada por la empresa estuviera sometida a las exigencias de la buena fe*”, ya que dicha instrucción del empresario carece de justificación y no respeta “*el derecho del trabajador a los irrenunciables descansos anuales, habiendo dejado pasivamente transcurrir el año sin fijar fecha para su disfrute*”⁸⁶⁶. También se entiende justificada la desobediencia del trabajador a la orden empresarial cuando la empresa obliga al trabajador a interrumpir el disfrute de sus vacaciones –salvo situaciones

⁸⁶² Vid. RIVERO LAMAS, J. y MONEREO PÉREZ, J. L.: “Artículo 20. Dirección y control de la actividad laboral”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al: El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 307.

⁸⁶³ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 152.

⁸⁶⁴ Al respecto, STSJ País Vasco 2 de mayo de 2001 [JUR 2001, 196680], STSJ Comunidad Valenciana 8 de mayo de 1998 [AS 1998, 2236] y STSJ Castilla y León/Burgos 24 de mayo de 1995 [AS 1995, 2029].

⁸⁶⁵ STSJ Madrid 4 de julio de 2000 [AS 2000, 4716].

⁸⁶⁶ STSJ Madrid 27 de octubre de 1998 [AS 1998, 6225].

excepcionales⁸⁶⁷ y restrictivas⁸⁶⁸—; o incluso cuando se ordena trabajar en el descanso de quince minutos que por costumbre se realiza en la empresa⁸⁶⁹.

Se consideran arbitrarias y caprichosas las desobediencias del empleado al horario de trabajo analizándose de manera breve por los tribunales: normalmente se estima que la decisión empresarial de despedir posee justificación suficiente sin que sea necesario entrar en el verdadero fondo de la legalidad o ilegalidad del parecer empresarial. Así ocurre, por ejemplo, con la negativa de los trabajadores a realizar guardias⁸⁷⁰, a trabajar excepcionalmente con una jornada laboral diaria de 9 horas de trabajo en centro desplazado cuando existe acuerdo para ello⁸⁷¹, a trabajar en domingos⁸⁷², a trabajar en sábados⁸⁷³, o a trabajar por las tardes⁸⁷⁴, por desacuerdo con el horario empresarial⁸⁷⁵. La misma línea es aplicada por los tribunales en modificaciones de jornada y del horario de trabajo: el empleador puede modificar las condiciones en que el trabajo se presta, entre ellas, el horario, sin que pueda el trabajador desobedecer sistemáticamente la orden dada por el empresario. No obstante, en materia de modificación de la jornada o del horario al considerarse —en la mayoría de las ocasiones— modificación sustancial de la condición del contrato de trabajo habrá de ser realizado de acuerdo con el artículo 41 ET. La sustancialidad —como regla general— se debe a la trascendencia que el tiempo de trabajo tiene en la organización de la vida diaria de los trabajadores, lo que permite afirmar que un cambio de la jornada o en el horario de trabajo puede afectar a la estructura de la vida cotidiana del empleado⁸⁷⁶. El trabajador debe impugnar la decisión empresarial que modifica su horario de trabajo si entiende que la misma es injustificada a fin de que se le reponga en sus anteriores condiciones de trabajo o instar la extinción del contrato. Pero si se limita a desobedecer reiteradamente las ordenes de la empresa no acudiendo al trabajo en el horario señalado sino en el que venía realizando con anterioridad, es incuestionable que el empleado incurre en incumplimiento grave y culpable del contrato de trabajo⁸⁷⁷. Por el contrario, si el empleador ejecuta la modificación de la jornada o de horario sin atenerse a los trámites del precepto que los desarrolla —artículo 41 ET— la orden no entra dentro del ámbito de las facultades regulares del empresario y el trabajador no estará obligado a acatarla siendo, en esta materia, donde la jurisprudencia más se ha apartado del ordinario principio *solve et repete*⁸⁷⁸.

En cuanto a la negación del trabajador a realizar horas extraordinarias, los tribunales sí que suelen entrar a valorar el fondo del asunto considerándose, en términos

⁸⁶⁷ STSJ Cataluña 20 de diciembre de 1991 [AS 1991, 6790].

⁸⁶⁸ Vid. GUERRERO OSTOLAZA, J. M^a.: “La desobediencia e indisciplina en el trabajo”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al*: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., pp. 136 y ss.

⁸⁶⁹ STS 10 de noviembre de 1986 [RJ 1986, 6670].

⁸⁷⁰ STSJ Extremadura 10 de abril de 2003 [JUR 2003, 200334].

⁸⁷¹ STSJ La Rioja 4 de noviembre de 2016 [JUR 2017, 17012].

⁸⁷² STSJ País Vasco 4 de marzo de 2003 [JUR 2003, 149562].

⁸⁷³ STSJ Cataluña 17 de enero de 2003 [JUR 2003, 54825].

⁸⁷⁴ STSJ Cataluña 7 de enero de 1999 [AS 1999, 1096].

⁸⁷⁵ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al*: *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 153.

⁸⁷⁶ MARTÍN VALVERDE, A.: “Modificaciones de la jornada y del horario de trabajo”, en DE LA VILLA GIL, L. E. (Coord.) *et al*: *Estudios sobre la jornada de trabajo*, cit., p. 694.

⁸⁷⁷ STSJ Castilla y León/Valladolid 8 de julio de 2002 [AS 2002, 2678].

⁸⁷⁸ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., pp. 167 y 168.

generales, que si el trabajador no se encuentra obligado por norma o acuerdo a trabajar tales horas, la rebeldía se considera legítima: la prestación del trabajo fuera de la jornada ordinaria es voluntaria para el trabajador pues no existe derecho alguno del empresario para exigir la realización de horas extraordinarias –artículo 35.4 ET–, y en su caso, le corresponde a éste –en referencia al empleador– su iniciativa y proposición, y a aquél –en referencia al empleado– la libre aceptación o denegación, debiendo existir acuerdo entre el empresario y trabajador, sin que por el rechazo de éste último deba soportarse consecuencia perjudicial alguna. La jornada de trabajo no sólo sirve para establecer el total de horas a desarrollar sino que delimita el ámbito de incidencia del poder de dirección del empresario porque la dependencia del trabajador al empleador no puede ser permanente e incondicional⁸⁷⁹. Por lo tanto, si el empresario decide despedir al trabajador por negarse a realizar horas extraordinarias, se estará excediendo de los límites marcados por las normas legales porque en esta materia no se aplica la regla general “*obedece y luego reclama*”: no es causa de despido por desobediencia la negativa a llevar a cabo horas extraordinarias⁸⁸⁰. Esta misma fundamentación es totalmente válida en supuestos en los que se está ante una situación en la que la realización de horas extraordinarias se congrega legal o judicialmente con carácter especialmente restrictivo, como son: trabajo nocturno⁸⁸¹, transporte por carretera⁸⁸², trabajo de menores⁸⁸³ o trabajos en días señalados como Navidad⁸⁸⁴. Lógicamente, esta regla quiebra cuando el trabajo sea necesario para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes –artículo 35.3 ET–; o cuando se haya pactado por contrato de trabajo o convenio colectivo siendo su negativa causa de despido disciplinario⁸⁸⁵: en estos casos, el empresario se encontrará facultado para exigir al trabajador el cumplimiento de la orden establecida. En suma, la urgencia y necesidad de los trabajos determinará la obligatoriedad de realizar horas extraordinarias. Supuestos excepcionales en los que el trabajador sí está obligado a satisfacer la orden de realizar horas extraordinarias son: situaciones de urgencia⁸⁸⁶, extinción de incendios fuera de la jornada⁸⁸⁷ o en ciertos tipos de trabajo como la ocupación en el mar⁸⁸⁸; en otros términos, en situaciones catastróficas de siniestros, daños excepcionales o necesidades perentorias o imprevisibles⁸⁸⁹. Además, por pacto individual o colectivo, el empleado al convenirlo se compromete a realizar horas extraordinarias; no obstante, al pactarlo puede el trabajador establecer una serie de límites que deberán ser respetados; de lo contrario, la negativa del trabajador a realizar horas extraordinarias pactadas estaría plenamente justificada por lo que los tribunales deberán analizar la regularidad de la orden empresarial entrando en su contenido⁸⁹⁰: “*al convenirlo así, las partes quisieron*

⁸⁷⁹ GARCÍA NINET, I.: “El deber de obediencia en el contrato de trabajo (notas para un estudio)”, en *Revista de Derecho Privado*, núm. 10, 1979, pp. 862 y 863.

⁸⁸⁰ STSJ Cantabria 5 de junio de 2002 [AS 2002, 1883].

⁸⁸¹ STSJ País Vasco 17 de diciembre de 2002 [JUR 2003, 74526].

⁸⁸² STSJ Baleares 31 de julio de 1995 [AS 1995, 2942].

⁸⁸³ STSJ Cataluña 20 de febrero de 2001 [AS 2001, 1580].

⁸⁸⁴ STSJ Baleares 22 de noviembre de 1996 [AS 1996, 3842].

⁸⁸⁵ STS 22 de noviembre de 1989 [RJ 1989, 8228], STSJ Galicia 29 de octubre de 1994 [AS 1994, 3930].

⁸⁸⁶ STSJ Asturias 24 de julio de 1998 [AS 1998, 2412] y STSJ Comunidad Valenciana 3 de diciembre de 1996 [AS 1996, 4111].

⁸⁸⁷ STSJ Andalucía/Sevilla 22 de octubre de 2002 [JUR 2003, 78841].

⁸⁸⁸ STSJ Galicia 11 de febrero de 2003 [AS 2003, 2617].

⁸⁸⁹ Vid. GUERRERO OSTOLAZA, J. M^a.: “La desobediencia e indisciplina en el trabajo”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., pp. 136 y ss.

⁸⁹⁰ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., p. 165.

sujetar el uso de esa facultad a determinados condicionantes o límites”; en concreto, se estipuló que “*para hacer uso de este derecho la empresa deberá avisar al trabajador con una antelación mínima de 24 horas*”. Este límite no se ha cumplido “*porque fue el mismo viernes día 4, a las 13.30 horas, cuando se comunicó*” al trabajador que debía “*trabajar en el turno de las 22 horas*”. En consecuencia, el empleado “*no incumplió su deber de obediencia al negarse a acudir al trabajo*”⁸⁹¹.

En definitiva, se admite la negativa a la orden empresarial en situaciones manifiestamente desorbitadas que no ofrecen duda de su ilegalidad; de lo contrario, si la orden es aparentemente legal debe obedecerse –cuando “*el mandato recibido no puede calificarse de atentatorio a la dignidad de la persona, ni de peligroso, arbitrario, abusivo de derecho o ilegal*”⁸⁹², el despido será procedente–. La regla general se debilita con la existencia de determinadas excepciones, de acuerdo con el *ius resistendae*, en aquellos casos en los que la negativa se presente razonable, lo que, consecuentemente, hace que la regla general “*obedece y luego reclama*” comience a perder sentido⁸⁹³. En consecuencia, cuando se aduce como causa argumentativa de justificación de una desobediencia o resistencia la ilicitud de la orden emanada del empleador, la doctrina jurisprudencial pondera y examina la apariencia o no de la legalidad de la orden misma, posibilitando la desobediencia del mandato cuando ésta sea manifiestamente ilegal. Se ha de tener presente que el incumplimiento de la orden no se justifica siquiera con el hipotético convencimiento del empleado de la ilegalidad del mandato. En efecto, solo se justifica la desobediencia o indisciplina a las órdenes del empresario cuando éstas sean verdaderamente ilegítimas, pero no cuando el trabajador las crea ilícitas y en realidad no lo sean. Por lo tanto, el trabajador que desobedece una orden corre el riesgo de ser sancionado con el despido⁸⁹⁴. En este sentido, es improcedente el despido cuando existe “*una inicial negativa a cumplir una orden y su consiguiente discusión, para, después, recapacitar y cumplir lo mandada*”⁸⁹⁵.

2.3 Conductas inmiscuidas en la indisciplina o desobediencia en el trabajo y relacionadas con otras justas causas de despido

2.3.1 Teoría general de los incumplimientos contractuales de desobediencia, transgresión de la buena fe y abuso de confianza

En los incumplimientos o cumplimientos defectuosos de las obligaciones del trabajador, la jurisprudencia ha elaborado lo que ha denominado “*teoría general de los incumplimientos contractuales de desobediencia, transgresión de la buena fe y abuso de confianza*”⁸⁹⁶. Esta teoría justifica que la desobediencia del trabajador no puntualiza el incumplimiento tan sólo al ámbito de las órdenes e instrucciones del empresario en el actuar reglamentario de sus facultades directivas –deber básico de obediencia del

⁸⁹¹ STSJ País Vasco 10 de febrero de 1994 [AS 1994, 735].

⁸⁹² STSJ Galicia 15 de junio de 2016 [JUR 2016, 18996].

⁸⁹³ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Obediencia debida y desobediencia justificada”, en *Revista Laboral*, núm. 2, 1988, p. 15.

⁸⁹⁴ GUERRERO OSTOLAZA, J. M^a.: “La desobediencia e indisciplina en el trabajo”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al*: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 133.

⁸⁹⁵ STSJ Galicia 7 de septiembre de 2017 [JUR 2017 253628].

⁸⁹⁶ Como tuvimos ocasión de resaltar anteriormente, se refiere a ello la STSJ Navarra 21 de febrero de 2000 [AS 2000, 272]. En el mismo sentido STSJ Canarias/Las Palmas 18 de septiembre de 1998 [AS 1998, 6819] y STSJ Extremadura 9 de diciembre de 1993 [AS 1993, 5140].

artículo 5.c) ET– sino que además infringe –sobre todo– el deber del artículo 5.a) referido a las obligaciones concretas del puesto de trabajo, de conformidad con el principio de buena fe y diligencia. Al no cumplirse las obligaciones concretas del puesto de trabajo se están vulnerando dos deberes: el de obediencia y el de buena fe, siendo la conducta del trabajador un acto de indisciplina o desobediencia que supone una incuestionable y flagrante oposición con enfrentamiento directo a las órdenes del empresario y en plena contradicción con la buena fe contractual exigible.

La citada teoría, en la doctrina jurisprudencial, se constituye a raíz de los supuestos de las comisiones irregulares por parte del empleado del banco –doctrina actualmente trasladable no solo a entidades financieras–: el trabajador de la entidad bancaria o financiera tiene la obligación de cumplir estrictamente con las tareas propias del puesto desempeñado⁸⁹⁷. Además del incumplimiento reiterado de las órdenes internas e instrucciones del banco –indisciplina o desobediencia en el trabajo– existe otra actuación del trabajador que afecta a los inevitables deberes de fidelidad, en cuanto son deberes básicos cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo de conformidad con las reglas de buena fe y diligencia. A la vez que se incumple la normativa interna de la entidad –indisciplina o desobediencia– los trabajadores abusan de la credulidad depositada por los clientes desviándose de la conducta correcta así como de la franqueza en la política de la empresa –buena fe–. Sin embargo, los tribunales no siempre siguen este criterio sino que en supuestos afines, la realización de anomalías bancarias por el empleado sólo da lugar al despido del trabajador por transgresión de la buena fe contractual –obviándose al apartado b) del artículo 54.2 ET– siendo éste un arquetipo más de la energía atrayente que posee la causa de despido disciplinario del apartado d) del citado precepto –transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño del trabajo–⁸⁹⁸.

Doctrina que supone la proyección práctica de una teoría general que puede ser sintetizada así⁸⁹⁹: 1) el contrato de trabajo posee su base firme de sustentación en la buena fe exigible a empresarios y trabajadores; 2) el quebrantamiento de esta recíproca lealtad conduce a unos determinados efectos que para el trabajador y el empresario se concretan en consecuencias diferentes; 3) cuando se trata de llevar a cabo la corrección hay que adecuar proporcionalmente los hechos, la persona y la sanción; y 4) cuando la

⁸⁹⁷ STS 19 de junio de 1985 [RJ 1985, 3426]. En concreto, los hechos que ocasionaron el surgimiento de esta teoría fueron los siguientes: en fecha “19 de Octubre de 1983 un cliente de la demandada y amigo del recurrente ingresó un talón en la c/c (sin movimiento, con un saldo de 54 pesetas) de 70.000 pesetas, cuyo importe fue retenido como es norma hasta que se confirme su buen fin, procediendo el trabajador despedido a borrar la retención”; el “20 octubre del mismo año libró un talón de 320.150 pesetas contra una cuenta del banco” ingresándolo “en la cuenta de la que es titular su esposa y a pesar de haberse efectuado la correspondiente retención, fue también borrada dejando disponible el importe ingresado; el día 2 de Noviembre también de 1983 se ingresó en la cuenta de la que es titular el actor un talón” por importe “de 400.000 pesetas firmado por él contra la cuenta de la que es titular la empresa” de la que es “propietario en un 3% y administrador general, talón que también fue retenido y con el mismo sistema borrado a continuación”. Tales hechos, “constituyen evidentemente el incumplimiento contractual grave y culpable que se tipifica en las letras: b) indisciplina o desobediencia en el trabajo; y d) transgresión de la buena fe y abuso de confianza en el desempeño del trabajo”.

⁸⁹⁸ GUERRERO OSTOLAZA, J. M^a.: “La desobediencia e indisciplina en el trabajo”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al*: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., pp. 145 y 146. AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., pp. 173 y 174.

⁸⁹⁹ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: “La indisciplina o desobediencia en el trabajo”, en AA. VV: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., pp. 147 y 148.

base contractual de la relación laboral se rompe por un acto grave y culpable, la sanción de despido constituye la consecuencia jurídica adecuada en el mundo de las relaciones laborales⁹⁰⁰. La conducta del trabajador constitutiva de indisciplina o desobediencia, en cuanto supone una evidente y flagrante oposición con enfrentamiento directo a las órdenes del empresario, se encuentra en plena vinculación con la buena fe contractual exigible⁹⁰¹.

Con esta teoría, al no cumplirse las obligaciones concretas del puesto de trabajo, se están vulnerando dos deberes: el de obediencia y el de buena fe⁹⁰². Esta doctrina se ha ido extendiendo a los siguientes supuestos:

- Conductor que realiza paradas innecesarias y utiliza el vehículo para fines distintos al transporte de personas: *“desobediencia de instrucciones generales, de especial transcendencia por afectar al funcionamiento regular de un servicio público; instrucciones que obligan a seguir el itinerario establecido, sin paradas innecesarias que obviamente repercutan en los tiempos de llegada a las distintas paradas previstas, con perjuicio de los usuarios y de la propia empresa. Además, la utilización del vehículo destinado al transporte de viajeros para la realización de manifestaciones afectivas, con abandono de las propias tareas, supone abuso posesorio”*⁹⁰³.
- Médico que anestesia a dos personas sin seguir las instrucciones del especialista: el trabajador, *“sin avisar al especialista correspondiente y seguir sus instrucciones, por sí y ante sí, decidió anestesiar a dos enfermas que iban a ser operadas, con efectos irreversibles a consecuencia de la anestesia para una de ellas”*. Existe *“infracción tipificada en el artículo 54.b) y d) del ET”*, ya que el empleado, *“al incumplir lo que el puesto de trabajo imponía, culpable y gravemente incurrió en desobediencia, transgrediendo por culpa los deberes de buena fe”* que imponen los artículos 5.a) y 20.2 ET⁹⁰⁴.
- No cumplimentar las altas y bajas a la Seguridad Social actuando en contra de su obligación y desobedeciendo las órdenes de la empresa: *“cometió una grave falta no sólo por no cumplimentar las numerosas altas y bajas en la Seguridad Social”* sino también *“por ocultar tal circunstancia a la empresa”*⁹⁰⁵.
- Conductor de una empresa de transportes que da positivo en un control de alcoholemia: la conducta del trabajador queda *“incardinada dentro de los apartados b) y d) del artículo 54 ET, al haber puesto en peligro la vida e integridad de las personas que transporta y la de terceros”*, y, además, porque su actitud atenta contra la *“competencia y profesionalidad de la empresa para la que trabaja”*⁹⁰⁶.
- Trabajador que niega *“subirse a la grúa para prestar el servicio hasta que no se le aclarase su situación laboral diciendo “no salgo con la grúa y mis*

⁹⁰⁰ STS 19 de junio de 1985 [RJ 1985, 3426].

⁹⁰¹ STS 27 de junio de 1985 [RJ 1985, 3482].

⁹⁰² ORTEGA LOZANO, P. G.: “El despido disciplinario por indisciplina o desobediencia en el trabajo: artículo 54.2.b) del Estatuto de los Trabajadores”, en *Derecho de las relaciones laborales*, cit., pp. 771 y ss.

⁹⁰³ STS 18 de julio de 1988 [RJ 1988, 6173].

⁹⁰⁴ STS 4 de octubre de 1988 [RJ 1988, 7517].

⁹⁰⁵ STSJ Baleares 14 de julio de 1992 [AS 1992, 3919].

⁹⁰⁶ STSJ Canarias/Tenerife 29 de junio de 1994 [AS 1994, 2312].

compañeros tampoco". Al cabo de una hora aproximadamente, los seis compañeros del actor retomaron sus trabajos y él, se subió a la grúa asignada pero el gerente decidió sustituirlo por otro trabajador de la empresa. A pesar de ser requerido varias veces, el actor no se bajó de la grúa hasta que se le advirtió que se procedería a llamar a la Guardia Civil. El comportamiento del actor constituye un incumplimiento grave y culpable del trabajador y, es causa del despido disciplinario, al haber incurrido en indisciplina, trasgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza, a tenor del artículo 54.2.b) y d) ET⁹⁰⁷.

2.3.2 Huelga

Una causa disciplinaria de despido no prevista específicamente en el artículo 54 ET se refiere a la participación del trabajador en una huelga ilegal: cuando la huelga es legal no podrá nunca entenderse que concurre la causa de despido prevista en el artículo 54.2.b) ET⁹⁰⁸. Este supuesto ha sido reconducido por la jurisprudencia a algunas de las causas genéricas del citado precepto: si bien es cierto que el ET “*no ha recogido específicamente en su artículo 54 la participación activa en huelga ilegal como justa causa de despido, no lo es menos que tal conducta ha de estimarse incluida en alguna de las reguladas en dicho precepto, según sea la conducta observada por los trabajadores en la huelga, o en la indisciplina o desobediencia o en la trasgresión de la buena fe contractual*”⁹⁰⁹

La huelga constituye un medio de presión para la defensa de los intereses propios de los trabajadores huelguistas⁹¹⁰. Por huelga se entiende, de acuerdo con la acepción social más reconocida, la cesación colectiva y concertada en la prestación de servicios laborales utilizada como instrumento de presión para la defensa de los intereses propios de los huelguistas. Actualmente, no se discute la observación de la huelga como un derecho: así es reconocido en los más importantes textos internacionales y confirmado en los ordenamientos jurídicos de los países democráticos. No obstante, lo anterior no es óbice para que existan respuestas sancionatorias a determinados comportamientos ejecutados con ocasión de la huelga: este derecho – como cualquier otro– no es ilimitado sino que tiene sus propios contornos que no pueden ser excedidos⁹¹¹. El reconocimiento constitucional del derecho de huelga⁹¹², conlleva, además de la no sanción al trabajador, que el despido proyectado como reacción al disfrute de este derecho sea considerado nulo –por supuesto, siempre que la huelga sea legal–. Un comportamiento contrario a esa apreciación –la participación en una huelga ilícita– podría convertirse en un acto ilegal susceptible de sanción. Sin embargo, no siempre ha sido así: la posición del ordenamiento jurídico español en referencia a la huelga ha variado notablemente en los últimos cincuenta años consecuencia de la evolución política. Tras un largo período de huelga-delito, sobrevino otro –de duración efímera– de huelga-libertad para, posteriormente, pasar a huelga-

⁹⁰⁷ STSJ Andalucía/Sevilla 8 de octubre de 2014 [JUR 2015, 35692].

⁹⁰⁸ STS 28 de febrero de 1989 [RJ 1989, 959].

⁹⁰⁹ STS 10 de mayo de 1984 [RJ 1984, 3009].

⁹¹⁰ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., p. 178.

⁹¹¹ MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: “La participación en huelga como causa de despido disciplinario: marco regulador”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 329.

⁹¹² Artículo 28.1 de la Constitución Española.

derecho y finalizar en el actual –al amparo de la Constitución Española– huelga-derecho fundamental⁹¹³.

El ordenamiento jurídico español ha experimentado importantes variaciones en materia de huelga que ha afectado al despido disciplinario localizándose las siguientes etapas en relación a este derecho⁹¹⁴:

a) El Decreto 2354/1962, de 20 de septiembre, sobre procedimientos de formalización, conciliación y arbitraje en las relaciones colectivas de trabajo, añadió una nueva causa de despido en el artículo 77 de la Ley de Contrato de Trabajo. El artículo 5.2 del precitado decreto establecía que en los supuestos previstos por el apartado 1 del mismo artículo, se entienden incursos en causa de despido, quienes hubieran participado en el mismo. Como consecuencia, la mera participación en un conflicto colectivo ilegal era causa de despido independientemente del grado o intensidad de dicha participación. Estas situaciones eran las siguientes: conflicto colectivo que careciera de fundamento laboral que directamente afectare a quienes fueran parte en el mismo; conflictos colectivos que se desarrollaran con inobservancia de los procedimientos previstos en el mismo decreto; conflictos colectivos ocurridos una vez dictada decisión por la autoridad laboral y por la jurisdicción de trabajo; y conflictos colectivos planteados durante la vigencia de un convenio colectivo que afectara a una sola empresa. Este precepto quedó complementado por los artículos 93 y 99 del Texto Refundido de Procedimiento laboral, aprobado por Decreto 149/1963, de 17 de enero, posteriormente reproducidas en los artículos 97 y 102 de Texto Refundido de Procedimiento Laboral, aprobado por Decreto 909/1966, de 21 de abril⁹¹⁵.

b) El Decreto 1376/1970, de 22 de mayo, sobre regulación de conflictos colectivos de trabajo, derogó al Decreto 2354/1962, de 20 de septiembre, estableciendo una nueva regulación con la eliminación de la causa de despido contenida en el artículo 5.2 del decreto del año 1962. Al eliminarse la tipificación de la conducta de participación en conflicto colectivo ilegal por el Decreto 1376/1970, ésta debía poder subsumirse en alguna de las causas justas de despido establecida en el artículo 77 de la Ley de Contrato de Trabajo. A partir de este momento, la única forma de sancionar al trabajador sería cuando su comportamiento manifestara indisciplina o desobediencia, o faltas de asistencias repetidas e injustificadas al trabajo, además de que hubiera mediado acto de requerimiento. Al tener que subsumirse la participación en un conflicto colectivo ilegal en alguna de las causas disciplinarias contenidas en el artículo 77 de la Ley de Contrato de Trabajo, el incumplimiento del trabajador debía ser grave, lo que llevó a la jurisprudencia a graduar la medida disciplinaria a adoptar según la conducta del trabajador durante el conflicto. Este nuevo marco positivo vino a posibilitar la consagración jurisprudencial de la denominada *teoría gradualista*: la mera participación en conflicto ilegal no podía erigirse en causa justa de despido pues esta conducta carecía de la gravedad necesaria para hacerse merecedora de dicha sanción⁹¹⁶. En este sentido, no puede compararse la actitud del promotor o instigador de la huelga –que persuade a

⁹¹³ MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: “La participación en huelga como causa de despido disciplinario: marco regulador”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 330.

⁹¹⁴ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., pp. 178 y ss.

⁹¹⁵ MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: “La participación en huelga como causa de despido disciplinario: marco regulador”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., pp. 330 y 331

⁹¹⁶ *Ibidem*, p. 333.

sus compañeros para que interrumpan su trabajo— del empleado que con su actitud pasiva se abstiene de realizar su actividad laboral habitual: en suma, se requiere un grado o actividad importante de participación en el conflicto ilegal o durante el desarrollo del mismo.

c) El Decreto-ley 5/1975, de 22 de mayo, sobre regulación de los conflictos colectivos de trabajo, introdujo un importante cambio que endurecía el marco sancionador de esta materia al disponer, en su artículo 4.2, que *“la mera participación en una huelga que no reúna los requisitos o no se ajuste a los procedimientos establecidos en este Decreto-ley, así como en la ejecución de otras alteraciones colectivas del régimen normal de trabajo, serán causa de despido procedente, pudiendo la Empresa ejercer su facultad resolutoria respecto de cualquiera de los trabajadores participantes”*. Con este artículo se alcanza un cambio radical: se faculta al empresario a despedir a todo trabajador que hubiera participado en una huelga ilegal indiferentemente al grado de participación del empleado. No obstante, la jurisprudencia no fue unánime; muchas de las sentencias que se dictaron no abandonaron la doctrina gradualista, exigiendo, en todo caso, participación activa en el conflicto: el Decreto-ley 5/1975, de 22 de mayo, *“facultaba al empresario para despedir a todo trabajador que haya participado en una huelga ilegal, aunque lo hubiera sido de forma «meramente pasiva», habiendo sido la jurisprudencia la que en su misión interpretadora de las normas reguladoras de la participación de los trabajadores en un conflicto laboral, ha destacado la necesidad de matizar de manera cuidadosa, las conductas seguidas durante el paro laboral por cada uno de los participantes en él, distinguiéndose entre los instigadores y productores para su iniciativa, directa y destacada, y la de los demás trabajadores, que se limitan a cooperar en la huelga de modo pasivo, con su abstención en la ejecución de sus actividades laborales habituales, por las circunstancias ambientales existentes, pues no es dable exigir a algunos conductas distintas a la de los demás, incluso por el riesgo personal que pudiera comportar el adoptar y mantener una actividad diferente, de forma que los que interviniesen en el conflicto como instigadores, promotores o agitadores, su participación debe ser calificada de «activa», mientras que aquellos otros que no hubieran incitado al paro, sino que una vez iniciado éste se limitan a adherirse al mismo, sin tener conducta destacada”, su “participación no pasa de ser meramente pasiva”⁹¹⁷.*

d) El Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, introdujo una nueva causa de despido en su artículo 33. En concreto, en el apartado j) del citado precepto, se establecía como causa justa para el despido —relacionada con la conducta del trabajador— la *“participación activa en huelga ilegal o en cualquier otra forma de alteración colectiva en el régimen normal de trabajo”*. Al volver a exigirse una conducta activa se imponía de nuevo —expresamente— la doctrina gradualista. Quiere esto decir que la participación del trabajador deberá ser de cierta intensidad. En otros términos, para que el trabajador pueda ser sancionado se requiere un comportamiento activo y no de mera abstención laboral: para la justa causa de despido se precisa una actuación destacada en el conflicto, provocando, alentando o, en definitiva, ejerciendo influencia sobre los otros trabajadores para el éxito de la interrupción; por tanto, si los trabajadores solo *“se abstuvieron de trabajar, claro es que su participación carece de la cualidad de activa”⁹¹⁸.*

⁹¹⁷ STS 17 de marzo de 1980 [RJ 1980, 1423].

⁹¹⁸ STS 15 de noviembre de 1982 [RJ 1982, 6705].

e) Al entrar en vigor la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, se alcanza un nuevo panorama conflictivo. La sanción por huelga ilícita ha de examinar dos cuestiones: a) cuál es la norma que sanciona la participación en la huelga ilícita; y b) cómo ha de ser esa participación para que el empresario pueda, legalmente, ejercer su poder disciplinario.

En la tipificación de la huelga ilícita, en principio, no parece existir dudas acerca del incumplimiento laboral por participación activa en una huelga ilícita; sin embargo, existen dificultades en lo que a la sanción respecta. El artículo 16.1 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, establece que “*los trabajadores que participen en huelga ilegal o cualquier otra forma de alteración colectiva en el régimen normal de trabajo, incurrirán en la falta prevista en el apartado j) del artículo 33 de este Real Decreto-ley*”. Este precepto, reflejo de la teoría gradualista, lo que realmente pretendía establecer como justa causa de despido disciplinario era la participación activa en huelga ilegal –artículo 33.j) del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo–.

Una vez aprobada la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, la temática se complicó pues la disposición final tercera de este precitado texto normativo estableció que “*quedan derogadas todas las disposiciones que se opongan a la presente ley*”, y en concreto, el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, “*título tercero, título cuarto, título quinto, título sexto, disposición final segunda, disposición final tercera, disposición final cuarta, disposición adicional tercera y disposiciones transitorias*”. No obstante, el título I seguía –y sigue– imperante dejando en vigencia el artículo 16.

Esto ha provocado una controversia doctrinal sobre si la remisión del artículo 16 al artículo 33 –ambos del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo– supone su supervivencia –continuando, por tanto, la configuración del despido por la participación en huelga ilícita que además ha de ser activa– o si en cambio, para poder en su caso proceder a la sanción habría de acudir al artículo 54 ET –es decir, subsumiendo aquella participación en alguna de las causas justas enumeradas en el artículo 54.2 ET–. En este último caso, la participación en huelga ilícita podría quedar justificada por los apartados b) –indisciplina o desobediencia en el trabajo–, a) faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo–, d) –transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo–, o incluso e) –disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado– del artículo 54.2 ET. El problema que se examina tampoco ha tenido tratamiento uniforme en la doctrina jurisprudencial declarándose la vigencia del artículo 33.j) en algunas ocasiones⁹¹⁹ y en otras no⁹²⁰. Se opte por una u otra vía, la doctrina mayoritaria entiende que la cuestión no tiene mayor trascendencia práctica⁹²¹.

Aún de optarse por la segunda de las tesis – subsumiendo aquella participación en alguna de las causas enumeradas en el artículo 54 ET– como parece ser el sentir mayoritario de la doctrina, no se disipa la teoría gradualista. Y decimos esto, porque el artículo 54.1 ET exige para la procedencia de un despido disciplinario, que el incumplimiento del trabajador sea grave y culpable, características que tienen que ver

⁹¹⁹ STS 7 de marzo de 1985 [RJ 1985, 1292].

⁹²⁰ STS 18 de julio de 1986 [RJ 1986, 4526].

⁹²¹ ROMÁN VACA, E.: “Huelga y despido disciplinario”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al*: *El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 164.

con la teoría gradualista. Que la actitud o el comportamiento que se ha de reprochar al huelguista sea grave, nos sigue remitiendo a una participación activa, lo que conlleva que toda elaboración doctrinal y judicial del artículo 33 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, sea aplicable vía artículo 54.2 ET para sancionar la participación en huelga ilícita.

En la participación activa se requiere de la necesidad de un comportamiento superior a la simple participación voluntaria en el conflicto; éste no puede ser otro comportamiento que el que lleva a cabo el instigador, promotor, organizador o figura similar en la huelga, lo que conlleva a no poder equiparar la voluntariedad a la participación activa: si tan solo se participa sin realizar ningún otro tipo de comportamiento, no hay por qué entender que el trabajador incurre en causa de despido⁹²². Diferente es el comportamiento o actitud del promotor o instigador de la huelga que persuade a sus compañeros para que interrumpan el trabajo con iniciativas para fomentar la detención o para procurar su agravación, su extensión o persistencia, de la de aquellos otros empleados que con su actitud pasiva se abstienen de realizar su actividad habitual dada las circunstancias y el ambiente sin poder exigir o realizar –en ocasiones– una conducta contraria a la de los demás empleados teniendo en cuenta el riesgo personal que en caso contrario implicaría para el trabajador.

En efecto, se considera que la conducta del trabajador que activamente coopera en el conflicto colectivo –huelga– podría ser motivadora del despido, mientras, que no podría dar lugar al mismo la mera participación pasiva⁹²³. Tradicionalmente, *“la doctrina del Tribunal Supremo ha distinguido entre la participación activa en una huelga ilegal, que sería susceptible de justificar el despido disciplinario del trabajador, y la participación pasiva, que no justifica el despido del mismo. La mera asistencia a las reuniones y el acatamiento de la decisión de la mayoría constituirán una mera participación pasiva. Por el contrario, una intervención directa, voluntaria y decisoria en la negativa colectiva al trabajo, infringiendo los deberes de disciplina y obediencia a las órdenes recibidas constituye una participación activa”*⁹²⁴.

La participación sancionada con despido disciplinario es la que consiste en la adopción de una conducta destacada que implique cierto protagonismo y diferenciación con relación a los restantes huelguistas, lo que obliga a analizar las circunstancias que rodean al trabajador en el caso concreto. No obstante, si la empresa decide utilizar su poder disciplinario para sancionar la participación activa en huelga ilícita, este poder del empresario no podrá ser empleado de forma discriminatoria o arbitraria sancionando a unos participantes y a otros no, pues conductas iguales ha de tener el mismo tratamiento, algo que, pese a determinadas oscilaciones sobre si el principio de igualdad de trato es o no aplicable a una actuación ilícita, ha sido confirmado por nuestros tribunales; eso sí, permitiendo diferenciar entre una mayor o menor participación del trabajador⁹²⁵. De este modo, no puede hablarse de *“discriminación en relación con otros trabajadores de la empresa, que participaron en la huelga ilegal y se les castigó*

⁹²² GARCÍA BLASCO, J.: *El derecho de huelga en España: calificación y efectos jurídicos*, Barcelona, Bosch, 1983, p. 276.

⁹²³ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., p. 179.

⁹²⁴ STSJ Aragón 22 de noviembre de 2001 [AS 2001, 4189].

⁹²⁵ ROMÁN VACA, E.: “Huelga y despido disciplinario”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 168.

con sanciones menores” porque su participación en la huelga no fue comparable a la participación activa que llevó a cabo otro trabajador, *“lo que explica las sanciones menos graves que se les impusieron a aquéllos”*⁹²⁶.

Se declara participación activa en la huelga cuando se actúa como instigador o promotor, tomando una *“iniciativa directa y destacada en el comienzo o en el mantenimiento de la misma”*; sin que constituya participación activa la de quienes se limitan a cooperar en ella con abstención en la ejecución de sus actividades laborales habituales⁹²⁷. En otros términos, se requiere de una conducta que reúna las características de intervención directa, voluntaria y decisoria en la negativa colectiva al trabajo normal con vulneración de los deberes de disciplina y obediencia a las órdenes recibidas⁹²⁸. En suma, es participante activo quien actúa de manera destacada o instiga a la huelga⁹²⁹. En cambio, no es activa la participación cuando ésta no fue en modo alguno destacada y distinta de la del resto de los huelguistas, por lo que sería discriminatorio el suponer que solo un trabajador –y no los restantes compañeros huelguistas– tuvo participación activa en la huelga⁹³⁰.

Al tratarse de una facultad del empresario puede renunciar a la imposición de sanciones a los trabajadores que activamente han participado en una huelga ilegal. No obstante, la renuncia empresarial a la imposición de sanciones a los empleados participantes activamente en la huelga ilegal puede plantear problemas de discriminación si no se ha actuado de manera igual respecto de todos los trabajadores⁹³¹.

Durante el desarrollo de una huelga legal suelen aparecer conductas de los trabajadores huelguistas que pueden quedar subsumidas en alguna de las causas justificadas del despido disciplinario –artículo 54 ET–. Sin embargo, en estos casos, la jurisprudencia es proclive en atenuar la responsabilidad de los trabajadores: *“no puede impedirse que los trabajadores huelguistas pretendan explicar a la opinión pública y a los clientes del establecimiento las causas de la huelga según su particular versión y soliciten su solidaridad, empleando incluso expresiones duras, que no serían admisibles en una situación de normalidad laboral, pero que eliminan el «animus injuriandi» en un clima de tensión como el que rodeó a aquel episodio”*⁹³².

Cuestión importante es la que se refiere al incumplimiento de los servicios de mantenimiento y servicios mínimos. De acuerdo con el artículo 6.7 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, y en referencia a los servicios de mantenimiento, *“el comité de huelga habrá de garantizar durante la misma la prestación de los servicios necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas, mantenimiento de los locales, maquinaria, instalaciones, materias primas y cualquier otra atención que fuese precisa para la ulterior reanudación de las tareas de la empresa. Corresponde al empresario la designación de los trabajadores que deban efectuar dichos servicios”*. No obstante, ha de especificarse que la última frase del citado artículo fue declarada inconstitucional *“en cuanto atribuye de manera exclusiva*

⁹²⁶ STSJ Aragón 22 de noviembre de 2001 [AS 2001, 4189].

⁹²⁷ STS 24 de febrero de 1981 [RJ 1981, 741].

⁹²⁸ STS 5 de junio de 1982 [RJ 1982, 3921].

⁹²⁹ STS 21 de octubre de 1982 [RJ 1982, 6224].

⁹³⁰ STS 8 de mayo de 1986 [RJ 1986, 2505].

⁹³¹ ALBIOL MONTESINOS, I.: *El despido disciplinario y otras sanciones en la empresa*, cit., p. 64.

⁹³² STS 24 de noviembre de 1987 [RJ 1987, 8053].

al empresario la facultad de designar los trabajadores que durante la huelga deban velar por el mantenimiento de los locales, maquinaria e instalaciones”⁹³³. En este sentido, el incumplimiento de tales servicios por los trabajadores –cuestión a analizar– es controversia ajena a la licitud o ilicitud de la huelga.

El artículo 16.2 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, dispone en su párrafo segundo, que “*los trabajadores que, de acuerdo con el artículo 6, párrafo 7, fuesen designados para el mantenimiento de los servicios previstos y se negasen a ello, incurrirán en la causa justa de despido establecida en el apartado k) del artículo 33 del presente Real Decreto-ley, sin perjuicio de las demás responsabilidades que procedieran*”. El apartado k) del artículo 33 tipificó como causa justa para el despido, “*la negativa, durante una huelga, a la prestación de los servicios necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas, mantenimiento de los locales, maquinaria, instalaciones, materias primas y cualquier otra atención que fuera precisa para la ulterior reanudación de las tareas de la empresa*”. Pero la derogación del artículo 33 del texto precitado una vez aprobada la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, nos hace plantearnos –de nuevo– si el incumplimiento de los servicios de mantenimiento se configura como causa autónoma de despido o no. En este sentido, tener presente que el título I del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, sigue imperante, dejando en vigencia el artículo 16. De todas formas, aun cuando nos inclináramos por la respuesta negativa, este incumplimiento tendría total cabida en el artículo 54.2.b) ET –indisciplina o desobediencia en el trabajo–. La doctrina se posiciona defendiendo que la mención de esta causa específica de despido del artículo 16.2 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo –a diferencia del artículo 16.1 del mismo texto que regula la huelga ilícita– supone no distinguir entre conducta activa o pasiva debiéndose de sancionar todos los incumplimientos o negaciones de los trabajadores designados para el mantenimiento de los servicios. Por el contrario, si la conducta ha de subsumirse en el apartado b) del artículo 54.2 ET –indisciplina o desobediencia en el trabajo– y dada la exigencia de gravedad, sí debe establecerse una graduación de la conducta achacada al trabajador valorándose todas aquellas circunstancias que rodean el incumplimiento del empleado, de manera que la influencia del sujeto colectivo convocante o el comité de huelga en su actuación, la asunción colectiva de la decisión o las presiones que se puedan dar, entre otras circunstancias, tienen capacidad para mitigar la gravedad del ilícito⁹³⁴.

De manera similar a la cuestión que se acaba de proyectar, también existe controversia en el incumplimiento por los trabajadores de los servicios mínimos establecidos como garantía de los servicios esenciales de la comunidad. Al igual que el incumplimiento de los servicios de mantenimiento, el incumplimiento de los servicios mínimos es controversia ajena a la licitud o ilicitud de la huelga. La preocupación del incumplimiento de los servicios mínimos se localiza en su naturaleza. Con los servicios mínimos no se pretende satisfacer el interés de la empresa sino de la sociedad. Por tanto, la infracción no reviste naturaleza laboral sino de orden público sancionable, en su caso, por la autoridad gubernativa y no por el empleador o empresario⁹³⁵. Sin embargo, la corriente doctrinal y jurisprudencial mayoritaria no es la precitada. La doctrina

⁹³³ STC 11/1981, de 8 de abril [RTC 1981, 11].

⁹³⁴ ROMÁN VACA, E.: “Huelga y despido disciplinario”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., pp. 169 y 170.

⁹³⁵ *Ibidem*.

científica considera el incumplimiento con falta laboral⁹³⁶, susceptible de sanciones empresariales disciplinarias, punible de modo análogo a lo que sucede con el incumplimiento de los servicios de mantenimiento⁹³⁷. Del mismo modo, los tribunales partiendo de la consideración del incumplimiento de los servicios mínimos como ilícito laboral lo consideran indisciplina o desobediencia⁹³⁸: si el trabajador incumplió “*voluntariamente los servicios mínimos fijados por la Autoridad gubernativa competente*”, es evidente que “*incurrió en la falta disciplinaria sancionada por la empleadora, contemplada en el artículo 54.2.b*”⁹³⁹; o cuando “*vino a incumplir de forma voluntaria, reiterada e injustificable los servicios mínimos pactados en interés de los pacientes que, como conductor de ambulancia había de trasladar*”⁹⁴⁰.

2.4 Valoración de la gravedad y culpabilidad

No toda indisciplina o desobediencia lleva aparejada la sanción máxima de despido disciplinario sino solo aquella que merezca un intenso reproche por parte del ordenamiento jurídico, abriéndose, en caso contrario, el camino a una sanción de menor gravedad⁹⁴¹. Una simple resistencia que no encierra una postura exageradamente insubordinada de la que no derive un grave perjuicio para la empresa o en la que concurra una justificación incompleta de exculpación, podrá ser objeto de sanción, pero en ningún caso podrá ser condenable con la extinción del contrato de trabajo⁹⁴². Debe tratarse de un incumplimiento del trabajador que, dada su envergadura y trascendencia, ponga en riesgo el equilibrio de los intereses existentes entre las partes que acordaron el contrato de trabajo⁹⁴³. La insubordinación constitutiva de despido ha de ser importante, sin razón ni fundamento alguno, pues si concurre una mínima causa de justificación ha de merecer un tratamiento más flexible y suave que la sanción consistente en la resolución laboral de la relación contractual⁹⁴⁴. En suma, la indisciplina o desobediencia ha de ser grave, culpable, trascendente y que no posea justificación⁹⁴⁵.

La valoración de la causa justa de despido ha de hacerse con criterio individualizado y gradualista⁹⁴⁶: a) individualizador en cuanto se ha de conocer la singularidad de cada caso, valorando las circunstancias concurrentes y sus peculiaridades con especial relevancia del factor humano o personal; y b) gradualista porque, precisamente, a través del análisis individualizado de cada caso ha de

⁹³⁶ VIVERO SERRANO, J. B.: “El despido disciplinario por incumplimiento de los servicios mínimos en caso de huelga en los servicios esenciales”, en *Actualidad laboral*, núm. 3, 1998, p. 678.

⁹³⁷ SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I.: *Derecho sindical*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989, p. 448.

⁹³⁸ GOERLICH PESET, J. M^a.: *Los efectos de la huelga*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, pp. 57 y 58.

⁹³⁹ STSJ Castilla y León/Valladolid 24 de octubre de 2000 [AS 2000, 4626].

⁹⁴⁰ STSJ Canarias/Las Palmas 7 de enero de 2009 [AS 2009, 835].

⁹⁴¹ BIDÓN Y VIGIL DE QUIÑONES, J. I.: “Indisciplina y desobediencia en el trabajo”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 72.

⁹⁴² GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 33.

⁹⁴³ GUERRERO OSTOLAZA, J. M^a.: “La desobediencia e indisciplina en el trabajo”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 140.

⁹⁴⁴ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 34.

⁹⁴⁵ STSJ Castilla-La Mancha 22 de junio de 2017 [JUR 2017, 199883] y STSJ Castilla-La Mancha 20 de abril de 2017 [JUR 2017, 13803].

⁹⁴⁶ STSJ Cataluña 16 de diciembre de 2016 [JUR 2017, 38062].

pretenderse lograr una plena coherencia y adecuación entre el hecho, la persona y la sanción⁹⁴⁷.

En todo caso, los requisitos de los incumplimientos contractuales del artículo 54 ET –graves y culpables– son de exigencia acumulativa⁹⁴⁸. Más específicamente, la indisciplina o desobediencia sancionable con el despido disciplinario del trabajador requiere de una triple exigencia legal: a) Injustificación o ausencia de causa –desobediencia injustificada– en la medida en que el ejercicio regular del poder de dirección del empresario constituya la esfera de actuación propia de la obediencia debida –en estricto cumplimiento de los artículos 5.c) y 20.2 ET–. b) Gravedad –desobediencia grave– exigida con carácter general para los incumplimientos contractuales merecedores de la sanción de despido disciplinario. c) Culpabilidad –desobediencia culpable– que se refiere a la intención dolosa o culpable y con plena conciencia de no obedecer lo mandado por el empleador dentro del ejercicio regular de sus facultades de dirección⁹⁴⁹.

En la valoración de la gravedad del artículo 54.2.b) ET suele examinarse la preexistencia de un mandato proveniente del empresario o de quien, por delegación, ejerce el poder de dirección –artículo 20.1 ET–. Mandato que no tiene que ser particular a un único trabajador sino que puede ser general o colectivo –a varios trabajadores–. Además este mandato puede ser tanto escrito como verbal. Pero el despido no debe restringirse a la desatención de las órdenes empresariales sino también al incumplimiento de las normas o reglas aplicables al trabajo correspondiente⁹⁵⁰. Un ejemplo se manifiesta en las situaciones del quebrantamiento del deber de asistencia y de puntualidad al trabajo por desacuerdos con el calendario o el horario: bien es sabido por todos los trabajadores que es obligatorio cumplir el horario y calendario establecido sin necesidad de mandato empresarial expreso que lo recuerde; pero las faltas que se cometan de inasistencia o de impuntualidad con tolerancia y transigencia del empleador y sin previa orden concreta no constituyen causa justa de despido –solo faltas–⁹⁵¹. Esta misma inasistencia o impuntualidad al trabajo se transforma en un incumplimiento contractual por indisciplina o desobediencia en cuanto haya mediado una orden empresarial manifiesta y expresa al respecto⁹⁵².

La gravedad se aprecia si la negación del trabajador es clara y está en abierta incoherencia con la orden empresarial recibida, mostrando una actitud de resistencia y rebeldía persistente y redundante. Si la orden no es reiterada por el empresario, algunos pronunciamientos judiciales afirman que el trabajador no ha manifestado su voluntad clara, firme y terminante de desobedecer⁹⁵³, por lo que la conducta no reúne la gravedad suficiente y pertinente con la que poder extinguir la relación laboral⁹⁵⁴. Existe gravedad

⁹⁴⁷ STS 19 de febrero de 1990 [RJ 1990, 1111].

⁹⁴⁸ STSJ Canarias/Tenerife 28 de abril de 2005 [AS 2005, 1082].

⁹⁴⁹ BIDÓN Y VIGIL DE QUIÑONES, J. I.: “Indisciplina y desobediencia en el trabajo”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al.*: *El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 72.

⁹⁵⁰ STSJ Cantabria 24 de enero de 2003 [JUR 2003, 128293].

⁹⁵¹ STSJ Madrid 29 de mayo de 2013 [JUR 2013, 30116].

⁹⁵² STSJ País Vasco 4 de marzo de 2003 [JUR 2003, 149562].

⁹⁵³ STSJ Castilla-La Mancha 17 de junio de 2016 [JUR 2016, 189246].

⁹⁵⁴ STS 10 de diciembre de 1980 [RJ 1980, 4889]. *Vid.* GUERRERO OSTOLAZA, J. M^a: “La desobediencia e indisciplina en el trabajo”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al.*: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 142.

en la desobediencia por el carácter tenaz de la misma, desatendiendo el trabajador la orden dada primeramente por los jefes o encargados⁹⁵⁵ y, posteriormente, por el propio empresario; o por la rotunda y absoluta negativa inicial a obedecer el mandato percibido⁹⁵⁶. En este sentido, hay dos características fundamentales que la desobediencia del trabajador debe cumplir para que el incumplimiento sea grave: obligatoriedad y claridad. En la obligatoriedad y claridad el mandato empresarial se transforma, en caso de ausencia del carácter de imposición, en una mera orientación o recomendación profesional. La obligatoriedad y claridad pueden deducirse del contenido de las palabras expresadas por el empresario en el mandato o instrucción⁹⁵⁷ o de la existencia de apercibimientos o advertencias junto a la orden. Los tribunales para calificar procedente el despido se amparan en que la orden era “concreta”⁹⁵⁸, o “concreta, terminante y definitiva”⁹⁵⁹. En cambio para calificar el despido improcedente la orden dada por el empleador se fundamentan en criterios de incertidumbre con los que llegar a afirmar la inexistencia de una “orden empresarial terminante y expresa” en supuestos de vacilación y duda⁹⁶⁰. La obligatoriedad de la orden debe provenir del propio empresario o de la persona a la que se le haya delegado la competencia, por lo que la confusión en la definición de la conducta ordenada por un “encargado”, no puede ser alegada por el trabajador desobediente como oscuridad o falta de claridad⁹⁶¹. Cuando la orden empresarial consiste en un no hacer o no permitir una determinada conducta, la jurisprudencia no exige la reiteración de la orden empresarial: la simple desobediencia del empleado ya revela, tajantemente, su voluntad de incumplir sin posibilidad de rectificar su conducta⁹⁶².

En la valoración de la gravedad existen otros dos elementos en clara conexión con la orden o instrucción empresarial que los tribunales tienen muy presentes a la hora de pronunciar una determinada resolución. En primer lugar, resulta fundamental la desobediencia de los elementos sobre la que la orden alude. Hay componentes en donde la desobediencia es grave, simplemente, por las posibles consecuencias sobre el empresario o sobre terceras personas⁹⁶³. Prototipo de lo anterior se localiza en materias relativas a la seguridad y salud en el trabajo⁹⁶⁴ o servicios de seguridad de personas – como escoltas⁹⁶⁵ –, entre otros supuestos. Lo mismo ocurre con la disciplina sobre el horario de trabajo⁹⁶⁶. Desobedecer el contenido de una sanción disciplinaria también se ha considerado grave por la materia que representa dicha sanción en la medida que afecta al ejercicio de la potestad empresarial que garantiza la efectividad del poder de dirección del mismo⁹⁶⁷. En segundo lugar, aunque la desobediencia no requiera de causación de perjuicios para ser considerada grave, las consecuencias de esta

⁹⁵⁵ STSJ Cataluña 6 de octubre de 2017 [JUR 2018, 2813].

⁹⁵⁶ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al*: *Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 919.

⁹⁵⁷ STSC Cataluña 13 de diciembre de 2002 [JUR 2003, 34072].

⁹⁵⁸ STSJ Castilla y León/Burgos 18 de septiembre de 2002 [AS 2003, 138].

⁹⁵⁹ STSJ Cataluña 2 de febrero de 1999 [AS 1999, 1793].

⁹⁶⁰ STSJ Madrid 5 de julio de 1999 [AS 1999, 2788].

⁹⁶¹ STSJ Galicia 13 de septiembre de 2002 [JUR 2002, 281143].

⁹⁶² AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., p. 145.

⁹⁶³ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al*: *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 157.

⁹⁶⁴ STSJ Murcia 2 de septiembre de 2003 [JUR 2003, 250422].

⁹⁶⁵ STSJ País Vasco 11 de febrero de 2003 [JUR 2003, 122327].

⁹⁶⁶ STSJ Cataluña 5 de septiembre de 2000 [AS 2000, 4574].

⁹⁶⁷ STSJ Cataluña 11 de junio de 2003 [AS 2003, 2441].

indisciplina agrava el incumplimiento contractual⁹⁶⁸, traduciéndose en perjuicios sufridos por la empresa que repercuten, obviamente, en la imagen comercial de cara a los clientes⁹⁶⁹, al prestigio⁹⁷⁰ o a la organización⁹⁷¹, sin que sea la empresa la única perjudicada: los compañeros de trabajo o terceras personas pueden verse dañadas con la posición desobediente o indisciplinada del trabajador⁹⁷². Al contrario, no existe gravedad suficiente si ante una sola desobediencia la empresa se apresura a tramitar comunicación de despido al trabajador, sin que en ese exiguo período de tiempo se aprecie, en el empleado, una voluntad atrevida, decidida, persistente y reiterada de incumplir⁹⁷³. O cuando ante una orden confusa y oscura, el trabajador comunica telefónicamente a la empresa su propósito de no cumplirla, a efectos de que se pudiesen tomar las oportunas medidas. O cuando exista incertidumbre respecto a si los quehaceres exigidos por el empresario al trabajador correspondían o no a su clase profesional. O ante la negativa del trabajador a realizar, durante extensos períodos de tiempo, labores que no pertenecen a su categoría profesional cuando la situación de escasez de trabajadores en la empresa es permanente y no meramente circunstancial.

Para la estimación de la sanción el criterio más frecuente esgrimido por los tribunales no es otro que la reiteración⁹⁷⁴: no significa que se exija reiteración para que la desobediencia sea grave, pero la gravedad de la desobediencia se sustenta, normalmente, por la reiteración⁹⁷⁵. La reincidencia de la desobediencia cuando se encuentra acompañada de la correspondiente recriminación, sanción, o requerimiento del empleador, establece una nota agravante del comportamiento del trabajador⁹⁷⁶: por tanto, *“lo que transforma la desobediencia en falta muy grave no es la reincidencia en sentido técnico sino la reiteración, siempre que haya mediado advertencia o sanción”*⁹⁷⁷. Sin embargo, en amparo del empleado, cuando nos ubicamos ante comportamientos reiterados de desobediencia o indisciplina por parte del trabajador y consentidos por el empresario sin que medie sanción previa, los tribunales suelen dificultar la imposición sorpresiva de la sanción disciplinaria del despido. Por tanto, *“no se puede tener a un trabajador sin sancionar sus puntuales incumplimientos y, de repente, cuando se reiteran, despedirle alegando la suma de todos ellos. Un despido, en este campo, se justifica con una conducta única cuando el incumplimiento es extremadamente grave, pero si estamos ante conductas reiteradas y suponen, cabalmente, la figura del trabajador indisciplinado, resulta imprescindible que se haya ejercido con él la facultad disciplinaria, buscando que cese en ese patrón de*

⁹⁶⁸ STSJ Extremadura 26 de junio de 2002 [AS 2002, 2340] y STSJ Cantabria 11 de julio de 2002 [AS 2002, 1888].

⁹⁶⁹ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., pp. 157 y 158.

⁹⁷⁰ STS 30 de marzo de 1987 [RJ 1987, 1757].

⁹⁷¹ STS 19 de marzo de 1990 [RJ 1990, 2173].

⁹⁷² STSJ Castilla y León/Valladolid 7 de septiembre de 1993 [AS 1993, 4095].

⁹⁷³ STSJ Cataluña 16 de marzo de 2017 [JUR 2017, 122251].

⁹⁷⁴ STSJ Baleares 7 de junio de 2017 [JUR 2017, 189498].

⁹⁷⁵ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 158.

⁹⁷⁶ Al respecto, STSJ Cataluña 23 de septiembre de 2003 [JUR 2003, 236463], STSJ La Rioja 3 de abril de 2003 [AS 2003, 981], STSJ País Vasco 4 de marzo de 2003 [JUR 2003, 149562], STSJ Cataluña 17 de enero de 2003 [JUR 2003, 54825], STSJ Castilla y León/Burgos 17 de septiembre de 2002 [AS 2003, 440], STSJ Comunidad Valenciana 12 de septiembre de 2002 [JUR 2003, 170252], STSJ Baleares 5 de febrero de 2001 [AS 2001, 1348] y STSJ Galicia 26 de abril de 2000 [AS 2000, 1091].

⁹⁷⁷ STSJ Baleares 7 de junio de 2017 [JUR 2017, 189498].

*conducta*⁹⁷⁸. La falta de solidez empresarial ante los originales incumplimientos laborales del empleado constituyen un escenario de tolerancia que puede actuar en contra de la voluntad del empleador: si “*la falta de entrega de partes ha venido siendo consentida pacíficamente por la empleadora a lo largo de un dilatado período de tiempo*”, sin que el trabajador reciba al respecto “*la menor advertencia ni en momento alguno se haya formulado orden explícita o especialmente enérgica ni tampoco reiteración o recordatorio de instrucciones generales preexistentes*”, no cabe “*comprobar la categórica rebeldía que es indispensable establecer para que la falta de disciplina adquiriera los niveles de gravedad y culpabilidad requeridos*”⁹⁷⁹. Sobre la posición consentidora, “*la actitud empresarial de sancionar la conducta del trabajador con el despido disciplinario aparece claramente como una respuesta a la actuación rebelde y desobediente de este ante una orden concreta como es la de asistir a un curso de formación necesario para una mejor prestación del servicio, jactándose incluso ante sus compañeros de tal comportamiento*”. Aun cuando esta actuación es incorrecta, debe analizarse “*si la máxima sanción disciplinaria de despido es o no adecuada*” a la conducta del trabajador, o por el contrario, “*ha de entenderse desproporcionada*”, más cuando el empleado manifestó que “*no acudiría al curso pero añadió que si se le obligaba iría pero sin ningún interés*”, a lo que la empresa, “*en lugar de responder con una orden terminante para que tomara parte en el referido curso formativo exigiéndole el máximo aprovechamiento optó por ceder, por lo menos en apariencia, a sus manifestaciones dejando sin efecto su inscripción adscribiéndole a otros servicios ordinarios y designando para que acudiera al curso otro trabajador*”. Esta actitud tolerante del empresario “*le impide después tomar una decisión tan grave y que resulta en este caso desproporcionada como el despido disciplinario pues ella misma con su modo de actuar restó trascendencia y gravedad a la conducta*” del trabajador⁹⁸⁰. Sin embargo, no existe tolerancia del empresario cuando habiendo requerido la obediencia estricta del horario de trabajo, al primer incumplimiento se decide despedir al trabajador, más cuando el mismo solo llevaba un período corto de tiempo contratado en la empresa⁹⁸¹, ni tampoco cuando ya ha sido sancionado por la misma desobediencia⁹⁸².

Otro factor de envergadura para valorar la graduación de la trascendencia de la desobediencia del trabajador es el de la publicidad⁹⁸³. No es igual una negativa del trabajador que no repercute más allá de la relación entre el empresario y empleado, que una desobediencia en la que sea conocida por otros compañeros de trabajo o incluso por terceras personas. La desobediencia afamada más allá de la relación precisa entre empresario y trabajador desobediente trae como consecuencia el descrédito de la empresa, rompiendo y quebrando la idea de subordinación⁹⁸⁴. La desobediencia más allá de la relación laboral conlleva el descrédito de organizaciones que se basan en modelos estructurados en torno a la idea de jerarquía, lo que ya no sólo lesiona el equilibrio económico del contrato de trabajo individual, sino que también afecta a la global economía de la empresa, lo que convierte en más grave a la desobediencia con publicidad⁹⁸⁵. En efecto, cuando se incumple públicamente “*ante un foro que desde*

⁹⁷⁸ STSJ País Vasco 11 de abril de 2003 [AS 2003, 2135].

⁹⁷⁹ STSJ Asturias 24 de marzo de 2000 [AS 2000, 500].

⁹⁸⁰ STSJ Cataluña 15 de julio de 2003 [JUR 2003, 213362].

⁹⁸¹ STSJ Andalucía/Sevilla 11 de mayo de 2017 [JUR 2017, 178650].

⁹⁸² STSJ Cataluña 1 de diciembre de 2016 [AS 2016, 1898].

⁹⁸³ STSJ Andalucía/Granada 14 de septiembre de 2017 [JUR 2017, 310459].

⁹⁸⁴ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 159.

⁹⁸⁵ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: *La causalidad del despido disciplinario*, cit., p. 196.

luego no era el apropiado, por el perjuicio que se causa en situaciones así a la empresa”, el despido deberá declararse procedente, pues en caso de no estar de acuerdo con la orden, existen “*otras vías para enfrentarlas*”⁹⁸⁶.

Sobre la idea de protección y seguridad del principio de autoridad y jerarquía de la empresa, los tribunales también tienen en cuenta otros criterios con los que valorar la gravedad de tal negativa por parte del trabajador, tales como: que la negación del empleado sea radical o drástica, o que la negativa del trabajador conmueva el diálogo; que sea inmotivada y arbitraria, o que ofrezca razones o motivos para negarse; que se trate de una mera reacción inicial ante una determinada orden empresarial o que sea una reacción posteriormente reconsiderada⁹⁸⁷. Además, aquellas ofensas –contestaciones desairadas, groserías, insultos⁹⁸⁸– que puedan acompañarse con la desobediencia del trabajador, no hacen sino aumentar y recrudecer el incumplimiento del empleado⁹⁸⁹, añadiéndole un matiz ofensivo o de desafío al empresario⁹⁹⁰. La desobediencia cuando es acompañada de insulto es “*muestra evidente de una actitud de incumplimiento y confrontación que se contradice con el necesario orden*”⁹⁹¹. O cuando se incumple una sanción disciplinaria de suspensión de empleo acudiendo a trabajar nos encontramos ante un “*manifiesto desafío*”, “*echándole un pulso al empleador*”⁹⁹².

Con la finalidad de atenuar la gravedad del trabajador han de valorarse, al menos, las siguientes circunstancias: la trayectoria del trabajador en la empresa o la categoría o grupo profesional del trabajador. En la trayectoria del trabajador en la empresa los tribunales tienen muy presente que esta sea dilatada, seria, decente y honrada desde el punto de vista disciplinario; circunstancia particular que aminora el reproche y la amonestación por el incumplimiento contractual. El siguiente pronunciamiento judicial toma en consideración que el trabajador no “*hubiera sido sancionado con anterioridad en los catorce años que lleva trabajando en la empresa*”⁹⁹³, o la resolución judicial que pone de relieve –con finalidad de atenuar la gravedad– que se trata de un trabajador “*con casi 50 años de antigüedad*” con hábitos de trabajo “*mantenidos durante muchos años, sin sanción alguna demostrada durante ellos*”⁹⁹⁴; o cuando se trata de un trabajador de “*elevada antigüedad*” junto a la “*escasa cuantía del perjuicio económico demostrado y producido para la empresa (125 euros) y la inexistencia de sanciones anteriores que pudieran llegar a demostrar al menos un comportamiento hostil o una conducta manifiestamente contraria a obedecer las órdenes de la mercantil*”⁹⁹⁵. La categoría o grupo profesional del trabajador también puede disminuir o aumentar la gravedad del incumplimiento contractual, no siendo igual la desobediencia de un trabajador de escasas o nulas responsabilidades u obligaciones que la de otro que por su rango profesional tenga asumidas importantes competencias y funciones: se “*añade un plus de reprochabilidad a su culpable*

⁹⁸⁶ STSJ Andalucía/Granada 14 de septiembre de 2017 [JUR 2017, 310459].

⁹⁸⁷ STSJ Aragón 17 de marzo de 2003 [JUR 2003, 136853].

⁹⁸⁸ STSJ Cataluña 19 de abril de 2001 [AS 2001, 2316].

⁹⁸⁹ STSJ Andalucía/Sevilla 26 de febrero de 2003 [JUR 2003, 175417].

⁹⁹⁰ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 159.

⁹⁹¹ STSJ Cataluña 23 de septiembre de 2003 [JUR 2003, 236463].

⁹⁹² STSJ Cataluña 11 de junio de 2003 [AS 2003, 2441].

⁹⁹³ STSJ La Rioja 25 de marzo de 2003 [UR 2003, 188121].

⁹⁹⁴ STSJ Aragón 18 de noviembre de 2002 [AS 2002, 3527].

⁹⁹⁵ STSJ Comunidad Valenciana 26 de abril de 2016 [AS 2016, 1197].

*actuación, en atención a la categoría profesional por ella ostentada*⁹⁹⁶. También acrecienta la conducta del trabajador el ostentar la condición de representante de los trabajadores por la influencia que pueda tener sobre los restantes empleados de la empresa⁹⁹⁷. Del mismo modo, la conducta indisciplinada “*adquiere especial relieve y singular trascendencia cuando se trata del incumplimiento por parte de miembros de la tripulación de un buque de órdenes emanadas de su capitán, dadas las especialísimas condiciones en que han de desarrollarse sus relaciones de trabajo, en las que ha de regir un principio riguroso de subordinación*”⁹⁹⁸. La desobediencia o indisciplinación en buque o aeronave siempre es grave⁹⁹⁹. Lo anterior, teniendo en cuenta que la extinción de la relación laboral del trabajador es la pena máxima capital en la normativa laboral considerándose –en todo enjuiciamiento– la proporcionalidad y adecuación entre el hecho cometido y la sanción impuesta, llevando a cabo una tarea individualizadora de la conducta del empleado a fin de determinar si procede o no mantener la sanción impuesta¹⁰⁰⁰.

En ocasiones el convenio colectivo regula la desobediencia susceptible de ser condenada con despido como aquella que, además de ser grave y culpable, haya producido un perjuicio notorio y evidente a la empresa –menoscabo económico de la desobediencia–. Si ese perjuicio no existe se entiende que la desobediencia producida no puede justificar el despido del trabajador¹⁰⁰¹. En otras ocasiones, aunque el convenio colectivo no haga referencia a dicho perjuicio, la existencia o inexistencia de la merma económica para la empresa es dato utilizado por los tribunales con objeto de decidir sobre la gravedad o no de la desobediencia en cuestión¹⁰⁰². Por ejemplo, se tiene en cuenta el menoscabo ocasionado por la desobediencia de un trabajador en una empresa que sólo cuenta con dos trabajadores en cada turno de trabajo¹⁰⁰³; o la desaparición del remolque con mercancías de la empresa por desobedecer el trabajador la orden de aparcar el camión en determinados lugares¹⁰⁰⁴; o haber ocasionado graves perjuicios económicos por haber elegido el trabajador una ruta diferente a la señalada por la empresa para el transporte de una mercancía especial al colisionar con un puente. Además, el perjuicio de la empresa en determinadas ocasiones, no se cifra tanto en daños económicos sino en la lesión que por la desobediencia pueda sufrir la reputación de la empresa o el interés de terceros clientes¹⁰⁰⁵.

En materia de desobediencia o indisciplinación en el trabajo la doctrina de la proporcionalidad es aplicada teniendo en cuenta que la desobediencia que se achaca al trabajador puede presentar tonalidades y graduaciones a la vista de todas las

⁹⁹⁶ STSJ Cataluña 5 de septiembre de 2000 [AS 2000, 4574].

⁹⁹⁷ STS 16 de septiembre de 1981 [RJ 1981, 3325].

⁹⁹⁸ STS 19 de febrero de 1985 [RJ 1985, 665].

⁹⁹⁹ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., p. 148.

¹⁰⁰⁰ BIDÓN Y VIGIL DE QUIÑONES, J. I.: “Indisciplinación y desobediencia en el trabajo”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., pp. 77 y 78.

¹⁰⁰¹ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 920.

¹⁰⁰² STSJ Cantabria 14 de abril de 2004 [JUR 2004, 152786] y STSJ Canarias/Tenerife 14 de abril de 2004 [JUR 2004, 158224].

¹⁰⁰³ STSJ Castilla-La Mancha 26 de octubre de 2004 [JUR 2004, 291501].

¹⁰⁰⁴ STSJ Cataluña 20 de diciembre de 2004 [JUR 2005, 56419].

¹⁰⁰⁵ STSJ Comunidad Valenciana 10 de marzo de 2005 [AS 2005, 1161].

eventualidades concurrentes¹⁰⁰⁶. A título de ejemplo: no existe desobediencia en la negativa a acatar una orden de desplazamiento si preliminarmente ha existido una reunión infructuosa con la empresa para acordar sus condiciones y el trabajador solicita un período de tiempo adecuado con el que buscarse otro trabajo¹⁰⁰⁷; tampoco existe desobediencia cuando el trabajador se niega a trabajar con una herramienta determinada –en concreto una sierra– dado el miedo insalvable que siente por haberse accidentado anteriormente con semejante maquinaria¹⁰⁰⁸; tampoco es sancionable con despido aquella desobediencia aislada en una dilatada y extensa vida laboral del trabajador que se encuentra asistiendo a cursos de formación¹⁰⁰⁹; no es sancionable con despido disciplinario el trabajador que, con una antigüedad de dieciséis años, solicita permiso por razones detalladas en el convenio colectivo sin que acepte las ofertas alternativas que le hace la empresa¹⁰¹⁰; tampoco cabe el despido disciplinario por desobediencias que no adquieren el carácter de gravedad suficiente y que se producen en una situación de conflictividad laboral¹⁰¹¹.

Para que se pueda imponer la sanción más grave –el despido– la conducta del trabajador también tiene que ser culpable, entendiéndose por tal, que concurra una intención o pretensión dolosa y con plena conciencia, afectando a elementos sustanciales del contrato de trabajo¹⁰¹². Pero la valoración de la culpabilidad ha de ser realizada atendiendo a un criterio particular, con conocimiento de la singularidad y cualidad de cada supuesto específico, valorando las circunstancias y peculiaridades, con especial trascendencia al componente humano o personal y gradualista porque precisamente a través de este análisis individualizador de cada caso en concreto se pretende lograr plena coherencia y adecuación entre el hecho, la persona y la sanción impuesta.

Para proceder a la valoración de la culpabilidad los tribunales tienen en cuenta criterios puramente subjetivos, intrínsecos o personales –de índole psíquica o psicológica– así como elementos objetivos, extrínsecos o imparciales del trabajador, pero que pueden excluir o disminuir total o parcialmente su responsabilidad¹⁰¹³. Atendiendo a los elementos puramente subjetivos, los tribunales han admitido que una situación de embriaguez puede justificar la desobediencia del trabajador: “*precisamente el estado de embriaguez del trabajador, con la conturbación que conlleva, debe operar como circunstancia atenuante de la infracción cometida*” y “*como consecuencia de la alteración de los elementos intelectual y volitivo*”, no puede hablarse “*de la existencia de un supuesto de abierta y palmaria voluntad de incumplimiento de las legítimas decisiones empresariales*”¹⁰¹⁴. En cambio no exime al trabajador del cumplimiento de la orden cuando se ha producido por un trastorno fóbico como el miedo a volar, el miedo a montar en barco o la claustrofobia del empleado, salvo prueba que acredite tales

¹⁰⁰⁶ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al*: *Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 920.

¹⁰⁰⁷ STSJ Madrid 25 de enero de 2005 [AS 2005, 93].

¹⁰⁰⁸ STSJ Castilla y León/Valladolid 7 de abril de 2004 [JUR 2004, 137838].

¹⁰⁰⁹ STSJ País Vasco 21 de diciembre de 2004 [AS 2004, 4053].

¹⁰¹⁰ STSJ Canarias/Tenerife 13 de diciembre de 2004 [AS 2004, 4004].

¹⁰¹¹ STSJ Madrid 18 de mayo de 2004 [AS 2004, 2466].

¹⁰¹² GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 33.

¹⁰¹³ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al*: *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 160.

¹⁰¹⁴ STSJ Castilla y León/Valladolid 28 de marzo de 2000 [AS 2000, 1447].

elementos subjetivos. En los elementos subjetivos, la carga de la prueba acerca de la existencia y realidad de estos trastornos o impedimentos, así como su trascendencia e identidad corresponden al trabajador: “*ni la claustrofobia, ni el miedo a volar o a viajar en barco pueden justificar*” la conducta del empleado dado que “*no puede erigirse el trabajador en unilateral definidor del contenido de sus obligaciones laborales*”. Por tanto, “*es al trabajador al que incumbía acreditar que la gravedad de sus trastornos le impedirían cumplir con sus obligaciones, a través de una contundente prueba pericial, sometida a contradicción*”¹⁰¹⁵.

Atendiendo a los elementos objetivos, éstos también pueden cumplir con la función de aminorar o excluir la responsabilidad del incumplimiento del trabajador. Circunstancias que no denotan duda sobre la ausencia de culpabilidad del empleado son los supuestos de fuerza mayor o caso fortuito. Aparte de estos últimos, otros supuestos en los que los elementos objetivos o extrínsecos del trabajador pueden actuar en su beneficio son los mandatos del empresario que resulten excesivamente onerosos o imposibles de cumplir en atención a las circunstancias del caso. Manifestación de lo anterior se localiza en el incumplimiento comprensible del trabajador cuando el mandato del desplazamiento ha sido comunicado con pocos minutos de antelación a la salida del avión, resultando la orden de la empresa abusiva y colocando a los empleados en una situación en la que la obediencia exige obligaciones que van más allá de las derivadas de la prestación de servicios: consecuentemente, “*la ausencia del día siguiente en el puesto de trabajo designado se halla plenamente justificada dado que es la propia actitud de la empresa la que provoca esa situación*”¹⁰¹⁶. Asimismo, existen pronunciamientos judiciales que entienden que la culpabilidad del trabajador se atenúa si el empresario no actúa de buena fe llegándose a admitir la compensación de culpas¹⁰¹⁷.

Aparte de los elementos objetivos o subjetivos atenuantes de la valoración de la culpabilidad, otro asunto clave a tratar es el referido a los diferentes grados de culpabilidad del empleado. Cuando un trabajador desobedece de forma dolosa una determinada orden empresarial, éste deberá responder ante tal con una sanción disciplinaria por incumplimiento grave. Sin embargo, cuando el incumplimiento de la orden se produce por negligencia –salvo que la negligencia sea severa– la sanción no podrá ser calificada como grave sino como falta de diligencia leve o normal. Esto no quiere decir que las faltas de diligencia no sean sancionables disciplinariamente por el empresario, pero es cierto que no merece el mismo reproche la desobediencia dolosa o negligencia grave que la desobediencia por negligencia leve o normal. Así lo han entendido los tribunales judiciales que califican de improcedente los despidos por desobediencia de la orden cuando el trabajador haya actuado de forma negligente –y esta no sea grave–: lo improcedente de la conducta del trabajador en cuanto a la actitud negligente y de descuido en su actuar –coincidiendo con una jurisprudencia sin fisuras– considera que “*a la hora de calificar la conducta negligente del trabajador en relación con las exigencias legales del despido disciplinario*”, no se reúne la nota de gravedad y culpabilidad cuando el trabajador, al realizar “*su actividad de descarga de la furgoneta que utilizaba, por descuido la deja abierta, produciéndose en ese momento la*

¹⁰¹⁵ STSJ Canarias/Las Palmas 25 de octubre de 2002 [JUR 2003, 170626].

¹⁰¹⁶ STSJ Cataluña 29 de mayo de 1997 [AS 1997, 1971].

¹⁰¹⁷ GUERRERO OSTOLAZA, J. M^a.: “La desobediencia e indisciplina en el trabajo”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al*: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 144.

sustracción de los materiales que portaba”, que si bien es cierto que acarrea un perjuicio indiscutible para la empresa, *“también lo es que el trabajador no actúa o al menos no consta probado, de forma intencionada, sino que en cuanto se percata de la sustracción lo pone en conocimiento de la dirección, por lo que no puede ser merecedor de la mayor sanción que puede imponerse a un trabajador, cual es el despido”*¹⁰¹⁸.

El incumplimiento culpable se perfecciona cuando las consecuencias de las conductas desobedientes son imputables al propio empleado. La culpa del trabajador se origina por una actitud de incumplimiento mantenida de forma decidida y persistente, o consistente en una negativa o resistencia terminante al cumplimiento de órdenes emanadas del empresario en el ejercicio legítimo de sus facultades de dirección¹⁰¹⁹. En definitiva, el elemento concluyente es la voluntad de oponerse a una orden con infracción del deber de todo trabajador a cumplir las órdenes del empleador y que se manifiesta en una voluntad inequívoca exteriorizada por el empleado¹⁰²⁰.

3. Despido disciplinario por ofensas verbales o físicas

El artículo 54.2.c) ET considera incumplimiento contractual del trabajador a efectos de su despido, *“las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos”*.

3.1 Concepto y fundamento

El tercer incumplimiento del artículo 54.2 ET adopta una forma de redacción amplia. Subjetivamente, porque la mención no se queda en el empresario o en el resto de los trabajadores sino que alcanza también al conjunto de familiares que convivan con ellos –observando implícitamente al núcleo del hogar familiar–. Objetivamente, porque las ofensas verbales o físicas son también abiertas: aunque no se encuentran concretadas en un determinado sentido o clase sí lo están en condición pues auténtica y genuinamente la acción del trabajador ha de constituir una ofensa –en otros términos, un ataque a la persona–. Por ello, tal precepto entronca directamente con el derecho al honor¹⁰²¹.

Los argumentos jurisprudenciales acerca de la fundamentación de esta causa de despido son diversos. Durante la vigencia de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 y del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, la fundamentación se ubicaba en el mutuo respeto y armonía entre las personas que convivan por razón de la relación laboral y en la subordinación y disciplina que ha de existir en el seno de la empresa para el normal desenvolvimiento y convivencia¹⁰²². Pero con la entrada en vigor de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, las referencias a la dignidad del ofendido comienzan a ser más

¹⁰¹⁸ STSJ Castilla y León/Burgos 18 de marzo de 2003 [JUR 2003, 145646].

¹⁰¹⁹ BIDÓN Y VIGIL DE QUIÑONES, J. I.: “Indisciplina y desobediencia en el trabajo”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 78.

¹⁰²⁰ ORTEGA LOZANO, P. G.: “El despido disciplinario por indisciplina o desobediencia en el trabajo: artículo 54.2.b) del Estatuto de los Trabajadores”, en *Derecho de las relaciones laborales*, cit., pp. 769 y ss.

¹⁰²¹ TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.: “El despido disciplinario”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 70.

¹⁰²² STS 22 de mayo de 1980 [RJ 1980, 2219].

abundantes¹⁰²³. Desde este momento se aprecia como una conducta que quiebra la disciplina laboral y que debe ser sancionada al implicar un mal ejemplo en el seno de la empresa; se convierte la disciplina en elemento totalmente necesario para el mutuo respeto que han de mantener entre sí las personas que conviven en una relación laboral¹⁰²⁴. Deber de respeto que no permite ser captado apriorísticamente: serán las circunstancias concretas las que nos revelarán cuando una manifestación o acción deba ser considerada como falta de respeto susceptible de ser sancionada disciplinariamente¹⁰²⁵.

Las ofensas verbales o físicas son una causa de despido de compleja valoración por los diferentes y vitales bienes jurídicos que a través del apartado c) del artículo 54.2 ET se protegen y preservan: el apartado c) junto al apartado g) del citado precepto, son las causas justas de despido disciplinario que se encuentran más vinculadas con la dignidad de la persona a la que la Constitución Española hace mención en su artículo 10. La mayoría de los despidos disciplinarios estimados procedentes por el apartado c) acaban fundamentándose en la dignidad de la persona. Pero no solo se encarga de resguardar la dignidad humana también la finalidad del poder empresarial muy relevante en el ámbito de las relaciones laborales: cuando un trabajador ofende a su superior jerárquico la sanción disciplinaria se argumenta al amparo de la orden empresarial laboral con la doctrina de la organización y dirección de la empresa¹⁰²⁶, junto con el deber de respeto que se ha de guardar al superior jerárquico –entendiéndose que se está ante una cuestión de autoridad más que de dignidad¹⁰²⁷–.

Las ofensas de este apartado c) también chocan con el entorno del trabajo conocido con la siguiente terminología: “*la buena marcha del trabajo y el ambiente laboral*”¹⁰²⁸. Este buen ambiente laboral se exhibe en dos dimensiones: por un lado, la dimensión económica asociada a la productividad laboral de la empresa. Por otro lado, la dimensión de la salud laboral, no sólo por la agresión evidente que a ella puede suponer la ofensa del trabajador, también por el ambiente que se puede generar en el lugar de trabajo cuando se convive con ofensas verbales o físicas, clima totalmente denigrante e incómodo para cualquier persona¹⁰²⁹. La potestad disciplinaria del empresario llega de esta manera a ser multifuncional al servir a más de un interés formalmente distinto del empresario¹⁰³⁰.

Aparte de los bienes jurídicos precitados –dignidad de la persona, orden empresarial laboral, buena marcha del trabajo y ambiente laboral– descubrimos otro elemento jurídico receloso de ser mencionado y tutelado como causa justa de despido disciplinario: nos referimos al buen nombre de la empresa, que entra en juego con la causa del apartado c) del artículo 54.2 ET cuando las agresiones físicas o verbales se

¹⁰²³ STS 27 de septiembre de 1984 [RJ 1984, 4490].

¹⁰²⁴ STS 17 de enero de 1987 [RJ 1987, 50].

¹⁰²⁵ CREMADES, B.: *La sanción disciplinaria en la empresa*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1969, p. 201.

¹⁰²⁶ Artículo 1.1 ET.

¹⁰²⁷ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., p. 186.

¹⁰²⁸ STSJ Cataluña 26 de septiembre de 2003 [AS 2003, 3341].

¹⁰²⁹ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., pp. 162 y 163.

¹⁰³⁰ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: “El poder disciplinario en la organización de la empresa”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 23, 2000, p. 163.

relacionan con la presencia de terceras personas, ya sea de manera directa¹⁰³¹ o de manera indirecta¹⁰³².

Ofender consiste en dañar o damnificar intencionada o premeditadamente a alguien: para ello, se requiere el *animus* del ofensor. Este *animus injuriandi* es la finalidad de deshonar, desprestigiar o menospreciar; en suma, perjudicar la reputación y buena fama del ofendido¹⁰³³. El ánimo de ofender ha sido confeccionado por los tribunales laborales a partir de componentes objetivos constitutivos del hecho y de las circunstancias en que tiene lugar ese acto. Corresponde al trabajador la prueba de que – con objeto de que el despido no sea declarado procedente– actuaba sin *animus* de ofender o con intencionalidad opuesta a este ánimo ofensivo. La mayor dificultad para sustentar esta justa causa de despido reside en probar la existencia de tales conductas y el contexto en el que se produjeron¹⁰³⁴.

Las ofensas verbales son las que consumadas de palabra –ya sea por escrito u oralmente– afectan al sujeto ofendido en su derecho al honor –artículo 18 de la Constitución Española–, en su derecho a la integridad moral –artículo 15 de la Constitución Española– o en su derecho a la libertad y a la seguridad –artículo 17 de la Constitución Española–: derechos de rango fundamental en nuestra Constitución. Las ofensas realizadas por cualquier tipo de sonidos o signos¹⁰³⁵, así como las ofensas gestuales realizadas mediante gestos, muecas, risas o posturas con el propio cuerpo del ofensor y sin intervención física en el cuerpo del ofendido, entran dentro de la concepción de ofensa verbal: “*en el término ofensas verbales no se incluyen simplemente las expresiones del lenguaje hablado, es decir, los insultos pronunciados verbalmente, sino también los gestos ofensivos o hirientes y las actitudes vejatorias para el respeto, el honor o la dignidad a que toda persona tiene derecho y que son valores constitucionalmente protegidos. Mediante un gesto se puede ofender más que con mil palabras*”¹⁰³⁶. No obstante, la ofensa debe distinguirse de la utilización de un vocabulario malsonante¹⁰³⁷ y del trato desabrido o descortés¹⁰³⁸. En definitiva, por ofensa verbal se entiende la expresión oral o escrita que comporta un injusto ataque a la persona o entidad empresarial con atentado al honor o vejación en su dignidad personal –incluso profesional– presuponiendo la existencia de una acción ejercitada en deshonra, descrédito o menosprecio¹⁰³⁹.

Contrarias al derecho de honor encontramos las injurias y las calumnias. Injurias y calumnias que debemos de valorarlas en sentido diferente al ámbito penal. En el ámbito disciplinario laboral es jurisprudencia asentada la que sustenta que la calificación de las ofensas en el entorno jurídico-laboral se produce con total independencia de la calificación jurídico-penal que pudiera incumbir. Jurisprudencia y

¹⁰³¹ Un cliente que observa la agresión verbal o física.

¹⁰³² Cuando la información llega a terceras personas que no presencian la agresión verbal o física, por ejemplo, de boca de un empleado o de un cliente.

¹⁰³³ RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Madrid, Dikynson, 1990, p. 236.

¹⁰³⁴ RUBIO DE MEDINA, M^a. D.: *El despido disciplinario*, cit., p. 18.

¹⁰³⁵ Por ejemplo, dibujos, retratos, esbozos o pinturas, entre otros.

¹⁰³⁶ STSJ Comunidad Valenciana 3 de febrero de 2009 [JUR 2009, 225651]

¹⁰³⁷ STSJ Madrid 16 de noviembre de 2005 [AS 2005, 3778].

¹⁰³⁸ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: *La causalidad del despido disciplinario*, cit., p. 210.

¹⁰³⁹ IGARTUA MIRÓ, M^a. T.: “Ofensas verbales o físicas”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 90.

doctrina han insistido en la independencia del orden laboral y penal de la jurisdicción: no es necesario que el hecho sancionador constituya delito o falta para seguir operando como causa justa de despido aún en caso de absolución o sobreseimiento en el proceso penal¹⁰⁴⁰. Una misma conducta puede ser constitutiva de un ilícito penal –por lesión de bienes jurídicos acreedores de esta forma reforzada de tutela– y de un ilícito laboral –por vulneración de deberes específicos en la relación de trabajo–. El orden jurisdiccional social debe ocuparse exclusivamente de los efectos derivados de la relación laboral; para ello necesita de una fijación de los hechos en la que no depende de la convicción formada por el juez de lo penal. En suma, “*no sólo pudo formar criterio por sí mismo sobre los hechos imputados al trabajador, sino que debió hacerlo sin esperar al enjuiciamiento de si tales hechos constituían o no delito*”¹⁰⁴¹. Cuando hablamos de injurias nos referimos al comportamiento que menoscaba en la reputación del ofendido o su propia autoestima: expresiones insultantes, vejatorias, denigrantes o humillantes que se dirigen contra el ofendido. Cuando hablamos de calumnias entendemos la falsa imputación de conductas ilegales, ilícitas, irregulares o prohibidas sin que tengan que ser necesariamente delictivas¹⁰⁴².

Contrarias al derecho de la integridad moral nos encontramos con el acoso¹⁰⁴³. Acoso laboral que puede proyectarse a través de vertientes variadas. En general, el acoso podrá ser verbal, sin alcanzar el grado de físico, cuando consista en la creación de un clima de presión e intimidación sobre la persona con finalidad de obtener favores sexuales –acoso sexual– o de desmotivar –acoso moral–. Contrarias al derecho de la libertad y la seguridad nos topamos con las amenazas¹⁰⁴⁴. La amenaza es entendida en la jurisdicción laboral como el anuncio de un mal dependiente en su realización de la voluntad del que lo hace, bien sea con ánimo de lograr un determinado objeto o sin propósito alguno¹⁰⁴⁵.

Las ofensas físicas son aquellas que consumadas mediante violencia, con o sin armas, afecta físicamente al cuerpo del ofendido, atentando contra su derecho a la vida y a la integridad física y moral, o contra su derecho a la libertad y a la seguridad, derechos reconocidos en nuestro texto constitucional como derechos fundamentales¹⁰⁴⁶. En efecto, los malos tratos de obra son el ataque injusto material de una persona a otra al hacerla objeto de una agresión que lesione su integridad física¹⁰⁴⁷. Contra el derecho a la vida y a la integridad física y moral se atenta a través de agresiones que pueden poseer diferentes finalidades: lesiva, denigrante o sexual. La agresión lesiva es aquella con la que se pretende o es susceptible de causar lesión física. La agresión denigrante –también conocida como humillante– es la que pretende rebajar o debilitar la posición del ofendido frente a los demás o ante sí mismo: agarrar por las solapas de la cazadora al empresario exigiendo el pago del salario¹⁰⁴⁸; portar una barra de hierro para enfrentar

¹⁰⁴⁰ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M^a. E.: *Derecho del Trabajo*, cit., p. 413.

¹⁰⁴¹ STS 7 de febrero de 1990 [RJ 1990, 836].

¹⁰⁴² GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 165.

¹⁰⁴³ STSJ Galicia 7 de abril de 2017 [JUR 2017, 107226].

¹⁰⁴⁴ STSJ Cataluña 11 de mayo de 2017 [JUR 2017, 195286].

¹⁰⁴⁵ STSJ Castilla-La Mancha 13 de febrero de 2003 [JUR 2003, 135311].

¹⁰⁴⁶ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., pp. 165 y 166.

¹⁰⁴⁷ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 35.

¹⁰⁴⁸ STSJ Castilla y León/Valladolid 30 de junio de 2003 [JUR 2003, 178895].

una situación con un compañero¹⁰⁴⁹; arrojar petardos a los pies de un grupo de trabajadores huelguistas, agarrar por el brazo o levantar puño amenazante¹⁰⁵⁰; agarrar por el cuello tras recibir una orden por persona autorizada¹⁰⁵¹; o intentar llevar a un compañero joven, débil y tímido a un prostíbulo haciendo colecta de dinero entre los demás compañeros¹⁰⁵². La agresión sexual es aquella que se exterioriza en actos de naturaleza sexual forzados comprendiendo los tocamientos de intención libidinosa. Además, en la agresión sexual no es necesario que el comportamiento se lleve a cabo con violencia física ya que también puede ejercitarse a través de amenazas o violencia psicológica¹⁰⁵³. Contra el derecho a la libertad y a la seguridad las ofensas físicas se exteriorizan por vía de la detención y la coacción¹⁰⁵⁴. Por detención, entendemos la restricción injusta y física o violenta de la libertad de los movimientos de la víctima, ya sea con encierro o sin él. Por coacción, entendemos el mandato físico o violento a realizar algo no deseado por la víctima o a no realizar algo deseado por ella¹⁰⁵⁵.

3.2 Sujeto activo y pasivo: nexos con la relación laboral y tipología de las ofensas

El ofensor debe ser trabajador de la empresa lo que ha dado pie a una serie de cuestiones a consecuencia de la diversa realidad laboral¹⁰⁵⁶:

1) La ofensa debe producirse en el marco de la relación laboral por lo que cuando un trabajador, al mismo tiempo, titular de acciones de la empresa¹⁰⁵⁷, formula observaciones –en su calidad de accionista– sobre irregularidades de su funcionamiento en el curso de una junta general, está ejercitando un legítimo ejercicio de su derecho fundamental a la libertad de expresión –artículo 20.1.a) CE–: en la medida en que el trabajador-accionista se “*limitó a manifestar su desaprobación a la gestión social llevada a cabo, expresando su disconformidad tanto con el informe de gestión como con las cuentas anuales y de resultados, así como con el dividendo activo*”, no es motivo suficiente para que la empresa proceda al despido debiendo éste calificarse nulo por atentar contra aquella libertad¹⁰⁵⁸.

2) Existen supuestos en los que las ofensas no parten del propio trabajador sino de otra persona: en estos casos, las sentencias no suelen normalmente culpabilizar al empleado –dependiendo de su actitud– declarando el despido improcedente. Doctrina que no es unánime pues existen posiciones jurisprudenciales que corresponsabilizan al trabajador de las actuaciones de terceros o familiares: es cierto que nadie puede ser sancionado por un hecho del que personalmente no es imputable ni responsable, pero al amparo de la doctrina del principio de la corresponsabilidad del trabajador¹⁰⁵⁹, en las acciones cometidas por terceras personas, se viene declarando que el sujeto activo no es

¹⁰⁴⁹ STSJ Cataluña 12 de junio de 2003 [JUR 2003, 183847].

¹⁰⁵⁰ STSJ Cataluña 12 de mayo de 2003 [AS 2003, 2281].

¹⁰⁵¹ STSJ Castilla y León/Valladolid 5 de mayo de 2003 [JUR 2003, 171513].

¹⁰⁵² STSJ Cataluña 11 de noviembre de 1994 [AS 1994, 4360].

¹⁰⁵³ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 166.

¹⁰⁵⁴ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: *La causalidad del despido disciplinario*, cit., p. 213.

¹⁰⁵⁵ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 166.

¹⁰⁵⁶ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, cit., pp. 922 y 923.

¹⁰⁵⁷ STSJ Castilla y León/Burgos 26 de noviembre de 2009 [JUR 2010, 25791].

¹⁰⁵⁸ STC 20/2002, de 28 de enero [RTC 2002, 20].

¹⁰⁵⁹ STSJ Madrid 20 de abril de 2004 [AS 2004, 2343].

sólo el trabajador sino también sus familiares o acompañantes; en otro caso, se podría cometer la falta con total impunidad haciendo actuar a una tercera persona no vinculada a la empresa para que obre en nombre del trabajador¹⁰⁶⁰. Esta responsabilidad del trabajador respecto a los actos de terceros se viene ratificando en aquellos casos en los que el empleado mantiene una postura totalmente pasiva, también cuando su participación consiste en la inducción o en la ejecución directa o, por último, cuando no se evita el comportamiento del tercero sino que se incita o se colabora. En suma, se considera que el incumplimiento es atribuible al trabajador cuando participa en la conducta transgresora, concibiéndola, impulsándola, consintiéndola o alentando al autor material para que la ejecute. Por tanto, el sujeto activo puede ser no sólo un trabajador sino también un familiar o acompañante¹⁰⁶¹. Los problemas de esta atribución de responsabilidad se encuentran en el ámbito probatorio: resulta esencial que quede probada la participación del trabajador en la conducta aun cuando no sea el autor material de la misma. Mayores complicaciones de prueba existen en los casos en donde por escrito o palabra, un tercero relacionado con el trabajador –normalmente familiar o amigo– comete una ofensa verbal siendo realmente complejo demostrar la participación del empleado –aunque no imposible–¹⁰⁶².

3) En ocasiones, no se configura un incumplimiento laboral si el sujeto ofensor no actúa en calidad de trabajador de la empresa sino como familiar del empresario¹⁰⁶³: la empleada despedida “*interviene en la discusión familiar, como hija del representante de la empresa y no como trabajadora toda vez que el tema causante de la trifulca era la convivencia conyugal de sus padres y el lugar queda en un segundo plano, pues ocurrieron en la empresa porque allí se desplazaron su madre y su hermana*”, y es en el transcurso de esa discusión –con la carga de nerviosismo que la misma conlleva– cuando según la carta de despido la trabajadora “*ofende verbalmente a su padre*”¹⁰⁶⁴.

El nexo de la ofensa con la relación de trabajo parece deducirse del propio artículo 54.2.c) ET, sin que sea necesario que se produzca en el marco de la relación laboral: lo sancionable es la ofensa verbal o física cualquiera que sea el ámbito en que se exteriorice. Ocurre con el lugar donde la ofensa se produce¹⁰⁶⁵: cuando la ofensa se desarrolla en el centro de trabajo existe una incuestionable conexión de relación entre tal ofensa y la relación profesional. El vínculo es algo más débil cuando la ofensa se produce fuera del lugar de trabajo aunque esto no es óbice para que siga existiendo causa justa de despido¹⁰⁶⁶. En suma, sobre el ámbito laboral del incumplimiento sancionable con despido se ha considerado que una ofensa, pese a tener lugar fuera del centro de trabajo, constituye desobediencia laboral del apartado c): no se exige que las ofensas, malos tratos o falta de respeto se produzcan en el trabajo para que constituyan incumplimiento contractual¹⁰⁶⁷.

¹⁰⁶⁰ STSJ Comunidad Valenciana 23 de marzo de 2005 [AS 2005, 951].

¹⁰⁶¹ STSJ Cataluña 8 de abril de 2003 [AS 2003, 1737].

¹⁰⁶² IGARTUA MIRÓ, M^a. T.: “Ofensas verbales o físicas”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., pp. 99 y 100.

¹⁰⁶³ STSJ Castilla y León/Valladolid 18 de septiembre de 2006 [AS 2006, 2996].

¹⁰⁶⁴ STSJ Canarias/Tenerife 21 de abril de 2005 [JUR 2005, 129318].

¹⁰⁶⁵ STSJ Cataluña 6 de marzo de 2017 [JUR 2017, 122235].

¹⁰⁶⁶ STS 21 de septiembre de 2017 [RJ 2017, 4310]. ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 924.

¹⁰⁶⁷ STSJ Extremadura 16 de julio de 2002 [JUR 2002, 245729].

El artículo 54.2.c) ET señala que serán sujetos pasivos de las ofensas, el empresario, las personas que trabajan en la empresa, así como los familiares que convivan con ellos. Sobre el concepto de empresario los tribunales no solo se refieren a la persona física titular de la empresa sino también a la persona jurídica titular de la misma. Es más, por empresario no solo entendemos al empleador: entran dentro de este concepto las personas que realizan actos que tienen que ver con la toma de decisiones de la empresa –en alusión a los socios–¹⁰⁶⁸. La noción de empresario no puede reducirse al de persona física ya que cuando el empresario es una persona jurídica, la causa de despido del artículo 54.2.c) ET va a operar en la medida en que las ofensas recaigan sobre las personas físicas que representan a la persona jurídica por ejercer la dirección de la misma y ostentar la máxima autoridad¹⁰⁶⁹. Cuando se ataca a la persona jurídica, si bien no puede ser agredida en su dignidad humana –pues no la tiene– ni en su integridad física, hay que considerar igualmente aquellas actuaciones o acciones ejecutadas en desprestigio de la empresa como entidad o institución organizada¹⁰⁷⁰. Esta afirmación permite sustentar un hipotético derecho al honor de las personas jurídicas¹⁰⁷¹.

Cuando aludimos a las personas que trabajan en la empresa, no solo nos referimos a los empleados de la empresa sino también a los trabajadores que realizan todo o parte de su ocupación en el mismo lugar, centro o establecimiento que aquel sujeto que presta servicios, ya sea por cuenta propia o ajena, dependan o no del empleador¹⁰⁷². La expresión engloba –desde luego– al resto de trabajadores de la empresa¹⁰⁷³: las personas que trabajan para la empresa vinculados no con una relación laboral pero sí de otra índole –comercial o industrial–, no pueden considerarse extraños a los indicados efectos de guardarles la consideración debida a los compañeros de trabajo¹⁰⁷⁴.

En referencia a los familiares que convivan con los sujetos señalados –con miras a hacer efectiva esta causa de despido disciplinario– a veces el grado de convivencia no es elemental para la jurisprudencia. Además, puede incluso que este no sea familiar.

El círculo de sujetos pasivos al que se refiere el artículo 54.2.c) ET no es ni mucho menos cerrado –ni exhaustivo– sino que puede extenderse a otros sujetos siempre y cuando los ofendidos mantenga alguna relación con la empresa: precisamente, junto a los sujetos enunciados por el artículo 54.2.c) ET, “*la jurisprudencia ha venido extendiendo, desde siempre, la aplicación de esta causa de despido a las ofensas cometidas contra personas distintas de las mencionadas legalmente, siempre que estas personas tengan algún tipo de relación con la empresa, de manera que la conducta reprochable del trabajador puede perjudicar a la misma. Así, por ejemplo, se ha extendido su aplicación a las ofensas cometidas contra trabajadores de otra empresa con la que el ofensor entra en relación por el cargo desempeñado*”¹⁰⁷⁵,

¹⁰⁶⁸ STSJ Andalucía/Sevilla 26 de septiembre de 2002 [JUR 2003, 52431].

¹⁰⁶⁹ STSJ Andalucía/Málaga 23 de noviembre de 2001 [JUR 2002, 91043].

¹⁰⁷⁰ GARCÍA NINET, J. I.: “Ofensas verbales o físicas al empresario o a otras personas del entorno empresarial”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 180.

¹⁰⁷¹ VIDAL MARTÍNEZ, J.: *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982*, Madrid, Montecorbo, 1984, p. 38.

¹⁰⁷² STSJ País Vasco 7 de noviembre de 2000 [AS 2001, 1715].

¹⁰⁷³ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 924.

¹⁰⁷⁴ STS 21 de abril de 1983 [RJ 1983, 1859].

¹⁰⁷⁵ STSJ Andalucía/Málaga 5 de julio de 1999 [AS 1999, 3033].

verbigracia, “*clientes de la empresa*”¹⁰⁷⁶, el “*abogado del empresario*”¹⁰⁷⁷ o “*usuarios*”¹⁰⁷⁸ de la empresa.

En efecto, no faltan ejemplos en los que nuestra doctrina judicial ha entendido extensible semejante concepto a terceras personas distintas del empresario, los compañeros o sus familiares. Así ha sucedido en los siguientes supuestos: ofensas realizadas por un trabajador contra una trabajadora perteneciente a otra empresa con la que la mercantil mantenía vínculos comerciales¹⁰⁷⁹; o porque el trabajador precedentemente despedido agredió a un sindicalista ajeno a la empresa cuando éste se hallaba presente en la mesa electoral¹⁰⁸⁰. La finalidad no es otra que “*la de preservar la convivencia en el ámbito en el que se desarrolla la prestación de servicios*”¹⁰⁸¹.

La definición de un círculo de sujetos pasivos de la ofensa comprendido en la ratio de acción del artículo 54.2.c) ET no presenta dificultad en la práctica: los tribunales entienden que todas aquellas ofensas relacionadas de alguna manera con la actividad laboral o con la empresa habrá de entenderse comprendidas en el precitado artículo; en defecto del apartado c) es viable introducir dicha falta por la vía del apartado d) del artículo 54.2 ET¹⁰⁸² –transgresión de la buena fe contractual, así como abuso de confianza¹⁰⁸³–. La conducta del trabajador cuadra en los términos del artículo 54.2.d) ET porque “*la entidad, el significado y la valoración común u ordinaria de los términos y gestos referidos conllevan una indudable idea de menosprecio o vejación*”, y aunque las personas afectadas por el comportamiento del empleado “*exceden los términos del artículo 54.2.c) ET*”, sin embargo, “*su conducta encaja en la transgresión de la buena fe contractual del artículo 54.2.d) ET, dada la fuerza atractiva de esta norma al configurar una causa genérica de despido que incluye toda acción u omisión constitutiva de un serio quebranto de los deberes profesionales*”¹⁰⁸⁴.

3.2.1 Ofensas al empresario o empresa

Los tribunales consideran justa causa de despido disciplinario por ofensas verbales al empresario –como persona física– las conductas consistentes en:

- Llamar “*estafador*” al empresario e imputarle falsas acusaciones¹⁰⁸⁵.
- Mandar al empresario a “*tomar por culo*” acompañado de conducta rebelde, retadora y chulesca, insultando al empresario cuando éste le recrimina haber llegado tarde al trabajo¹⁰⁸⁶.
- Decir al empresario “*lleva usted una piel de cordero para engañar a la gente al igual que a su mujer; qué se puede esperar de usted que tiene a su padre abandonado y viviendo de compasión*”¹⁰⁸⁷.

¹⁰⁷⁶ STSJ Murcia 29 de abril de 2013 [JUR 2013, 199072].

¹⁰⁷⁷ STSJ Andalucía/Málaga 5 de julio de 1999 [AS 1999, 3033].

¹⁰⁷⁸ STSJ Asturias 23 de mayo de 2017 [AS 2017, 1099].

¹⁰⁷⁹ STSJ Canarias 12 de diciembre de 2005 [AS 2006, 86].

¹⁰⁸⁰ STSJ Castilla-La Mancha 4 de abril de 2005 [AS 2005, 579].

¹⁰⁸¹ STSJ Galicia 12 de octubre de 2012 [JUR 2012, 363496].

¹⁰⁸² STSJ Castilla y León/Burgos 14 de septiembre de 2016 [AS 2016, 1716].

¹⁰⁸³ STSJ Extremadura 12 de junio de 2012 [AS 2012, 2385].

¹⁰⁸⁴ STSJ Galicia 18 de junio de 1998 [AS 1998, 6476].

¹⁰⁸⁵ STSJ Comunidad Valenciana 10 de mayo de 2000 [JUR 2000, 292644].

¹⁰⁸⁶ STSJ Comunidad Valenciana 14 de septiembre de 2004 [AS 2004, 3485].

¹⁰⁸⁷ STS 22 de mayo de 1980 [RJ 1980, 2219].

- Expresar al empresario las siguientes manifestaciones: “*le iba a cerrar la empresa y que le iba a meter en la cárcel*”, siendo evidente que el comportamiento y actitud del trabajador se encuentra lejos de la mesura, convivencia y respeto que debe proliferar hacia el empleador a cuyo servicio se encuentra¹⁰⁸⁸.
- Omitir ofensas por escrito¹⁰⁸⁹.
- La emisión o difusión de opiniones ofensivas en forma desajustada que constituye una regla de general observancia en el tráfico jurídico que convierte en ilícito o abusivo el ejercicio de la libertad de expresión¹⁰⁹⁰.

Los tribunales consideran justa causa de despido disciplinario por malos tratos físicos al empresario las conductas consistentes en:

- La agresión física con insultos como “*sinvergüenza*” y “*explotador de los obreros*”, entre otros¹⁰⁹¹.
- El hecho de zarandear el coche del empresario –con él dentro– con más compañeros de la empresa debido al impago de atrasos¹⁰⁹².
- Las retenciones forzosas de empresarios y/o directivos de las empresas por los trabajadores con ocasión de huelga y con ocupación ilegal del centro de trabajo¹⁰⁹³.

Los tribunales consideran justa causa de despido disciplinario por ofensas a los representantes de la empresa las conductas consistentes en:

- Remitir carta ofensiva para el presidente del consejo de administración e imputarle falsedades¹⁰⁹⁴.
- El trabajador que posee una actitud de absoluta insolencia, desprecio e insulto, y que se atreve a amenazar a los representantes de la empresa, entre otras despreciables acciones¹⁰⁹⁵.
- Emitir ofensas graves en revista del sector naviero con expresiones injuriosas que suponen explícita atribución de una conducta mendaz, defraudadora y abusiva contra la empresa naviera y armadores, excediéndose el empleado despedido del ámbito de la libertad de expresión¹⁰⁹⁶.
- Propiciar insultos como “*cabrón*”, “*que le estaba chupando la sangre*”, “*que eran todos unos hijos de puta*” y “*que mejor que toda su familia estuviese muerta*”¹⁰⁹⁷.
- Inferir insultos y flagrante desprecio hacia las personas que asumen la titularidad o representación empresarial, máxime si quién protagoniza tales conductas desempeña en la empresa funciones directivas, no siendo justificable por el ambiente de “*crisis empresarial*” que se desarrolla en la misma¹⁰⁹⁸.

¹⁰⁸⁸ STS 29 de abril de 1985 [RJ 1985, 1932].

¹⁰⁸⁹ STS 3 de octubre de 1985 [RJ 1985, 4655].

¹⁰⁹⁰ STC 120/1983, de 15 de diciembre [RTC 1983, 120].

¹⁰⁹¹ STS 20 diciembre 1979 [RJ 1979, 4541].

¹⁰⁹² STS 23 septiembre 1982 [RJ 1982, 5265].

¹⁰⁹³ STS 1 de octubre de 1982 [RJ 1982, 6082].

¹⁰⁹⁴ STS 13 de julio de 1983 [RJ 1983, 3780].

¹⁰⁹⁵ STSJ Galicia 14 de diciembre de 2005 [JUR 2006, 79793].

¹⁰⁹⁶ STS 28 de marzo de 1984 [RJ 1984, 1620].

¹⁰⁹⁷ STSJ Cataluña 31 de mayo de 1999 [AS 1999, 2565].

¹⁰⁹⁸ STS 14 de junio de 1990 [RJ 1990, 5077].

- La manifestación del trabajador de que el representante de la empresa “*consumía drogas y se gastaba el dinero en drogas*”, imputación de ofensiva gravedad que, efectuada públicamente, ha de considerarse subsumible en el tipo disciplinario que habilita la sanción del despido¹⁰⁹⁹.
- Cuando el trabajador se dirige al delegado de la empresa diciéndole “*hijo de puta, sin vergüenza, te vas a enterar*”¹¹⁰⁰.
- Cuando el administrador de la empresa pide explicaciones al trabajador por su negativa a la instrucción dada y este último le responde: “*no me toques las narices, una noche voy a venir al almacén y voy a prender fuego a los camiones, tengo amigos rumanos que por 500 euros te van a dejar que ni tu madre te va a conocer, si no te interesa tenerme contratado, despídeme, si no te vas a arrepentir cada día, algún día le voy a hacer algo al camión o si no lo hago desaparecer, todo ello dentro de la ley ya que estoy estudiando para abogado, si no me pagas por las buenas me pagas por las malas*”¹¹⁰¹.

Los tribunales consideran justa causa de despido disciplinario por ofensas a la empresa las conductas consistentes en:

- Trabajador que manifiesta por escrito que “*para llegar a cobrar prima hay que trabajar domingos, festivos y un exceso de horas extraordinarias que rebasan los límites establecidos, causando por ello accidentes tan graves como el que causó la muerte al compañero*”, responsabilizando así a la empresa del precitado accidente por conducta antisocial –régimen de jornada y retribución ilegal–. Frente a esta manifestación no existe duda de la existencia de una clara intencionalidad de imputar a la empresa el citado accidente, sin que pueda atenuarse su comportamiento por la concurrencia de “*ánimo conturbado*”, pues habían transcurrido más de cuatro meses de tiempo desde que se produjo el fallecimiento del trabajador lo que permite el examen de los hechos con total serenidad¹¹⁰².
- Propagación de noticias falsas o tendenciosas que llevan a desprestigiar a la empresa: publicar en prensa texto despectivo que quebranta los más elementales deberes de lealtad y de consideración hacia la empresa con propagación de noticias infundadas o tendenciosas en desprestigio de la misma, y que, en conjunto, configura un comportamiento o una ilícita conducta con reflejo de los necesarios matices para poder calificar las faltas de despido disciplinario procedente¹¹⁰³.

3.2.2 Ofensas a los familiares del empresario

Se protege a los familiares que reúnan los requisitos legalmente exigidos contra todo tipo de ofensas verbales o físicas. Por ello se consideran despidos disciplinarios por atentar contra los familiares del empresario las conductas consistentes en:

¹⁰⁹⁹ STSJ Cataluña 27 de enero de 2000 [AS 2000, 872].

¹¹⁰⁰ STSJ Andalucía/Málaga 8 de octubre de 2015 [JUR 2015, 304778].

¹¹⁰¹ STS 22 de diciembre de 2016 [RJ 2017, 214].

¹¹⁰² STS 14 de septiembre de 1982 [RJ 1982, 5004].

¹¹⁰³ STS 4 de octubre de 1982 [RJ 1982, 6094].

- Proferir insultos de “mocosa”, “analfabeta” y que “debía aprender a leer” a la hija del titular de la empresa y en presencia de más empleados¹¹⁰⁴.
- La retención forzosa de un familiar del empresario en las dependencias administrativas de la empresa¹¹⁰⁵.
- Cuando según los hechos declarados probados el trabajador además de impedir al personal que saliera del edificio y la comunicación telefónica con el exterior, vertió amenazas de muerte a cuatro de los administrativos, dos de ellas hijas del presidente del consejo de administración, las cuales, también fueron objeto de insultos y vejaciones¹¹⁰⁶.
- Cuando se amenaza al padre del administrador y propietario de la empresa diciendo, “en presencia del resto de los trabajadores en tono amenazante, te vas a enterar, voy a hablar con mi marido y te vas a enterar”¹¹⁰⁷.

No se tiene en cuenta el grado de parentesco entre el empresario o trabajador y familiar ofendido; o si la relación es legal, natural o adoptiva. Aunque el criterio exigido es débil, la clave se localiza en la exigencia de convivencia entre las personas. Se considera que los vínculos familiares que se ven atacados por un empleado generan el mismo malestar en la empresa que si la ofensa es directa al empresario o compañero de trabajo. No obstante, la ofensa ha de poseer conexión con el trabajo, bien porque la ofensa se produzca en el mismo centro de trabajo o bien porque el ofensor tenga conciencia de que se trata de un familiar del empresario, de algún representante de éste o de algún compañero de trabajo. Si la ofensa se produjera en el centro de trabajo pero desconociendo la relación familiar, ésta habría que considerarla –por analogía– dentro de las ofensas a terceros o clientes. Si el ofensor desconociera la relación familiar y la ofensa se produjera extramuros de la empresa en modo alguno podría existir falta en el campo laboral¹¹⁰⁸.

3.2.3 Ofensas a los superiores de la empresa

En el actual ET no se alude directamente a los directivos de la empresa al contrario de lo que ocurría en la normativa precedente –Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo¹¹⁰⁹–. No obstante, bien por la vía de la representación del empresario, bien por considerarse también compañeros de trabajo, los directivos se encuentran protegidos por dos razones: la primera, como cualquier miembro de la empresa; y la segunda, en atención al principio de disciplina y jerarquía en la empresa o de convivencia¹¹¹⁰.

Aunque pudiera ser habitual no hablar bien de los directivos, en modo alguno cabe admitir que se lancen insultos a los mismos en el propio centro de trabajo y se intente agredirlos; ello afectaría a las más elementales esencias de los buenos modos y el correcto actuar que son indispensables en toda comunidad humana, máxime cuando se trata del lugar en la que la persona pasa la mayor parte de su vida activa. La dignidad

¹¹⁰⁴ STS 4 de noviembre de 1987 [RJ 1987, 7810].

¹¹⁰⁵ STS 16 de junio de 1982 [RJ 1982, 4018].

¹¹⁰⁶ STS 7 de octubre de 1982 [RJ 1982, 6125].

¹¹⁰⁷ STSJ Andalucía/Málaga 1 de marzo de 2017 [JUR 2017, 161432].

¹¹⁰⁸ GARCÍA NINET, J. I.: “Ofensas verbales o físicas al empresario o a otras personas del entorno empresarial”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 185.

¹¹⁰⁹ En cuyo artículo 33.c) sí se refería directamente a los “representantes o a los jefes”.

¹¹¹⁰ GARCÍA NINET, J. I.: “Ofensas verbales o físicas al empresario o a otras personas del entorno empresarial”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 186.

de las personas ha de estar protegida, más cuando se posee grado de autoridad, totalmente necesario en toda colectividad humana e indispensable para el logro de un resultado común: la buena marcha de la empresa¹¹¹¹.

Llamar “*cínico*” al director del centro donde el trabajador presta sus servicios en presencia de otros trabajadores y en tono agresivo constituye con toda evidencia un grave y culpable incumplimiento contractual al integrar, en sí mismo, una ofensa verbal que deshonra a aquél a quien se dirige porque determinadas expresiones son insultantes de por sí –objetivamente ofensivas¹¹¹²– sin que haya necesidad de demostrar o probar el específico ánimo injurioso que, salvo prueba en contrario del ofensor, suponen un grave menosprecio, conclusiones que –por supuesto– se realizan a los solos efectos de valorar la conducta del trabajador en el ámbito jurídico-laboral, único que este orden jurisdiccional puede enjuiciar¹¹¹³. En este sentido, por ser objetivamente ofensivas y sin que haya necesidad de demostrar el ánimo injurioso del trabajador despedido se consideran despidos disciplinarios procedentes por ofensa verbal o física –artículo 54.2.c) ET– los siguientes supuestos:

- Llamar “*burro*” al director siendo escuchado por los compañeros de trabajo¹¹¹⁴.
- Decirle al jefe “*embustero y cabrón*” profiriendo otras expresiones públicamente contra una empleada a la que calificó de “*embustera, cínica y cara dura*”¹¹¹⁵.
- Decirle a los dos jefes “*fuera de aquí mamones*”. Tal frase por su significado e intención es gravemente ofensiva y denigrante, en suma, constitutiva de malos tratos de palabra¹¹¹⁶.
- Cuando al cesar en su trabajo diez minutos antes del horario legal establecido y sin causa justificada induciendo a sus compañeros de turno a que igualmente cesasen, el encargado le recrimina dicha conducta, contestándole el trabajador lo siguiente: “*no tenía por qué llamarle la atención*” y “*que no se pusiera tonto, que le iba a tocar las pelotas y que si se ponía tonto, le iba a romper los morros*”, palabras que repitió varias veces, ocurriendo los hechos en el centro de trabajo, en presencia de trabajadores de la empresa y sin que el repetido encargado le provocase¹¹¹⁷.
- Calificar al director de “*cabrón*” y “*chorizo*” no puede quedar resguardado al amparo del derecho de libertad de expresión por no ser éste un derecho ilimitado, pues aunque proclame la libertad de pensamiento, ideas y opiniones, no protege de insultos proyectados ni calificativos degradantes, sin que pueda justificar ni disculpar la utilización de expresiones ofensivas; una incorrección del lenguaje que estará tolerada en las conversaciones amistosas pero no empleadas con afán de zaherir y ofender a quien se dirigen o refieren¹¹¹⁸.
- Decirle al representante de la empresa, en actitud agresiva y en presencia de otros empleados, que está “*harto de verle la cara que tenía y que era un idiota*”¹¹¹⁹.
- Llamar “*inepto*” y “*gilipollas*” al director general¹¹²⁰.

¹¹¹¹ STS 27 de septiembre de 1984 [RJ 1984, 4490].

¹¹¹² STSJ Galicia 7 de noviembre de 2014 [JUR 2015, 32501].

¹¹¹³ STS 6 de febrero de 1986 [RJ 1986, 715].

¹¹¹⁴ STS 3 de junio de 1987 [RJ 1987, 4114].

¹¹¹⁵ STS 18 de septiembre de 1984 [RJ 1984, 4428].

¹¹¹⁶ STS 16 de julio de 1982 [RJ 1982, 4632].

¹¹¹⁷ STS 23 de febrero de 1980 [RJ 1980, 746].

¹¹¹⁸ STS 4 de mayo de 1988 [RJ 1988, 3549].

¹¹¹⁹ STS 29 de octubre de 1988 [RJ 1988, 8175].

- Amenazar al jefe de seguridad y decirle “*chaquetero*”, “*pelota*” y “*cobarde*”¹¹²¹.
- Acusar al gerente de un hurto inmotivada e infundadamente¹¹²².
- Denigrar al superior jerárquico por la “*condición femenina*” de la ofendida, atribuyendo su ascenso a “*la realización de favores sexuales*”, lo que “*constituye una manifestación altamente ofensiva y sexista, impropia de una sociedad democrática avanzada*”¹¹²³.
- Decirle al superior jerárquico “*que le iba a partir la cabeza y que le tenía harto*”, amenazas que más tarde se cumplieron por el trabajador asestándole “*varias patadas en el cuerpo*” y un “*cabezazo en la cara a nivel de la nariz*”¹¹²⁴.
- Cuando el trabajador, en diferentes días, ha propiciado las siguientes ofensas verbales, la mayoría a sus superiores jerárquicos: “*cabrón, hijo de puta, maricón*”, “*cállate cabrón*”, “*chupapollas y pelota*” o “*gorda de mierda*”¹¹²⁵.

Es causa de despido disciplinario por satisfacer los requisitos del incumplimiento contractual grave y culpable de las obligaciones laborales aquellas conductas que rompen la disciplina laboral y atenta contra las reglas de la convivencia, de necesaria observancia en el plano laboral¹¹²⁶. En este sentido:

- Formar parte del piquete que impidió físicamente la salida de la oficina del director de personal¹¹²⁷.
- Agredir y convertir en objeto de malos tratos de obra al encargado de la fábrica cuando este salía de la misma¹¹²⁸.
- Ofensas verbales y agresión física en presencia de otros compañeros al encargado de la obra, revistiendo éstas suficiente entidad para que se presente como adecuada y proporcionada a la culpabilidad del despido¹¹²⁹.

En suma para que en el orden laboral se aprecie la existencia de malos tratos u ofensas a un superior se exige que se le ataque injustamente, ofendiéndole en su honor o vejándole en su dignidad personal, presuponiendo, en todo caso, la existencia de una acción ejercitada en su deshonra, descrédito, displicencia o menosprecio; sin que el deber de subordinación, consideración y respeto que el trabajador debe guardar hacia sus superiores deba ser fijado de una forma objetiva y apriorística sino que han de ser las circunstancias concretas de cada caso las que han de determinar su valoración a los efectos extintivos del contrato de trabajo¹¹³⁰.

3.2.4 Ofensas a compañeros de trabajo

Existe una especie de presunción *iuris tantum* de causa laboral cuando las actuaciones ofensivas entre compañeros se producen en lugar y tiempo de trabajo. Si las ofensas se producen fuera del lugar de trabajo y no traen de éste su causa, el

¹¹²⁰ STS 20 de noviembre de 1986 [RJ 1986, 6701].

¹¹²¹ STS 15 de junio de 1987 [RJ 1987, 4361].

¹¹²² STS 22 de noviembre de 1989 [RJ 1989, 8229].

¹¹²³ STSJ Cataluña 16 de mayo de 2012 [AS 2012, 1743].

¹¹²⁴ STSJ Galicia 5 de abril de 2013 [AS 2013, 2329].

¹¹²⁵ STSJ Andalucía/Sevilla 22 de diciembre de 2015 [JUR 2016, 68886].

¹¹²⁶ STS 15 de junio de 1988 [RJ 1988, 5394].

¹¹²⁷ STS 16 de septiembre de 1981 [RJ 1981, 3325].

¹¹²⁸ STS 27 de septiembre de 1979 [RJ 1979, 3223].

¹¹²⁹ STS 19 de marzo de 1986 [RJ 1986, 1495].

¹¹³⁰ STS 20 de junio de 1985 [RJ 1985, 3433].

enfrentamiento, que nada tiene que ver con el trabajo –verbigracia, relaciones de vecindad o de amistad– y aunque pueda derivar un malestar en la relación laboral entre ambos compañeros, no será causa suficiente para justificar el despido. Además, llama la atención como los enfrentamientos entre compañeros suelen poseer mayor ánimo ofensivo que si se proyecta hacia el empresario¹¹³¹.

Se consideran despidos disciplinarios procedentes por ofensa verbal a compañero de trabajo los siguientes supuestos:

- Llamar “*miserable, perro y rácano*” expresiones constitutivas de clara ofensa verbal grave a una persona que trabaja en la misma empresa y lugar¹¹³².
- Llamar “*cerda de mierda*” a su propia compañera¹¹³³.
- Decirle a los trabajadores que no participan en la huelga, “*mamón*”, “*pelota*” y “*facha*”, además de impedir la normal entrada al centro de trabajo al colocar unos tablones y obstáculos en la misma. Aquellas palabras implican menosprecio y atentado a la dignidad que siempre es debida a las personas; las últimas acciones implican el empleo de coacción, fuerza o violencia para formar parte del piquete que deja de ser de información –acción o efecto de informar o informarse– para serlo de coacción –fuerza o violencia que se hace a persona o personas o impedirle alguna cosa–; vulneración del derecho constitucional al libre ejercicio al derecho a trabajar por parte de los empleados que no se suman a la huelga¹¹³⁴.
- El trabajador que tras recibir “*la carta de amonestación por escrito por falta grave motivada por disminución del rendimiento en su trabajo*”, decide dirigirse a su encargado “*insultándole*” y amenazando con expresiones como “*ustedes no sabéis de lo que soy capaz*”, “*no sabéis con quién estáis hablando*”¹¹³⁵.
- El trabajador que busca el “*desmérito público como profesional*” del compañero de trabajo, además de utilizar “*un lenguaje no verbal intimidatorio a través de gesto facial agresivo y sobre todo al imponerle de forma constante su cercanía física al hablarle en el tono y forma*” que lo hacía, “*con el cuerpo hacia delante, provocando el paso hacia atrás del otro para zafarse de esa cercanía, y con el dedo índice en constante señalamiento hacia su persona*”¹¹³⁶.
- Enfrentarse a un compañero de la empresa “*cuando este sólo trataba de explicarle y notificarle la apertura del expediente según las instrucciones de la empresa*”, durante el cual “*le insulta y amenaza repetidamente*”, sin que se trate de “*una expresión aislada*”¹¹³⁷.
- Manifestar expresiones como “*¿sólo has probado un rabo?, ¿no te da pena?, yo te podría enseñar uno mejor que el de tu novio*”, “*a ver cuándo estrenamos el cuarto oscuro*”¹¹³⁸.

Se consideran despidos disciplinarios procedentes por malos tratos físicos entre compañeros las conductas consistentes en:

¹¹³¹ GARCÍA NINET, J. I.: “Ofensas verbales o físicas al empresario o a otras personas del entorno empresarial”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., pp. 191 y ss.

¹¹³² STS 24 de noviembre de 1983 [RJ 1983, 5629].

¹¹³³ STS 18 de noviembre de 1986 [RJ 1986, 6690].

¹¹³⁴ STS 24 de marzo de 1987 [RJ 1987, 1663].

¹¹³⁵ STSJ Andalucía/Sevilla 7 de noviembre de 2017 [JUR 2018, 10233].

¹¹³⁶ STSJ Aragón 26 de octubre de 2017 [JUR 2017, 291687].

¹¹³⁷ STSJ Galicia 24 de marzo de 2011 [JUR 2011, 178051].

¹¹³⁸ STSJ Madrid 2 de junio de 2017 [JUR 2017, 18872].

- Agredir a un compañero con una tabla causándole lesiones que necesitaron asistencia médica a causa de una discusión entre los dos operarios que si en un principio fue apaciguada por el encargado del taller volvió a reanudarse cuando éste se retiró¹¹³⁹.
- Agresión y pelea con compañeros de trabajo dos días seguidos, lo que se considera como malos tratamientos de palabra u obra o falta grave de respeto y consideración al empresario, a las personas de su familia que vivan con él, a sus representantes o jefes y –en definitiva– compañeros de trabajo¹¹⁴⁰.
- Agredir por la espalda a un compañero que se dirigía a su quehacer arrojándole un objeto contundente e hiriéndole lo que hizo necesario su internamiento en un centro asistencial¹¹⁴¹.
- Agredir –dentro del comedor del centro de trabajo– arrojando platos a un compañero produciéndole contusiones en el brazo izquierdo¹¹⁴².
- Riñas provocadas y continuadas con compañeros de trabajo¹¹⁴³.
- Intervenir en una riña con otro compañero de trabajo de categoría profesional superior reaccionando éste con una bofetada y el otro con un puñetazo que arrancó los dientes a su oponente y produjo gran hemorragia en el labio inferior siendo despedidos los dos¹¹⁴⁴.
- Constituye ofensa física la injustificada agresión a puñetazos a otro trabajador de la misma empresa, precisamente, cuando más exigible resultaba la observancia de las normas de pacífica convivencia laboral¹¹⁴⁵.
- Agredir con un martillo a otro trabajador produciéndole fractura del cráneo en región frontal con hundimiento de fragmentos de pronóstico grave. Aunque el agresor se hallara en situación de trastorno mental transitorio producido por los insultos que le dirigió el agredido y que le originó una reacción impulsiva de agresividad en el inconsciente y su no aceptación en el consciente, la conducta del trabajador es grave y los cargos que se denuncian han de serle atribuibles a título de dolo o negligencia inexcusable. Además, no existe provocación suficiente que permita explicar la reacción del agresor dirigida a ocasionar lesiones graves a su compañero de trabajo con un instrumento tan contundente como un martillo con el que le golpeó en la frente. Por ello, es acreedor de la sanción de despido al encontrarse subsumida su conducta grave y culpable en el artículo 54.2.c) ET¹¹⁴⁶.
- Cuando en la cocina del hotel donde prestaba sus servicios, decide maltratar físicamente a otro compañero “*propinándole un bofetón en la cara, empujones y amenazándole con un cucharón con intención de agredirle con el mismo*”¹¹⁴⁷.

3.2.5 Amenazas

Generalmente, las ofensas verbales y físicas suelen ir acompañadas de amenazas. Se considera también despido disciplinario procedente por amenazas las conductas consistentes en:

¹¹³⁹ STS 1 de octubre de 1979 [RJ 1979, 3356].

¹¹⁴⁰ STS 9 de octubre de 1980 [RJ 1980, 3977].

¹¹⁴¹ STS 27 de octubre de 1980 [RJ 1980, 4047].

¹¹⁴² STS 27 de febrero de 1986 [RJ 1986, 944].

¹¹⁴³ STS 19 de febrero de 1987 [RJ 1987, 1071].

¹¹⁴⁴ STS 14 de junio de 1988 [RJ 1988, 5294].

¹¹⁴⁵ STS 26 de junio de 1989 [RJ 1989, 4844].

¹¹⁴⁶ STS 11 de mayo de 1990 [RJ 1990, 4305].

¹¹⁴⁷ STSJ Cataluña 5 de julio de 2017 [JUR 2017, 261009].

- Decirle al jefe de personal que si *“aquello no se arreglaba por las buenas, él lo arreglaría por las malas”*¹¹⁴⁸.
- Amenazar de muerte al director diciéndole *“te voy a volar la cabeza”*¹¹⁴⁹.
- Penetrar en el despacho del director sin permiso ni autorización alguna, amenazándole de palabra, manifestándole en tono agresivo que *“iba a enterarse de a quién tenía enfrente”*¹¹⁵⁰.
- Solicitar una cantidad económica elevada a cambio de la baja voluntaria, *“ya que en otro caso revelaría secretos que conocía y que podrían perjudicar al banco y al personal directivo del mismo”*¹¹⁵¹.
- Blasfemar e insultar, sacando una pequeña navaja campestre con la que comenzó a golpear los cristales y la carrocería del vehículo al tiempo que amenazaba al jefe y compañeros de trabajo¹¹⁵².
- Amenazar de muerte a un representante de la empresa hallándose armado con un revólver¹¹⁵³.
- Amenazar al encargado de la obra diciéndole que *“nunca se había manchado las manos de sangre ni había matado a nadie, pero que tuviera cuidado”*¹¹⁵⁴.
- Amenazar al jefe del departamento con dos textos escritos anónimos con el siguiente contenido: *“vamos a por ti, caerás renegado”. “Cabrón, el cerco se estrecha no va en broma vas a recibir tu merecido. Nadie está contigo eres un borde te aconsejamos vayas armado será más emocionante. Solemos ganarnos lo que nos pagan”*¹¹⁵⁵.
- Amenazar a los testigos –compañeros de trabajo– al afirmar lo siguiente: *“os juro por mi hija que como me pongan en la calle y aunque me cueste la cárcel, los que han declarado en el juicio se van a acordar de mí”*¹¹⁵⁶.
- Dirigirse al jefe con actitud amenazadora y decirle que *“lo iba a rajear y que debía estar doce metros bajo tierra”*¹¹⁵⁷.
- Sacar una navaja al secretario de la empresa, intentar agredirle y amenazarle diciéndole que *“le iba a mandar al cementerio”*¹¹⁵⁸.
- Manifestar al empresario que si no aceptaba el aplazamiento del juicio *“iba a recibir tantas presiones que no iban a parar hasta llevarle a la ruina”* y que cuando *“él amenazaba, amenazaba de verdad”*¹¹⁵⁹.
- Portar un destornillador y moverlo en actitud violenta con objeto de que el representante de la empresa se ausentara de la cabina en la que había comparecido con otra persona¹¹⁶⁰.
- Amenazar y desafiar a los jefes de seguridad con expresiones como la siguiente: *“si tienes cojones quítate la ropa, sal a la calle”*¹¹⁶¹.

¹¹⁴⁸ STS 11 de abril de 1980 [RJ 1980, 1618].

¹¹⁴⁹ STS 17 de febrero de 1981 [RJ 1981, 718].

¹¹⁵⁰ STS 14 de junio de 1982 [RJ 1982, 4000].

¹¹⁵¹ STS 14 de septiembre de 1982 [RJ 1982, 5001].

¹¹⁵² STS 11 de junio de 1984 [RJ 1984, 3311].

¹¹⁵³ STS 4 de marzo de 1985 [RJ 1985, 1269].

¹¹⁵⁴ STS 9 de diciembre de 1985 [RJ 1985, 6077].

¹¹⁵⁵ STS 29 de abril de 1986 [RJ 1986, 2270].

¹¹⁵⁶ STS 13 de marzo de 1986 [RJ 1986, 1318].

¹¹⁵⁷ STS 6 de noviembre de 1986 [RJ 1986, 6286].

¹¹⁵⁸ STS 14 de enero de 1987 [RJ 1987, 26].

¹¹⁵⁹ STS 2 de abril de 1987 [RJ 1987, 2325].

¹¹⁶⁰ STS 19 de mayo de 1987 [RJ 1987, 3738].

¹¹⁶¹ STS 15 de junio de 1987 [RJ 1987, 4361].

- Realizar manifestaciones constitutivas de intimidación a la empresa con objeto de obligar al abono de una cantidad económica a cambio de no utilizar documentos internos en perjuicio de la misma¹¹⁶².
- Cuando el trabajador en términos amenazantes y ofensivos se dirige a la representante de la empresa de la siguiente manera: “*por cambiarme a mi mujer y a mí de centro de trabajo ya verá que te pasa ahora, puta española, te voy a matar a ti y a tu bebé, ten cuidado por las noches, voy a hablar con mi cuñado y te vamos a matar*”¹¹⁶³.
- Cuando se insulta y amenaza con la frase “*te voy a matar y voy a desaparecer*” cogiendo posteriormente una “*cadena*”¹¹⁶⁴.

3.3 Ofensas verbales y físicas

Para confirmar si nos encontramos ante una ofensa verbal existe una primera cuestión fundamental: la libertad de expresión que la Constitución Española reconoce. El Tribunal Constitucional argumenta que este derecho no cubre el articular juicios de valor claramente ofensivos¹¹⁶⁵; por tanto, queda excluido del ámbito de protección del derecho a la libertad de expresión –consagrado en el artículo 20 CE– el denominado derecho al insulto¹¹⁶⁶, siendo relevante al respecto la existencia de *animus nocendi*¹¹⁶⁷. En efecto, la libertad de expresión no ampara la conducta consistente en proferir insultos o calificativos degradantes¹¹⁶⁸; la realidad social impone que se contemple en la vida de relación un recíproco respeto entre las personas¹¹⁶⁹. Obsérvese como las ofensas verbales deben ser enjuiciadas y valoradas en ese contexto en el que se producen¹¹⁷⁰. Es fundamental buscar el equilibrio entre el derecho del trabajador a manifestar libremente sus opiniones y el respeto al honor y a la dignidad de la persona a la que la declaración verbal se dirige en función del análisis de las expresiones utilizadas, la finalidad perseguida y los medios en que aquellas se producen¹¹⁷¹.

Es preciso analizar si el comportamiento del trabajador se encuentra amparado por el derecho a la libertad de crítica garantizada por el artículo 20.1 de la Constitución Española. Solo descartado este punto podremos entrar a valorar las circunstancias concretas a fin de determinar la gravedad de la conducta y si es merecedora de la máxima sanción. En este sentido, existe una muy consolidada doctrina que podría resumirse del modo siguiente:

¹¹⁶² STS 28 de septiembre de 1987 [RJ 1987, 6408].

¹¹⁶³ STSJ Madrid 17 de abril de 2015 [UR 2015, 132710].

¹¹⁶⁴ STSJ Comunidad Valenciana 24 de enero de 2017 [AS 2017, 752].

¹¹⁶⁵ ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al*: *Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 256.

¹¹⁶⁶ STC 204/1997, de 25 de noviembre [RTC 1997, 204].

¹¹⁶⁷ SASTRE IBARRECHE, R.: “Artículo 54. Despido disciplinario”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al*: *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 767.

¹¹⁶⁸ STSJ Galicia 5 de febrero de 2016 [JUR 2016, 59683].

¹¹⁶⁹ STSJ Andalucía/Sevilla 24 de octubre de 2013 [JUR 2013, 364504].

¹¹⁷⁰ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 37.

¹¹⁷¹ ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al*: *Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 256.

1) El empleado ostenta el mencionado derecho del que no puede verse despojado por el mero hecho de su vinculación laboral: “*la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano*”¹¹⁷².

2) Sin embargo, estamos ante derechos limitados tanto por condicionantes internos como externos; en especial, el respeto a otros derechos constitucionalmente protegidos así como de los propios límites que dimanen del contrato de trabajo. Por ejemplo, el derecho al honor representa el principal límite a la libertad de expresión¹¹⁷³. El derecho a la libertad de crítica es una de las facetas de la libertad de expresión e información y es entendida como un instrumento de “*censura de las acciones o de la conducta ajena o el conjunto de opiniones expuesta sobre cualquier asunto*”¹¹⁷⁴. El ejercicio del derecho a la libertad de expresión justifica la manifestación de pensamientos, ideas y opiniones; lo que no significa la facultad de emplear insultos o calificativos degradantes. El artículo 20 de la Constitución Española no reconoce un derecho al ejercicio de ofensas que sería incompatible con la norma fundamental. No cabe duda de que la emisión de apelativos formalmente injuriosos en cualquier contexto e innecesarios para la labor informativa o de formación de la opinión convidada supone inferir una lesión injustificada a la dignidad de las personas –artículo 10 CE– o al prestigio de las instituciones: ciertamente, “*una cosa es efectuar una evaluación personal, por desfavorable que sea, de una conducta con ocasión de la narración de la misma, y otra cosa muy distinta emitir expresiones, afirmaciones o calificativos claramente vejatorios desvinculados de esa información y que resultan proferidos, gratuitamente, sin justificación alguna*”¹¹⁷⁵. Lo normal es despedir al trabajador cuando utilice este tipo de expresiones en base al artículo 54.2.c) ET, aunque en algunos casos esa conducta da lugar a su despido por transgresión de la buena fe contractual –artículo 54.2.d) ET– lo que demuestra, una vez más, el carácter expansivo de esta última causa justa¹¹⁷⁶.

3) Los límites de la libertad de expresión han de ser determinados en función del análisis de las expresiones empleadas, la finalidad perseguida y los medios en que aquélla se producen de forma que tan solo sean sancionables conductas que impliquen un abuso del ejercicio de aquel derecho: no puede justificarse “*el empleo de expresiones o apelativos insultantes, injuriosos o vejatorios que exceden del derecho de crítica y son claramente atentatorios para la honorabilidad de aquel cuyo comportamiento o manifestaciones se critican, incluso si se trata de persona con relevancia pública, pues la Constitución no reconoce el derecho al insulto*”¹¹⁷⁷. La Constitución “*no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería por lo demás incompatible con la dignidad de la persona que se proclama en el artículo 10.1 del texto fundamental*”¹¹⁷⁸.

A partir del cambio jurisprudencial –que se inicia en el año 1985– se les otorga a los representantes de los trabajadores una mayor amplitud en su comportamiento en

¹¹⁷² STC 56/2008, de 14 de abril [RTC 2008, 56].

¹¹⁷³ IGARTUA MIRÓ, M^a. T.: “Ofensas verbales o físicas”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., pp. 91 y 92.

¹¹⁷⁴ STS 23 de septiembre de 1982 [RJ 1982, 5264].

¹¹⁷⁵ STC 29/2009, de 26 de enero [RTC 2009, 29].

¹¹⁷⁶ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., p. 217.

¹¹⁷⁷ STS 31 de octubre de 2005 [RJ 2005, 7193].

¹¹⁷⁸ STC 105/1990, de 6 de junio [RTC 1990, 105].

comparación con los otros empleados: no toda falta cometida “*por quien está investido de funciones de representación de los trabajadores, por solo tal condición, lleva consigo una agravación de la responsabilidad; porque si bien es exigible mesura y ponderación en su comportamiento, tampoco puede olvidarse que precisamente en ocasión del desempeño de tales funciones, por mantener posturas contrarias a la de la empresa en determinadas ocasiones, puede suscitar un mayor encono que insensiblemente les lleve a unas posiciones marginales, rayanas en el ilícito laboral*”¹¹⁷⁹. Actualmente a los representantes de los trabajadores se les suele reconocer un margen mayor de libertad y discrecionalidad en el ejercicio de su derecho de libertad de expresión o crítica¹¹⁸⁰, aún en el supuesto en que se produzcan expresiones soeces u ordinarias contra la dirección empresarial¹¹⁸¹.

Para poder ser constitutiva de causa de despido se exige que las ofensas verbales entrañen un ataque frontal al honor del ofendido que sea de entidad suficiente como para entender razonablemente que la convivencia y relación entre insultante e insultado ya no va a resultar posible en el seno de la empresa¹¹⁸². De las propias expresiones usadas por el trabajador, como regla general, se puede derivar la existencia del ánimo de ofender a otra persona¹¹⁸³, sobre todo, cuando éstas sean ofensivas y conlleven grave menosprecio¹¹⁸⁴. No obstante, ha de tenerse muy presente el propio contexto de las mismas. Así ocurre con las amenazas que a diferencia de los insultos tienen la eficacia de complicar gravemente la convivencia entre las personas, ya que deja en la impresión personal y subjetiva del que la recibe, un temor fundado a que, en un futuro, pueda consumarse la agresión que se advertía¹¹⁸⁵. Sin embargo, no se considera causa suficiente para despedir aquellas frases amenazantes articuladas en una determinada controversia en el que puede proliferarse un estado emocional alterado que influye en la aptitud de su autor¹¹⁸⁶.

La valoración de la ofensa se ha de realizar teniendo presente aquellas acotaciones socio-culturales del trabajador y de su entorno porque no en todos los ambientes el uso de las mismas palabras tiene similar importancia, significación y trascendencia¹¹⁸⁷: “*una misma palabra, acto o gesto puede, revestir la máxima gravedad en una determinada situación y carecer absolutamente de ella en otras*”¹¹⁸⁸. Ocurre en los textos escritos en donde deben analizarse las frases contenidas de acuerdo con su correspondencia en el lenguaje vivo, no en el lenguaje estrictamente formal o judicial. En otros términos, en su propio valor extrajudicial, atendiendo al lenguaje vulgar y de comunicación ordinaria, pues solo así cabrá precisar si tiene entidad y gravedad suficiente para merecer la máxima sanción que entraña el despido¹¹⁸⁹. En este sentido, si se proyecta una imputación de estafa podría entenderse –del contexto en el

¹¹⁷⁹ STS 17 de diciembre de 1985. [RJ 1985, 6132].

¹¹⁸⁰ STC 81/1983, de 10 de octubre [RTC 1983, 81], STC 69/1989, de 20 de abril [RTC 1989, 69] y STC 198/2004, de 15 de noviembre [RTC 2004, 198].

¹¹⁸¹ STSJ Canarias/Las Palmas 30 de marzo de 2005 [AS 2005, 856].

¹¹⁸² ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al: Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 256.

¹¹⁸³ STS 20 de febrero de 1991 [RJ 1991, 855].

¹¹⁸⁴ STS 24 de junio de 1987 [RJ 1987, 4626].

¹¹⁸⁵ STSJ País Vasco 16 de noviembre de 2004 [AS 2004, 3787].

¹¹⁸⁶ STSJ Madrid 25 de enero de 2005 [AS 2005, 90].

¹¹⁸⁷ STSJ Castilla y León/Burgos 22 de junio de 2016 [JUR 2016, 177542] y STSJ Castilla y León/Valladolid 14 de febrero de 2005 [JUR 2005, 109700].

¹¹⁸⁸ STS 6 de abril de 1990 [RJ 1990, 3121].

¹¹⁸⁹ STS 8 de noviembre de 1984 [RJ 1984, 5825].

que se realiza— en sentido vulgar o común de la palabra y no en el delictivo¹¹⁹⁰. O cuando en un conflicto laboral abierto se califica de fascistas, explotadores o criminales a los órganos de dirección de la empresa¹¹⁹¹.

Por otro lado, la jurisprudencia viene entendiendo que cuando las ofensas se realizan por escrito se ha tenido ocasión de meditar y deliberar tranquilamente, no pudiendo equipararse el texto escrito a una situación de excitación temporal, teniendo relevancia la publicidad de las expresiones vertidas¹¹⁹². La escritura, a diferencia de la palabra, es más reflexiva, fría en el ánimo y calculada al margen de la espontaneidad e incontinencia verbal¹¹⁹³. Su redacción permite medir y sopesar el alcance y significación de cada una de las palabras teniendo ocasión para reprimir la indignación que pueda sentirse¹¹⁹⁴. En efecto, las ofensas escritas exigen reflexión en quien las escribe lo que se traduce en una mayor gravedad al permitir su redacción medir el alcance y significado de cada una de las palabras. Cuando la ofensa se realiza por escrito “*la reflexión precede a lo que se expresa*” lo que le convierte en “*exponente de una mayor gravedad*”¹¹⁹⁵.

Existen cuantitativos factores que valorativamente y acompañando a la ofensa verbal contribuyen a esclarecer la verdadera intención del trabajador y a determinar la gravedad de la ofensa, entre los que destacan, el lugar en que se produce la ofensa y la presencia del ofendido¹¹⁹⁶. Es importante el lugar en el que la ofensa es proferida y si ésta ha sido producida en presencia de compañeros de trabajo o terceras personas. Si las ofensas son pronunciadas fuera de la empresa y de la jornada pactada poseerán relevancia disciplinaria solo cuando hayan sido motivadas por una circunstancia laboral: trabajadora que siguiendo a la encargada del centro en que prestaba servicios se dirige a ella en la puerta de su domicilio, “*profiriendo expresiones ofensivas para la misma y su familia y promesas de daños futuros para su persona*”¹¹⁹⁷. Ocurre lo contrario cuando se enmarca en el ámbito de la relación privada: trabajador que “*en ocasión de dirigirse con tres compañeros de trabajo a la sede del Instituto Nacional de Industria para oír una conferencia sobre seguridad, uno de ellos, superior suyo*”, le dice al otro, “*que en su opinión al cumplir los 65 años debía marcharse de la empresa, a lo que aquél le contestó que el que debía marcharse era él, que era un inútil*”. Actitud del trabajador que debe enmarcarse más que en el contexto de una relación laboral en la relación particular y privada entre compañeros. Las frases que el trabajador profirió, “*si bien destempladas y no apropiadas al respeto recíproco que debe presidir las relaciones humanas, deben enmarcarse en la esfera de relación privada existente entre ellos; ya que un comentario que no tiene relevancia laboral, no debe trascender a la relación de trabajo*”¹¹⁹⁸. Si las frases son ofensivas y se realizan en presencia de terceras personas

¹¹⁹⁰ STSJ Extremadura 21 de abril de 2005 [AS 2005, 890].

¹¹⁹¹ STSJ Madrid 14 de octubre de 1992 [AS 1992, 4916].

¹¹⁹² GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 36.

¹¹⁹³ GARCÍA NINET, J. I.: “Ofensas verbales o físicas al empresario o a otras personas del entorno empresarial”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 176.

¹¹⁹⁴ STS 3 de octubre de 1985 [RJ 1985, 4655].

¹¹⁹⁵ STS 24 de noviembre de 1987 [RJ 1987, 8054] y STSJ Cantabria 31 de julio de 2001 [AS 2001, 3057].

¹¹⁹⁶ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., pp. 200 y ss.

¹¹⁹⁷ STS 30 de marzo de 1988. [RJ 1988, 2412].

¹¹⁹⁸ STS 12 de julio de 1986 [RJ 1986, 4031].

como clientes o público en general¹¹⁹⁹, la jurisprudencia no es dubitativa con la gravedad de la falta cometida y de los perjuicios que la misma causa al empresario: es procedente el despido “*cuando en el lugar de trabajo, en presencia del resto de los trabajadores, al serle llamada la atención sobre una operación con el camión que manejaba*”, el empresario recibe una “*respuesta desairada e insultante del trabajador*”¹²⁰⁰. La gravedad de la ofensa se atenuará cuando esta carezca de publicidad –las realizadas en ámbito privado–¹²⁰¹: la expresión proferida por el trabajador, “*que en otro contexto y circunstancias podría ser calificada de falta acreedora al despido*”, es una “*expresión procaz que con apariencias de desafío, sólo es protesta ineducada sin intencionalidad ni trascendencia grave al consumarse la falta en la intimidad del despacho*”¹²⁰². Por contra, la conducta se encontrará agravada cuando se produzca la intervención de un medio de comunicación¹²⁰³. La presencia de la persona a quien va dirigida la ofensa también es una circunstancia importante a la hora de valorar la gravedad; no por ello atenuante de la culpabilidad del trabajador ofensor –aunque en ocasiones se atenúe la culpabilidad¹²⁰⁴–. Lo importante es que la ofensa esté dirigida a una persona física o jurídica, concreta y determinada, pues si las ofensas son generales, sin destinatario identificativo, la extinción de la relación laboral del empresario será declarada improcedente: “*las frases indicadas por su generalidad e inconcreción no pueden aplicarse a persona determinada*”¹²⁰⁵.

Más sencillo resulta –por sus consecuencias y reproche social– el análisis de las ofensas físicas –apartándonos en este momento del desarrollado para las ofensas verbales–. En materia de ofensas físicas, entendidas como aquel injusto ataque material de un sujeto a otro hiriendo su integridad corporal, la apuesta de los tribunales es la de considerar tales actos como transgresiones contractuales graves del ámbito laboral: “*nunca las agresiones físicas han sido consideradas como una transgresión contractual leve para la que fuese desproporcionada la sanción laboral de despido, a no ser que hubieran sido precedidas de una provocación adecuada*”, o bien, “*si las agresiones físicas fueron mutuas sin que pudiera atribuirse a uno de los contendientes la condición de provocador*”¹²⁰⁶. En efecto, las agresiones físicas son siempre consideradas graves en el ámbito laboral –al igual que lo son también en la convivencia social– teniendo el empresario derecho a despedir al trabajador que ha agredido físicamente a otro: jurisprudencia mantenida desde la Ley del Contrato de Trabajo; solo la existencia de alguna posible atenuante de la culpabilidad del empleado podrá hacer que el despido se declare improcedente¹²⁰⁷. Aunque las ofensas físicas son consideradas transgresiones contractuales graves para que constituyan causa de despido no es preciso que, a su vez, sean constitutivas de delito o falta¹²⁰⁸. Obviamente es imposible demostrar que no había ánimo u osadía de ofender cuando nos encontramos ante una agresión física. No obstante, ofensa física no se identifica con contacto físico, ni la ausencia del contacto físico excluye la ofensa.

¹¹⁹⁹ STSJ Cataluña 30 de enero de 2003 [JUR 2003, 55675].

¹²⁰⁰ STS 16 de octubre de 1984 [RJ 1984, 5281].

¹²⁰¹ STS 16 de mayo de 1991 [RJ 1991, 4171].

¹²⁰² STS 9 de abril de 1990 [RJ 1990, 3429].

¹²⁰³ STSJ Galicia 6 de abril de 1995 [AS 1995, 1499].

¹²⁰⁴ STSJ Aragón 10 de diciembre de 2002 [JUR 2003, 33476].

¹²⁰⁵ STS 9 de junio de 1982 [RJ 1982, 3949].

¹²⁰⁶ STSJ Cataluña 3 de febrero de 2005 [AS 2005, 657].

¹²⁰⁷ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., p. 211.

¹²⁰⁸ STS 23 de diciembre de 1999 [RJ 1999, 10085].

3.4 Valoración de la gravedad y culpabilidad

Esta causa de despido responde a la necesidad de sancionar aquellos actos con los que se quebrante de forma cualificada la disciplina laboral. Para proceder a la valoración de su gravedad los tribunales esbozan una línea divisoria entre lo que son ofensas verbales y lo que son ofensas físicas por medio de criterios y principios de estimación de la gravedad en cada uno de los incidentes que analizan¹²⁰⁹, pero siempre teniendo en cuenta el *animus injuriandi*¹²¹⁰. Además, aunque el precepto que nos encontramos analizando utilice el término de ofensas –en plural– es jurisprudencia reiterada la no exigibilidad de varias ofensas, pudiéndose afirmar que con una única y aislada ofensa –en singular– concurre gravedad suficiente como para estimar el despido disciplinario procedente¹²¹¹.

Las ofensas físicas –lesivas, humillantes o sexuales– normalmente se estiman graves por los tribunales¹²¹². Por tanto, y salvo que concurra alguna causa justificativa subjetiva del autor de la ofensa física, el despido será declarado procedente. Las agresiones lesivas se consideran siempre graves en el ámbito laboral¹²¹³, al igual que intentar atropellar a un compañero de trabajo¹²¹⁴, o emplear un arma blanca para una agresión¹²¹⁵, o escopeta¹²¹⁶. En relación a las agresiones que hemos denominado como humillantes los tribunales sostienen la gravedad de toda agresión, incluso aunque ésta consista en una “*simple bofetada en el rostro*”¹²¹⁷, pues una agresión en ningún caso tiene justificación¹²¹⁸. Las agresiones sexuales –por débiles que éstas sean– poseen dimensión suficiente y apta como para justificar cualquier despido como disciplinario: por ejemplo, en casos de simples tocamientos es “*innecesario insistir en que constituyen una total falta de respeto a la intimidad y dignidad de las afectadas*”¹²¹⁹. En lo concerniente a las detenciones y coacciones con naturaleza de ofensa física los tribunales declaran estas conductas aptas para calificar el despido procedente: por ejemplo, simples “*acciones e injurias a los compañeros para impedir entrar al centro de trabajo*”¹²²⁰ o “*hacer efectivo su derecho por las vías de hecho, coaccionando y amenazando al gerente para que imperativamente haga algo inmediatamente*”¹²²¹.

El análisis de la valoración de las ofensas verbales resulta mucho más complejo. Al igual que ocurre con las ofensas físicas, en principio, tan solo basta con una única ofensa verbal para que ésta posea la gravedad suficiente con la que sustentar la procedencia del despido. Aún así es conveniente añadir que la reiteración e insistencia de las ofensas incrementa la gravedad de la conducta debido a la “*situación persistente*”

¹²⁰⁹ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 168.

¹²¹⁰ STSJ Madrid 2 de febrero de 2017 [AS 2017, 243] o STSJ Cataluña 28 de febrero de 2011 [JUR 2011, 181107].

¹²¹¹ STSJ Madrid 21 de abril de 2003 [AS 2003, 3159].

¹²¹² *Vid.* SEMPERE NAVARRO, A. V.: “El despido por ofensas en la doctrina judicial gallega”, en *Aranzadi social*, núm. 5, 1999, pp. 1005 y ss.

¹²¹³ STSJ Cataluña 18 de julio de 2003 [JUR 2003, 213612].

¹²¹⁴ STSJ Cataluña 12 de diciembre de 2002 [AS 2003, 192].

¹²¹⁵ STSJ Comunidad Valenciana 12 de julio de 2001 [AS 2002, 516].

¹²¹⁶ STSJ Madrid 4 de julio de 2000 [JUR 2000, 285493].

¹²¹⁷ STSJ Asturias 7 de marzo de 2003 [JUR 2003, 175857].

¹²¹⁸ STSJ País Vasco 4 de febrero de 2003 [JUR 2003, 122046].

¹²¹⁹ STSJ Baleares 20 de junio de 2000 [AS 2000, 3352].

¹²²⁰ STS 23 de diciembre de 1989 [RJ 1989, 9262].

¹²²¹ STSJ Cataluña 20 de enero de 1994 [AS 1994, 151].

en el tiempo”¹²²² o una “actitud contumaz y reiterada”¹²²³. Las amenazas, el acoso y las calumnias constituyen ofensas verbales de gravedad suficiente con la que poder justificar y razonar el despido disciplinario. No obstante, la valoración de la gravedad se deberá analizar particularmente, caso por caso por los tribunales, teniendo muy presente el contexto en el que se desarrollan y las circunstancias atenuantes o agravantes existentes.

En las cuestiones situadas en el área disciplinaria o sancionadora de esta rama del ordenamiento jurídico han de sopesarse todos los aspectos –objetivos y subjetivos– que engloban a la situación. Los más elementales principios de justicia exigen una perfecta proporcionalidad y adecuación entre el hecho cometido, la persona activa y la sanción impuesta; y en este orden de cosas no puede operarse objetiva y automáticamente sino que se ha de averiguar la auténtica realidad jurídica a través de un análisis específico e individualizador de cada caso concreto con valor predominante del factor humano¹²²⁴.

Además, si la teoría gradualista es aplicable en todo el ámbito del despido disciplinario, una de sus más frecuentes invocaciones se producen cuando se trata de subsumir los hechos imputados al trabajador en el artículo 54.2.c) ET: lo que este precepto aprecia como ofensas verbales viene a constituir el sustento de lo que en Derecho Penal da lugar al delito de injurias, por lo que habrá que atenderse a los factores subjetivos que intervienen en el hecho, la intención del trabajador –que exige un claro ánimo de injuriar– y el momento o circunstancias en el que se desarrolle¹²²⁵.

Debe consistir en una conducta del empleado que consciente y deliberadamente pretenda ofender a alguna de las personas a las que se refiere la ley sin que se precise perjuicio económico alguno para la empresa¹²²⁶. En suma, la inclusión de dicha falta laboral tanto en su actual formula –“ofensas verbales o físicas”– como en su equivalente anterior –“malos tratamientos de palabra u obra o falta grave de respeto y consideración”– responden a la necesidad de mantener el clima de mutuo respeto, imprescindible en la comunidad laboral, así como eludir la indisciplina y desorden incompatibles con el rendimiento efectivo del trabajador: “*dado que la finalidad del despido disciplinario cuando existen ofensas o peleas entre compañeros de trabajo, es la protección de la convivencia laboral entre las personas que se encuentran obligadas a pasar muchas horas al día juntas, el que ambos trabajadores, que ya tenían rencillas anteriores, se negaran a reconciliarse por mediación de la empresa, implica una circunstancia de peligro potencial ante la que el empresario no está obligado a someterse, pues recae sobre él mismo la obligación de mantener un ambiente de trabajo adecuado, que no existe si las personas que allí trabajan juntas son incapaces de resolver sus diferencias por vías distintas a las de la violencia*”¹²²⁷. Al final el empresario es el deudor de la seguridad y salud en el centro de trabajo lo que

¹²²² STSJ Comunidad Valenciana 2 de marzo de 2000 [AS 2000, 2975].

¹²²³ STSJ Andalucía/Granada 16 de octubre de 1998 [AS 1998, 4438].

¹²²⁴ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 36.

¹²²⁵ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., p. 199.

¹²²⁶ CARRO IGELMO, A. J.: *El despido disciplinario*, cit., p. 111.

¹²²⁷ STSJ Comunidad Valenciana 27 de abril de 2004 [AS 2004, 3644].

inapelablemente incluye la protección de sus trabajadores; incluso pudiéndose exigir responsabilidad solidaria a la empresa por su pasividad en la conducta¹²²⁸.

Para justificar el despido disciplinario, la ofensa del artículo 54.2.c) ET, además de ser grave, debe ser culpable. Para una adecuada valoración de la culpabilidad se han de analizar los siguientes elementos: en primer lugar, la imputación de la acción ofensiva al trabajador; en segundo lugar, el estado subjetivo y personal del empleado en el momento de realizar el incumplimiento laboral¹²²⁹.

Sobre la primera cuestión –imputación de la acción ofensiva al trabajador– el empleado puede incurrir en incumplimiento laboral grave y culpable aunque no sea el autor material de la ofensa verbal o física: los tribunales judiciales consideran que el trabajador que no ha sido autor material de los hechos debe responder disciplinariamente por las ofensas cometidas por terceros ajenos a la empresa siempre que tengan un vínculo personal con el trabajador¹²³⁰, o cuando se pueda demostrar que el trabajador ha sido quien ha ideado el plan¹²³¹, o cuando el empleado impulsa a un tercero a cometer las ofensas¹²³², o cuando el trabajador permanece de manera indiferente permitiendo el desarrollo de las mismas¹²³³, más si la persona que comete la infracción es allegada del trabajador y éste último no muestra discrepancia hacia esa actitud, lo que permite presumir que ha sido el empleado quién ha inducido a cometerla¹²³⁴, a excepción de que tales ofensas sean instantáneas o momentáneas –en otros términos, producido en un brevísimo lapso de tiempo que no da lugar a reacción alguna–¹²³⁵.

No obstante, en ocasiones, la falta de prueba sobre estos extremos imposibilita derivar la responsabilidad hacia el empleado sin que pueda ser deducida por el mero hecho del parentesco entre el trabajador despedido y la persona que comete la ofensa¹²³⁶. En efecto, no puede culparse a una trabajadora de la ofensa cometida por el marido cuando la misma se encontraba enferma en su casa, sin que pueda presumirse “*la existencia de una conformidad o tácita aquiescencia con la conducta de su esposo que había acudido sólo a la empresa a fin de entregar el parte de baja de su mujer, por lo que de los hechos que provocó él mismo no puede ser responsable, en modo alguno, la trabajadora que ninguna actitud activa o pasiva podía mantener ante actos en los que no estaba presente ni podía, siquiera, presumir*”¹²³⁷.

En otros supuestos cabe exigir responsabilidad por negligencia al trabajador que no ha sido autor material de la ofensa pero sí ha contribuido a ella: conociendo la trabajadora “*el carácter y temperamento de la persona que le acompañaba, aquélla*

¹²²⁸ STSJ Canarias/Tenerife 27 de septiembre de 2017 [AS 2017, 1496].

¹²²⁹ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al*: *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 170.

¹²³⁰ Por ejemplo, amigos o familiares

¹²³¹ Un ejemplo lo encontramos en la STSJ Extremadura 20 de febrero de 2003 [JUR 2003, 157556], consistente en que la trabajadora amenaza con la intervención de su esposo, policía local, quien efectivamente acaba interviniendo.

¹²³² STSJ Madrid 5 de mayo de 1995 [AS 1995, 2189].

¹²³³ STSJ Madrid 25 de marzo de 1999 [AS 1999, 5082].

¹²³⁴ Lo que puede ser objeto de crítica. *Vid.* SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Problemas particulares sobre el poder disciplinario y las sanciones en la empresa”, en *Tribuna Social*, núm. 63, 1996, p. 69.

¹²³⁵ STSJ Canarias/Tenerife 17 de noviembre de 1997 [AS 1997, 4158].

¹²³⁶ STSJ Comunidad Valenciana 1 de julio de 1999 [AS 1999, 4839].

¹²³⁷ STSJ Extremadura 27 de octubre de 2000 [JUR 2001, 27285].

contribuyó a generar un ambiente de tensión, que fue incrementándose en el curso de la discusión”, lo que motivó que el acompañante “*intentara agredir al responsable de la empresa*”, y pese a que la empleada conocía la naturaleza impulsiva del agresor decidió acudir con éste a una reunión para tratar “*cuestiones relacionadas por discrepancias entre las partes con el salario que venía percibiendo*”, supuesto en el que hemos de reprochar a la trabajadora, pese a que ella no cometió la agresión, “*el incumplimiento contractual que se le imputa en la carta de despido*” dado que su actuación ha sido indolente¹²³⁸.

Si las ofensas son articuladas por uno o varios empleados con el asentimiento del resto de los trabajadores presentes por actitud pasiva, también puede exigirse corresponsabilidad en las faltas, lo que permite el despido de todos los trabajadores: si bien es cierto que las faltas fueron proferidas “*por dos trabajadores distintos*”, al asentar los demás empleados, se “*transforma a estos últimos por su actitud pasiva y aquiescencia en corresponsables de dicha falta*”¹²³⁹. No obstante, también puede ocurrir que “*la responsabilidad de cada uno pueda ser distinta y aun inexistente para alguno, puesto que al no tratarse de una responsabilidad objetiva, las circunstancias concurrentes respecto de cada uno de sus autores pueden llevar a tal conclusión*”¹²⁴⁰.

Sobre la segunda cuestión –estado subjetivo y personal del trabajador que comete la ofensa– se trata del medio más usado por los tribunales para aminorar la gravedad y culpabilidad de la ofensa del artículo 54.2.c) ET consistente en aplicar la doctrina gradualista ambientada en factores humanos y ambientales. Cuanto mayor es la pérdida o privación del dominio subjetivo de la acción, mayores son las probabilidades de que el tribunal estime la improcedencia del despido¹²⁴¹; pero cuanto más grave e importante es la ofensa cometida mayor habrá de ser la pérdida del dominio de la acción. La provocación previa y los trastornos o desórdenes psíquicos son las situaciones que más pérdida del dominio de la acción causan por lo que más graves y embarazosas ofensas permiten justificar¹²⁴², siendo las más importantes causas de exención o limitación de responsabilidad en las ofensas. Veámoslas:

a) Provocación previa. Se declara improcedente el despido disciplinario de un trabajador que con una barra de hierro agrede a otro compañero porque “*hacía meses que venía provocando verbalmente*” al agresor. Además, ante la situación de tensión en la relación laboral, el ofensor ya “*había solicitado de su superior jerárquico*” un cambio de turno “*que la empresa había aceptado e iba a hacer efectivo el lunes siguiente a acaecer los hechos*”. Sin embargo, días antes de efectuar el cambio de horario, el agredido “*empezó a realizar comentarios irónicos acerca de la forma de trabajar*” del agresor, por lo que éste perdiendo “*los nervios, paró su máquina y se dirigió al puesto*” de su compañero, “*lugar en el que ambos se enzarzaron en una discusión y se agredieron mutuamente*”, pero en el transcurso de la pelea, el despedido “*cogió una barra de hierro y golpeó a su contrincante*” causándole “*una herida en la cabeza, que precisó cuatro puntos de sutura, y otra en la cara*”. Lo expuesto justifica que, “*en base a las circunstancias del caso concreto, y sin prescindir del dato de tratarse de persona*

¹²³⁸ STSJ Cataluña 8 de abril de 2003 [AS 2003, 1737].

¹²³⁹ STSJ Castilla y León/Valladolid 9 de diciembre de 1993 [AS 1993, 5335].

¹²⁴⁰ STS 17 de noviembre de 1988 [RJ 1988, 8598].

¹²⁴¹ STSJ Andalucía/Málaga 5 de julio de 2017 [JUR 2017, 261009].

¹²⁴² GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 172.

*que presta servicios desde el año 1977 sin antecedente alguno desfavorable, debe sostener la improcedencia de calificar los hechos como constitutivos de la falta muy grave imputada en la carta de despido*¹²⁴³.

También es improcedente el despido del trabajador que *“fue increpado de forma violenta y amenazante por su compañero de trabajo que lo tuvo paralizado durante unos minutos, ocasionándole una tensión muy fuerte que le hizo reaccionar de forma instintiva y sin premeditación, cogiendo la pistola”*. La reacción se produjo inmediatamente *“después de estar paralizado durante unos minutos, al mismo tiempo que dos compañeros le liberaron del compañero”*. Por tanto, *“es circunstancia atenuante la actitud del compañero de trabajo que fue la que produjo una alteración en su comportamiento y le ocasionó una alteración de ánimo perturbadora de su serenidad que determina que no pueda producirse un desplazamiento de la responsabilidad hacia el mismo, siendo ajustada a derecho la aplicación de la teoría gradualista”*¹²⁴⁴.

En efecto, dos son los requisitos que ha de reunir la provocación precedente para que la doctrina gradualista pueda eximir o limitar la responsabilidad disciplinaria del trabajador despedido, a saber: que sea una provocación suficiente y que la reacción ofensiva del trabajador provocado sea inminente¹²⁴⁵.

Por tanto, también hay que diferenciar las ofensas que han sido vertidas con ánimo sereno y reflexivo de aquellas otras que preceden de la ofuscación y el descontrol: para confirmar que el trabajador tiene el ánimo conturbado no debe haber pasado tiempo suficiente para reflexionar. En otros términos, no es la misma actitud la del trabajador que se encuentra en estado de excitación: las consecuencias en ofensas desarrolladas a lo largo de discusiones, enfados y situaciones de nerviosismo son menores. *“Las expresiones pronunciadas, han de ser valoradas no aisladamente, sino en las circunstancias que sobrevienen”*¹²⁴⁶. En suma, se atenúa la trascendencia y los reproches jurídicos que merecen las ofensas verbales proferidas en ocasión de discusiones, enfados fugaces y situaciones de nerviosismo¹²⁴⁷.

Encontramos situaciones en las que una provocación consistente en una ofensa verbal –insulto, falta de respeto o amenaza– puede ser respondida con otra ofensa verbal¹²⁴⁸. Pero los tribunales van más allá y hay ocasiones en los que justifican una agresión física por haberse encontrado antecedida de injurias verbales: la agresión física a un compañero no puede acarrear *“la máxima sanción aplicable por el empresario, cuando el agredido previamente ha insultado al agresor con expresiones ciertamente ofensivas, injuriosas, suficientes para provocar en él una alteración de ánimo, perturbadora de la serenidad que la persona siempre debe mantener”* y *“que transforme en un acto de inmediata agresión física la indignación que el insulto*

¹²⁴³ STSJ Castilla y León/Valladolid 30 de abril de 1996 [AS 1996, 1316].

¹²⁴⁴ STSJ Madrid 28 de febrero de 2007 [JUR 2007, 150935].

¹²⁴⁵ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 173.

¹²⁴⁶ STS 26 de mayo de 1983 [RJ 1983, 2422].

¹²⁴⁷ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del Despido Disciplinario y su Valoración por la Jurisprudencia*, cit., pp. 209 y 210.

¹²⁴⁸ STSJ Cataluña 23 de octubre de 2002 [AS 2002, 4160].

recibido le ha provocado”, calificando el despido como improcedente¹²⁴⁹. O cuando el jefe “*visiblemente nervioso y alterado de forma inusual*” increpa al empleado negándole éste “*su participación en dicho incidente pese a lo cual el jefe siguió insistiendo increpándole y el trabajador negando cada vez más alterado*”, hasta que le dijo al trabajador, de manera desafiante, “*que si no tenía huevos y éste respondió con un puñetazo al jefe, lo cual fue observado por los compañeros*”¹²⁵⁰. Para que la provocación verbal pueda justificar y disculpar una agresión física posterior, las ofensas han de ser de tal entidad que realmente ofendan al trabajador, lo vejen, lo humillen, lo ridiculicen o lo denigren; condiciones que no se reúnen cuando la agresión física simplemente ha precedido una situación de controversia sobre cuestiones del trabajo¹²⁵¹. Sobre la inminente reacción y oposición a la provocación, no pierde la entidad de inmediatez cuando la conducta provocadora venga desarrollándose por un período largo de tiempo –verbigracia, varios meses¹²⁵²–. Es más, las reiteraciones e insistencias de las provocaciones hacen que la respuesta pueda ser incluso más grave¹²⁵³.

Cuando las situaciones de provocación concluyen en auténticas riñas mutuas y recíprocas, sean verbales o físicas, los tribunales tienen establecido el principio de inclinarse por la improcedencia del despido disciplinario¹²⁵⁴: la agresión de un empleado a un compañero de trabajo que se produjo, “*no de forma aislada, repentina e injustificada, sino en el contexto de una riña entre ambos provocada por una frase ciertamente ofensiva*”, no se considera argumento suficiente para extinguir la relación laboral, por lo que “*la sanción de despido es desproporcionada a la gravedad de la falta cometida, sin perjuicio de que la misma pueda ser corregida de forma más proporcionada como una falta de menor entidad*”¹²⁵⁵. Una provocación y el enfrentamiento mutuo entre dos compañeros en el que solo “*se sancione al vencedor de la reyerta*” cuando los dos trabajadores intervinieron en la disputa, revela, de forma clara, evidente y patente, “*un tratamiento desigual*” por la empresa a la que en consecuencia “*no le es dado invocar ni pretender un resultado jurídicamente igualitario cuando de hecho y en la realidad establece la desigualdad*”¹²⁵⁶.

b) Pérdida de dominio por trastornos o desórdenes psíquicos. La situación de trastorno psíquico es otro de los componentes eximentes o atenuantes –total o parcialmente– de la responsabilidad disciplinaria del trabajador. Los trastornos psíquicos son estados patológicos o anómalos del trabajador perfectamente compaginables con su trabajo. Cuando el trabajador sufre algún desequilibrio psíquico que le prive del dominio sobre sí mismo y del conocimiento de sus actos no puede exigírsele plena culpabilidad por las ofensas vertidas. Estas circunstancias subjetivas del empleado han de valorarse partiendo de que su culpabilidad se verá menguada por la concurrencia de causa inhabilitante para un discernimiento pleno. La personalidad del

¹²⁴⁹ STS 5 de octubre de 1983 [RJ 1983, 5046]. En este mismo sentido, STSJ Cataluña 12 de febrero de 2001 [AS 2001, 1569], STSJ Castilla y León/Valladolid 30 de abril de 1996 [AS 1996, 1316], STSJ Madrid 30 de julio de 1992 [AS 1992, 3754] y STSJ Castilla-La Mancha 27 de mayo de 1992 [AS 1992, 2366].

¹²⁵⁰ STSJ Madrid 30 de julio de 1992 [AS 1992, 3754].

¹²⁵¹ STSJ Andalucía/Málaga 13 de diciembre de 1996 [AS 1996, 4072].

¹²⁵² STSJ Castilla y León/Valladolid 30 de abril de 1996 [AS 1996, 1316].

¹²⁵³ STSJ País Vasco 28 de marzo de 2000 [AS 2000, 790].

¹²⁵⁴ STSJ Cataluña 30 de octubre de 2002 [JUR 2002, 285809] y STSJ Canarias/Las Palmas 24 de septiembre de 1999 [AS 1999, 7088].

¹²⁵⁵ STSJ Cataluña 4 de mayo de 2001 [AS 2001, 2679].

¹²⁵⁶ STSJ Cataluña 25 de mayo de 2000 [AS 2000, 5154].

trabajador “*es inestable psíquicamente, ya que padece una psicosis maníaco-depresiva y crisis histéricas agudas debido a las altas temperaturas y ruidos del medio en que trabaja, que generan en ocasiones en el trabajador situaciones esquizoides que le privan de la conciencia de sus acciones*”¹²⁵⁷, circunstancia que en el ámbito laboral debe ser enjuiciada y valorada teniendo en cuenta el estado patológico que privó al trabajador del dominio de sí mismo y del conocimiento y trascendencia de sus actos. Igualmente, los tribunales estiman que las ofensas realizadas por quien padece tales desórdenes mentales tiene que ver más con su patología que con un ejercicio de su libertad¹²⁵⁸: “*su culpabilidad ha quedado eliminada, o al menos notoriamente aminorada o atenuada en base a las características y naturaleza de la enfermedad mental de tipo depresivo bajo cuyos efectos actuó, con trastornos de la personalidad y pobre control de los impulsos*”. Dicha actuación no tiene incardinación en la figura regulada en el artículo 54.2.c) ET calificándose el despido como improcedente¹²⁵⁹. En este mismo sentido, “*si el estado permanente de ansiedad se transforma, en función de las circunstancias y como consecuencia de la fijación tiránica que en él existe de la existencia de maltrato empresarial, dando lugar a cuadros de agitación psicomotora con exaltación de la ansiedad y paranoidismo*” habiendo conllevado “*la necesidad de ingreso en hospital psiquiátrico*”, sin duda no puede dudarse que es acertado sostener la “*ausencia de culpabilidad en los insultos, amenazas y expresiones injuriosas, pues no cabe dudar que su reacción fue fruto de esa fijación tiránica que predomina en la conciencia*”¹²⁶⁰.

Pero no toda alteración psíquica es considerada por la jurisprudencia como causa atenuante de la culpabilidad: “*no puede admitirse que una persona que no ha sido declarada irresponsable, pueda tener patente de corso fundada en su irritabilidad y falta de control de sus impulsos, para trastornar el normal funcionamiento de una empresa*”¹²⁶¹, sin que se pueda eximir de las obligaciones derivadas del mismo contrato de trabajo, de carácter sinalagmático, que da lugar a una relación laboral. Tampoco se considera suficiente para mitigar la culpabilidad del individuo ofensor que éste se “*encontrara de baja por síndrome ansioso depresivo con agitación psicomotriz, pues ello no justifica ni habilita su actuación*”¹²⁶². Tampoco es considerado como atenuante del incumplimiento contractual “*el solo hecho de estar afecto de un trastorno psíquico, susceptible de tratamiento y compensación, y que no limita para el desempeño de una actividad laboral*”¹²⁶³.

Alejándonos de las más importantes causas de exención o limitación de responsabilidad en las ofensas –provocación previa y trastornos o desórdenes psíquicos– son requisitos insuficientes para moderar la culpabilidad del sujeto ofensor “*la condición de víctima de violencia doméstica*”¹²⁶⁴ o que el estado psíquico del trabajador no configure “*ningún cuadro depresivo sino simplemente un bajo tono vital*”¹²⁶⁵. Además de los trastornos psíquicos relevantes para exonerar de responsabilidad disciplinaria al ofensor, existen otras variantes que pueden crear en el

¹²⁵⁷ STSJ Canarias/Tenerife 4 de febrero de 1992 [AS 1992, 533].

¹²⁵⁸ STS 10 de diciembre de 1991 [RJ 1991, 9050].

¹²⁵⁹ STSJ Andalucía/Málaga 21 de mayo de 1999 [AS 1999, 1763].

¹²⁶⁰ STSJ Castilla y León/Valladolid 10 de diciembre de 2002 [JUR 2003, 43391].

¹²⁶¹ STS 27 de octubre de 1987 [RJ 1987, 7207].

¹²⁶² STSJ Cataluña 30 de noviembre de 2000 [JUR 2001, 32519].

¹²⁶³ STSJ Cataluña 26 de septiembre de 2000 [JUR 2000, 309585].

¹²⁶⁴ STSJ Madrid 14 de junio de 2002 [AS 2002, 2514].

¹²⁶⁵ STSJ Navarra 13 de abril de 1993 [AS 1993, 1778].

trabajador obcecación o pérdida de control transitoria: ocurre así en los supuestos de embriaguez o en entornos de conflictividad laboral¹²⁶⁶. En la embriaguez es jurisprudencia redundante por los tribunales los casos en los que no se elimina la responsabilidad por agresión física¹²⁶⁷, aunque sí puede disminuir la sanción disciplinaria en circunstancias en las que la embriaguez se enlaza con ofensas verbales¹²⁶⁸. En los ambientes y contextos de conflictividad laboral, los tribunales entienden que una huelga no justifica que un piquete insulte o coaccione¹²⁶⁹, ni que el impago o retraso en el abono del salario justifique agresiones al empresario¹²⁷⁰, ni que una previa denuncia ante la inspección de trabajo exima de responsabilidad por las ofensas proferidas¹²⁷¹.

Entre las circunstancias agravantes del análisis de la conducta del empleado también han de examinarse las siguientes¹²⁷²: a) El valor del nivel cultural¹²⁷³ –y similares– del sujeto que ofende¹²⁷⁴. A mayor nivel didáctico es exigible un mayor cuidado en la utilización de palabras, expresiones o realizaciones de conductas¹²⁷⁵. b) Desempeñar un alto cargo en la empresa¹²⁷⁶. Cuando el empleado posee un puesto de rango jerárquico elevado está obligado a cumplir con mayor intensidad las normas de respeto y consideración: *“el nivel jerárquico y la titulación académica del recurrente hacían exigible en su comportamiento un mayor cuidado y sentido de la responsabilidad profesional”*¹²⁷⁷. c) La ofensa a bordo de un barco dónde la disciplina y el respeto a los demás debe observarse con mayor rigurosidad: *“dentro de una nave en la que la disciplina y el respeto a los demás se hacen más necesarios por el marco en el que se desarrollan las relaciones de trabajo”*¹²⁷⁸. La ofensa *“al efectuarse en una plataforma petrolífera en alta mar, que tiene la consideración análoga a la de un buque, el mando y la consiguiente obediencia y la inexcusable disciplina, tienen unos aspectos de exigencia mucho más notorios que cuando se trata de una relación de trabajo en las que no se den las referidas circunstancias; no debe olvidarse al respecto que la disciplina de los buques tiene un carácter cuasi militar, por ello la gravedad del hecho no puede ser juzgada al margen de la referida situación”*¹²⁷⁹.

Por último, una importante circunstancia atenuante de la ofensa descansa en la antigüedad del trabajador en la empresa sin ninguna sanción durante todo el tiempo de vida laboral en la misma¹²⁸⁰. En virtud de las circunstancias, *“antigüedad de más de 14*

¹²⁶⁶ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 174.

¹²⁶⁷ STSJ Cataluña 5 de marzo de 1992 [AS 1992, 1680].

¹²⁶⁸ STSJ Baleares 7 de mayo de 1996 [AS 1996, 1587].

¹²⁶⁹ STSJ Cataluña 12 de mayo de 2003 [AS 2003, 2281] y STSJ País Vasco 21 de mayo de 2002 [AS 2002, 2201].

¹²⁷⁰ STSJ Castilla y León/Valladolid 30 de junio de 2003 [JUR 2003, 152799].

¹²⁷¹ STSJ Cataluña 30 de enero de 2003 [JUR 2003, 55675].

¹²⁷² AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., pp. 203 y ss.

¹²⁷³ STSJ Andalucía/Málaga 6 de febrero de 2014 [JUR 2014, 131168].

¹²⁷⁴ STSJ Castilla y León/Valladolid 24 de febrero de 2003 [AS 2003, 1318].

¹²⁷⁵ GARCÍA NINET, J. I.: “Ofensas verbales o físicas al empresario o a otras personas del entorno empresarial”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 177.

¹²⁷⁶ STS 29 de mayo de 1990 [RJ 1990, 4518].

¹²⁷⁷ STS 3 de mayo de 1990 [RJ 1990, 3944].

¹²⁷⁸ STS 16 de julio de 1986 [RJ 1986, 4157].

¹²⁷⁹ STSJ Galicia 11 de enero de 1994 [AS 1994, 204].

¹²⁸⁰ STSJ País Vasco 23 de junio de 2003 [AS 2003, 2491].

años” y “*excelente comportamiento anterior*”, no es el “*despido la sanción adecuada, sino cualquier otra que restableciendo el equilibrio perturbado con su conducta, como determinante a su vez de la debida ejemplaridad, no suponga, en cambio, una consecuencia tan grave y trascendente como el despido*”¹²⁸¹. Pero para la jurisprudencia, la antigüedad del trabajador y la buena conducta del mismo durante todo este tiempo es solo un dato más que ha de relacionarse con otras referencias del supuesto enjuiciado: “*ha de tenerse en cuenta que las citadas expresiones se profieren en una discusión sobre el trabajo y que carecieron de publicidad*” pues “*quienes se encontraban trabajando a unos ocho metros manifestaron que sólo oyeron una discusión*”. Además de la antigüedad del trabajador en la empresa, “*no consta que haya sido sancionado con anterioridad*”¹²⁸². También debe tenerse en cuenta y ser valorada como atenuante de la gravedad del incumplimiento contractual del trabajador que “*en el momento del despido tenía una antigüedad en la empresa de 32 años*”, existiendo entre empresario y trabajador, “*una inevitable familiaridad*”. Además, “*en otras ocasiones ya se habían producido discusiones entre ambas partes*” sin imposición de “*ninguna sanción laboral, lo que pone de relieve que el ejercicio de la facultad disciplinaria empresarial nunca se ejerció a lo largo de su relación laboral debido a un cierto nivel de confianza en el trato*”¹²⁸³. Otra circunstancia admitida como posible atenuante de la sanción que el empresario ha de imponer al trabajador es el alto grado de confianza y familiaridad de tantos años de trabajo compartidos: “*hechos que no envuelven una gran gravedad, si partimos de la base de la confianza que existe entre los tripulantes y patronos de estos pequeños barcos*”¹²⁸⁴.

De todos modos, la antigüedad o relación personal en la empresa no desprende sus efectos cuando la conducta del trabajador es objetivamente ofensiva pues no puede reducirse o destruirse las reglas mínimas de respeto hacia las personas: “*dado el significado y sentido de los vocablos y párrafos utilizados, que al serlo por escrito, lo fueron reflexivamente sin la excusa o atenuación de haberse proferido en el calor de una discusión, escritos en los que concurre la circunstancia de ser graves, por la desconsideración que en sí mismo entrañan, evidenciadores de la intención de zaherir, molestar y ofender*”, permiten confirmar que el comportamiento y actitud del trabajador “*estuvo muy lejos de la mesura convivencia y respeto que debe observarse hacia el empresario o integrantes de la empresa, sin que tal gravedad se atenúe por la existencia de una mayor o menor relación de amistad o confianza entre remitente y destinatario, ya que el significado de tales frases es notoriamente ofensivo*”¹²⁸⁵. Además de las circunstancias atenuantes comentadas existen otros factores que también disminuyen la gravedad de la falta cometida por el empleado vinculadas con la situación de tensión provocada por diversas razones¹²⁸⁶: negociación de las condiciones de trabajo¹²⁸⁷, orden abusiva del empresario¹²⁸⁸ o readmisión de un trabajador cuyo despido había sido declarado nulo¹²⁸⁹.

¹²⁸¹ STS 12 de marzo de 1985 [RJ 1985, 1321].

¹²⁸² STS 16 de mayo de 1991 [RJ 1991, 4171].

¹²⁸³ STSJ Canarias/Tenerife 16 de abril de 1993 [AS 1993, 1888].

¹²⁸⁴ STS 24 de julio de 1989 [RJ 1989, 5910].

¹²⁸⁵ STS 17 de enero de 1987 [RJ 1987, 50].

¹²⁸⁶ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., pp. 205 y 206.

¹²⁸⁷ STS 13 de noviembre de 1986 [RJ 1986, 6336].

¹²⁸⁸ STS 26 de diciembre de 1988 [RJ 1988, 8912].

¹²⁸⁹ STSJ Murcia 14 de octubre de 1991 [AS 1991, 5813].

En efecto, para determinar la gravedad y culpabilidad de la conducta del trabajador, la jurisprudencia aborda el despido de acuerdo a la doctrina gradualista con objeto de determinar la requerida proporción entre la infracción y la sanción junto a un criterio individualizador y equilibrador, considerando las peculiaridades de cada concreto caso e interesándose por los elementos objetivos y subjetivos concurrentes. Al final, el resultado del incumplimiento de las ofensas verbales o físicas va a depender de las específicas circunstancias y particularidades del supuesto analizado y –en especial– del propio subjetivismo del juzgador.

4. Despido por transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño del trabajo

El artículo 54.2.d) ET considera incumplimiento contractual del trabajador a efectos de su despido, “*la transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo*”.

4.1 Concepto y fundamento

En el Código de Trabajo de 1926, concretamente en el artículo 21.1, se estimaba justa causa a favor del patrono para poder dar por terminado el contrato antes del plazo de vencimiento, “*la falta de confianza debida en las gestiones o en la clase de trabajo a que se dedique el obrero*”. Esta es la única causa que cuestionaba unidireccionalmente al trabajador que es quien carga con la responsabilidad de ejercitar su trabajo sin decepcionar la confianza depositada por el empleador. En este análisis normativo-histórico, el artículo 82 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 prescribía que “*los trabajadores deberán fidelidad a la empresa y a la casa para la que trabajen*”, compromiso que –al margen de la actual definición conceptual– sigue encontrando ocupación en las resoluciones judiciales. Al respecto, el artículo 89.6 de la citada ley permitía el despido justificado del trabajador por el patrono en supuestos de “*fraude o abuso de confianza en las gestiones confiadas*”. Redacción que sufrió una pequeña pero interesante modificación con ocasión de la aprobación del texto refundido de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 al establecer que constituye causa justa de despido, “*el fraude, la deslealtad o el abuso de confianza en las gestiones confiadas*”, añadiendo la figura de “*deslealtad*” a las ya existentes. Por último, el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo reguló el despido en su Título V, conceptuando su artículo 33.d) como justa causa de despido disciplinario, “*el fraude, la deslealtad o el abuso de confianza en las gestiones confiadas*”; similares términos que el artículo 77.e) de la Ley de Contrato de Trabajo aprobada por Decreto de 16 de enero de 1944¹²⁹⁰.

Estos conceptos –fraude, deslealtad y abuso de confianza– eran considerados como específicos de un género común que hace referencia al deber del trabajador de guardar fidelidad a la empresa, a su obligación de no quebrantar la buena fe, a la confianza en él depositada: son conceptos afines entre sí –aunque no idénticos– dotados de sustantividad propia y autónoma aplicabilidad que conllevan grave quebranto de los

¹²⁹⁰ GIL ALBURQUERQUE, R.: “La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido disciplinario: una figura tan necesaria como jurídicamente arriesgada”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., pp. 159 y ss.

deberes del productor en detrimento del buen orden laboral¹²⁹¹. El fraude era considerado equivalente a engaño que produce o prepara un daño a la empresa, generalmente material; la deslealtad se configuró como una infidelidad a los deberes confiados siendo el incumplimiento doloso de los deberes de fidelidad y de los postulados del honor y de la hombría del bien inherentes al contrato de trabajo reprochables a cualquier productor que se halle vinculado por pacto de dicha naturaleza; y el abuso de confianza afectaba al elemento espiritual del contrato siendo definido como la infidelidad que consiste en burlar o perjudicar a otro que, por inexperiencia, afecto, bondad excesiva o descuido le ha dado crédito¹²⁹².

La jurisprudencia trató de definir los tres conceptos legales siendo su esfuerzo nada efectivo pues lo cierto es que son conceptos afines¹²⁹³. Es por este motivo que el ET sustituye los citados términos por el de “buena fe”. Su razón de ser se localiza en la propia crítica de los términos al entenderse que pervivían en ellos la llamada concepción de comunidad de la empresa y de la relación de trabajo: en este sentido, en los inicios normativos, la actividad humana objeto del contrato afectaba y vinculaba a la personalidad del trabajador lo que imposibilitaba que se considerara al contrato como una relación de intercambio de bienes económicos o patrimoniales apreciándose – entonces – como una relación que constituía una comunidad de vida entre señor y servidor¹²⁹⁴. En momentos posteriores –época franquista– la fidelidad se transforma en el instrumento a través del cual se traslada a la organización empresarial una concepción autoritaria de la sociedad basada en la cooperación entre las partes y la subordinación de los intereses laborales a la producción nacional. Pero el rechazo producido a esta abusiva concepción del deber de fidelidad motiva que el ET deje de utilizar este término para acoger el concepto de buena fe. No obstante, esta modificación no cambia la construcción jurisprudencial¹²⁹⁵.

En suma, podemos considerar a la buena fe como sinónimo de honradez, probidad o lealtad que una persona –en este caso el trabajador– pone en sus actos¹²⁹⁶. Es una cualidad o conjunto de cualidades inherentes a una persona en su trato social de la que deriva sensación de seguridad y confianza. En el aspecto jurídico, su aparición en la vieja Roma es paralela a la del *ius gentium* cuando aparecen situaciones que no integran el marco del *ius strictum* y que obliga al pretor a dejar en manos del juez la resolución del caso, lo que convierte a la *fides* en un mecanismo jurídico corrector de posibles desigualdades entre las partes de la relación contractual; pero la interpretación romanista de la buena fe en relación al ET nos permite deducir que la *fides* ha quedado reducida a lo puramente contractual, de acuerdo con el Código Civil que a su vez desemboca en los artículos 5 y 20 ET¹²⁹⁷.

¹²⁹¹ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., p. 30.

¹²⁹² STS 7 de abril de 1979 [RJ 1979, 1651].

¹²⁹³ STS 17 de marzo de 1981 [RJ 1981, 1381].

¹²⁹⁴ MARTÍN VALVERDE, A.: “Ideologías jurídicas y contrato de trabajo”, en *Ideología y relaciones de trabajo*, Sevilla, Publicaciones Universidad de Sevilla, 1978, p. 82

¹²⁹⁵ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., p. 32.

¹²⁹⁶ STSJ Comunidad Valenciana 17 de octubre de 2017 [JUR 2017, 303330]. Vid. MONTROYA MELGAR, A.: *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 2001, *passim*.

¹²⁹⁷ Vid. CARRO IGELMO, A. J.: *El despido disciplinario*, cit., pp. 136 y 137

Como manifestábamos, los conceptos de fraude, deslealtad y abuso de confianza en las gestiones confiadas quedaron regulados como justa causa de despido en el apartado d) del artículo 33 del Real Decreto-ley de Relaciones de Trabajo de fecha 4 de marzo de 1977, con antecedentes en el artículo 77.e) de la Ley de Contrato de Trabajo de fecha 26 de enero de 1944 y recogidos después en los posteriores ET –artículo 54.d)– con más precisión técnica –la “*transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo*”– respondiendo a un principio fundamental que comprende y se desarrolla en todo el sistema de derechos y obligaciones que disciplina la conducta del hombre en sus relaciones jurídicas con los demás que no es otro que el de la *bona fides* que entroncado con el *honeste vivere* del derecho clásico, se concreta en la exigencia de un obrar acorde con las reglas naturales y comúnmente recibidas de la honestidad y de la rectitud conforme a los criterios morales y sociales imperantes¹²⁹⁸, principio general de necesaria observancia que preside la contratación al estar implícito en el nacimiento, perfección y desarrollo de todo negocio jurídico acorde con la ley, lo que ha motivado que tanto la doctrina científica como la jurisprudencial pongan su acento en el sentido de valorar este precepto como causa genérica de despido que cubre todas las violaciones de las normas de buena fe o fidelidad y que se conecta directamente con la significación fundamental que en la relación de trabajo alcanzan tales normas como expresión de probidad en el cumplimiento del servicio encomendado, que debe desempeñarse con todo celo y pulcritud en aras del buen orden laboral y de los intereses patronales, calificando los tres conceptos que engloba –el fraude, la deslealtad y el abuso de confianza– atentatorios – todos ellos– de deberes éticos jurídicamente protegidos al afectar al elemento espiritual de la contratación de trabajo como especificación de la genérica vulneración de la obligación profesional del trabajador de guardar fidelidad a la empresa cuyos intereses y confianza en él depositada no puede defraudar. Concepto lo suficientemente amplio como para comprender a los tres porque en definitiva lo que se sanciona es la conducta intencional del empleado contraria a la buena fe contractual, pero como transcripción al ámbito del contrato de trabajo de los artículos 7.1 y 1258 del Código Civil, si bien precisamente por ser especificaciones de un género común existen entre ellos matizaciones no siempre claramente definidas, pues aunque afines entre sí, no son absolutamente idénticos y están dotados por ello de una cierta sustantividad y autónoma aplicabilidad –quizás con una mayor precisión en la tipificación de la noción de fraude como concepto más grave que revela una mayor intensidad dolosa y un proceso psicológico impregnado de móviles de lucro o intención de inferir un daño moral o material– aun cuando es lo cierto que en la mayoría de las ocasiones y en la generalidad de los supuestos puede cobijarse un mismo hecho bajo cualquiera de los tres conceptos¹²⁹⁹. En suma, lo que se ha producido a lo largo de la evolución jurídica de esta justa causa de despido disciplinario es una variación de forma pero no de fondo¹³⁰⁰.

La buena fe como teoría general del derecho¹³⁰¹ manifiesta –al menos– tres funciones básicas¹³⁰²: a) como causa de exoneración o atenuación de la sanción que el

¹²⁹⁸ STSJ Madrid 10 de julio de 2017 [AS 2017, 1871], STSJ Madrid 19 de enero de 2017 [JUR 2017, 63883], STSJ Madrid 10 de abril de 2015 [AS 2015, 1281] y STS 11 de noviembre de 1981 [RJ 1981, 4409].

¹²⁹⁹ STS 11 de noviembre de 1981 [RJ 1981, 4409].

¹³⁰⁰ Vid. CARRO IGELMO, A. J.: *El despido disciplinario*, cit., p. 140

¹³⁰¹ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., pp. 32 y ss.

¹³⁰² FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: “La transgresión de la buena fe contractual”, en *Revista de Política Social*, número 138, 1983, p. 220.

ordenamiento jurídico impone a un acto objetivamente irregular o incorrecto; b) como presupuesto o causa de limitación de un derecho subjetivo; y c) como fuente de creación de especiales deberes de conducta¹³⁰³. La buena fe no solo va a suponer un criterio interpretativo de la autonomía privada en la contratación sino un método de integración del contrato. Se desea que el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas, el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones se produzcan de acuerdo a una serie de principios que la conciencia jurídica considera necesarios, aunque estos no hayan sido constituidos por el legislador, ni por la costumbre, ni por la autonomía de la voluntad de las partes. Principios que se encuentran implícitos en nuestro ordenamiento jurídico¹³⁰⁴. En sentido objetivo la buena fe es considerada como un estándar jurídico consistente “*en que la conducta de uno con respecto al otro, con el que se halle en relación, se acomode a los imperativos éticos que la conciencia social exija*”¹³⁰⁵. Pero este modelo no ha impedido delimitar la buena fe dentro del ámbito de los principios generales del derecho, convirtiéndose en principio fundamental del ordenamiento jurídico que informa la interpretación de sus normas y representa un determinante instrumento de integración¹³⁰⁶. En suma, el principio de buena fe completa el contenido del negocio más allá de las concretas previsiones que realizan las partes e incluso más allá de lo que puede disponer la norma que regula el negocio¹³⁰⁷.

La transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza es, sin duda, la más dilatada y profunda de las causas recogidas en el artículo 54.2 ET. Va más allá de las implicaciones contractuales afectando al normal desempeño de la actividad y rendimiento laboral sobre la base de la confianza y buena relación interpersonal¹³⁰⁸. No se puede prescindir de la buena fe contractual sin relegar al tiempo del derecho vivo y útil como herramienta reglada y hasta definitiva de la convivencia civilizada; el derecho no puede desterrar éste concepto –el de buena fe– sino que lo necesita para su propia supervivencia por más que su problematicidad sea aguda y acentuada¹³⁰⁹. La buena fe no supone la creencia o inconsciencia que justifica un comportamiento erróneo sino la aprobación de una actuación según el parecer unánime de personas prudentes, razonables y honradas en base a los usos sociales que reinan y gobiernan en determinadas circunstancias sociales¹³¹⁰.

¹³⁰³ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, Bosch, 1963, p. 139.

¹³⁰⁴ DE COSSIO, A.: “El dolo en el derecho civil”, en *Revista de Derecho Privado*, 1955, pp. 244 y 245.

¹³⁰⁵ STS 11 de mayo de 1988 [RJ 1988, 4053].

¹³⁰⁶ MOLINA NAVARRETE, C.: “Hacia una revisión constitucional de la buena fe contractual en las relaciones jurídico-aborales”, en *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1992, p. 340.

¹³⁰⁷ RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.: “La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido”, en MONTOYA MELGAR, A. (Coord.), MARTÍN VALVERDE, A. (Coord.) y RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. (Coord.) *et al: Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, cit., p. 554.

¹³⁰⁸ TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.: “El despido disciplinario”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 70.

¹³⁰⁹ GIL ALBURQUERQUE, R.: “La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido disciplinario: una figura tan necesaria como jurídicamente arriesgada”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 150.

¹³¹⁰ MARTINEZ CALCERRADA, L.: “La buena fe y el abuso del derecho. Su respectiva caracterización como límites en el ejercicio del Derecho”, en *Revista de Derecho Privado*, núm. 63, 1979, p. 436.

Ha de tenerse presente que la empresa, además de una organización dirigida a la producción de bienes y servicios, es una célula social en la que se integra el hombre para su plena realización mediante su trabajo. Las reglas más elementales que norman la convivencia tienen que ser fielmente observadas, precisamente con mayor cuidado por ser el ámbito donde el hombre pasa la mayor parte de su existencia –por el empresario y por los trabajadores, tanto entre aquél y éstos, como entre éstos mismos– pues sólo así podrá respetarse debidamente la dignidad de cada uno de ellos, fundamento básico de la paz social, según reconoce el artículo 10.1 de la Constitución Española. Quien no actúa de acuerdo a la línea indicada abusa de la confianza que han de dispersarse mutuamente quienes conviven durante la jornada laboral. Consecuentemente el hombre se hace responsable de la falta cometida sólo corregible mediante la expulsión de ese ámbito de convivencia en el que ha acreditado no saber estar¹³¹¹.

Aunque el precepto por su lectura textual parece referirse a dos causas distintas – transgresión de la buena fe y abuso de confianza¹³¹² – la realidad es que nos encontramos ante un único fundamento. Bien es cierto que los tribunales cuando quieren enfatizar la gravedad de la conducta del trabajador o cuando se trata de trabajadores que desempeñan funciones de confianza en la empresa suelen aludir a la expresión abuso de confianza más que a la transgresión de la buena fe¹³¹³. La jurisprudencia viene comprendiendo que el abuso de confianza es una categoría de la transgresión de la buena fe que alcanza especial trascendencia para los trabajadores que ejercen cargos de responsabilidad. Tipos de conducta que se frecuentan con más asiduidad en trabajadores que ocupan cargos de confianza –directivos, cajeros, supervisores– o que ejercitan actividades fuera del recinto de la empresa –representantes de comercio– o en el ámbito personal del empleador –empleados de hogar–¹³¹⁴. Pero tampoco faltan decisiones en las que el enjuiciamiento de la conducta del trabajador por comportamientos similares o coincidentes con el de otras sentencias que las consideran abuso de confianza se califican como transgresión de la buena fe contractual. En suma, en la práctica judicial apenas tiene importancia la doble referencia del apartado d) del artículo 54.2 ET¹³¹⁵. Es cierto que el trabajador requiere margen de libertad para el desarrollo de su actividad profesional, pero tal margen debe ser destinado a conseguir plenamente los fines y objetivos de la empresa, siendo un principio general en el ámbito del ordenamiento jurídico laboral cumplir con las obligaciones concretas en su puesto de trabajo de conformidad con las reglas de la buena fe y diligencia¹³¹⁶. El margen de discrecionalidad del que goza el empleado no puede utilizarse en perjuicio de la empresa¹³¹⁷, pues usar con exceso la confianza que el trabajador ha recibido de la empresa, rebasando los límites que el cargo ostentado tiene por su propia naturaleza y

¹³¹¹ STS 25 de enero de 1988 [RJ 1988, 42].

¹³¹² Vid. CRISTÓBAL RONCERO, R. y DE NIEVES NIETO, N.: “La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido disciplinario (art. 54.2 d ET)”, en *Actualidad laboral*, núm. 2, 2005, pp. 2327 y ss.

¹³¹³ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., p. 47.

¹³¹⁴ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 929.

¹³¹⁵ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., p. 41.

¹³¹⁶ STSJ Navarra 28 de junio de 2002 [AS 2002, 2449].

¹³¹⁷ ROMÁN VACA, E.: “Transgresión de la buena fe y abuso de confianza”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 104.

en provecho propio o en el de un tercero, que no sea, naturalmente, acreedor directo de las prestaciones empresariales, significa actuar en contra de este principio¹³¹⁸.

Que el apartado d) del artículo 54.2 ET sea tan espacioso se debe al pilar que se pretende proteger: la buena fe. La buena fe no es sólo un principio que gobierna el cumplimiento de las obligaciones laborales –artículo 5.a) ET– sino que además es una fuente de exigencias e imposiciones para las partes que forman toda relación jurídica laboral, pues como bien expresa el artículo 7.1 del Código Civil, “*los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe*”; y en materia contractual, el artículo 1258 del mismo texto normativo expresa que los contratos “*obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conforme a la buena fe, al uso y a la ley*”. Por tanto, frente al típico carácter lacrado, sellado y limitado de la norma, el principio de buena fe es calificado con la terminología de abierto y descubierto¹³¹⁹.

La buena fe constituye un modelo de tipicidad de conducta exigible, o más extensamente, un principio general de derecho que impone un comportamiento comedido a valoraciones éticas que condiciona y limita el ejercicio de los derechos subjetivos, convirtiéndose en un criterio de valoración de conductas con el que deben cumplirse las obligaciones, y que se traduce en directivas equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza¹³²⁰. Además se caracteriza por la rectitud y honestidad¹³²¹ de la ejecución del contenido de las prestaciones que se han asumido en el contrato –por todos los intervinientes–¹³²², así como en la efectiva voluntad de reciprocidad en la confianza y seguridad ajena que a su vez es excluyente de engaño y de toda finalidad de transformar el equilibrio de la relación contractual¹³²³.

En efecto, la causa de despido contemplada en el apartado d) del artículo 54.2 ET presenta los siguientes contornos: la transgresión de la buena fe constituye una actuación contraria a los especiales deberes de conducta que debe presidir la ejecución del contrato de trabajo –artículos 5.a) y 20.1 del ET–¹³²⁴; y el abuso de confianza constituye una modalidad cualificada de aquélla, consistente en el uso desviado de las facultades conferidas, con lesión o riesgo para los intereses de la empresa¹³²⁵. La buena fe es consustancial al contrato de trabajo, en cuanto que por su naturaleza sinalagmática genera derechos y deberes recíprocos, traducándose este deber de mutua fidelidad entre empresario y trabajador, en una exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual. La esencia del incumplimiento no está en el daño causado sino en el quebranto de la buena fe depositada y de la lealtad debida: es evidente que la falta se configura por la ausencia de valores éticos, sin que quede

¹³¹⁸ STSJ Cataluña 27 de febrero de 2015 [JUR 2015, 109680].

¹³¹⁹ GIL ALBURQUERQUE, R.: “La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido disciplinario: una figura tan necesaria como jurídicamente arriesgada”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 151.

¹³²⁰ STS 4 de marzo de 1991 [RJ 1991, 1822].

¹³²¹ TOLOSA TRIBIÑO, C.: *Despido: comentarios, jurisprudencia, formularios*, cit., p. 137.

¹³²² ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al: Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 257.

¹³²³ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 927.

¹³²⁴ STSJ Andalucía/Sevilla 22 de noviembre de 2017 [JUR 2018, 9387] y STSJ Andalucía/Sevilla 20 de marzo de 2014 [AS 2014, 1237].

¹³²⁵ STSJ Cataluña 25 de abril de 2017 [AS 2017, 853] y STS 19 de julio de 2010 [RJ 2010, 7126].

enervada por la inexistencia de perjuicios. Además, no se requiere que la conducta tenga carácter doloso pues también se engloban en el artículo 54.2.d) ET, aquellas acciones simplemente culposas, cuando la negligencia sea grave e inexcusable¹³²⁶. Y a los efectos de valorar la gravedad y culpabilidad de la infracción, la categoría profesional, la responsabilidad del puesto desempeñado y la confianza depositada pasan a un primer plano¹³²⁷. En definitiva, se identifica a la transgresión de la buena fe contractual como la ruptura o el incumplimiento del modelo de conducta esperado por la empresa. En otros términos, del deber ser del trabajador en el seno de la relación profesional o de trabajo¹³²⁸.

Tal como ha establecido la jurisprudencia y ha reflejado la normativa social y convencional básica, la buena fe es consustancial al contrato de trabajo. Se configura como una fuente de valores que impregnan todo proceder contractual; lo que se espera del otro en términos de honradez, rectitud y honestidad¹³²⁹. El empresario deposita en el empleado la confianza necesaria para cumplir con la prestación de servicios que se ejecuta en términos de flexibilidad, independencia, cierta autonomía y otras notas características que son determinantes para reivindicar esa buena fe y confianza en las gestiones encomendadas. El empresario delega en los trabajadores la ejecución de los trabajos siendo ese preciso instante cuando los trabajadores deciden obrar, o no, de buena fe. Las notas de ajenidad, dependencia o subordinación que definen la relación laboral hacen deducir que la misma, desde sus inicios, no se establece en plano de igualdad. Es obvio que el empresario se encuentra en una posición preferente respecto del trabajador¹³³⁰. Igual ocurre con la buena fe contractual: la connotación de reciprocidad acaba por decantarse a favor del empresario con un grado superior de exigibilidad en el trabajador. Para combatir estas características cuyo germen se localiza en la propia relación laboral, la jurisprudencia exige recíprocamente la buena fe en un plano sinalagmático y bilateral¹³³¹.

El carácter recíproco de la buena fe queda establecido expresamente por la normativa laboral cuando en el artículo 20.2 ET dispone que “*el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe*”. Aunque este precepto no existiese, lo cierto es que en virtud del artículo 1258 del Código Civil, ambos sujetos de la relación laboral contractual estarían afectados por el deber de buena fe. A pesar de las referencias expresas al carácter recíproco, lo cierto es que existe desequilibrio en el mayor comportamiento de buena fe que recae sobre el trabajador: en muy pocas ocasiones se le aplica al empresario las consecuencias negativas de un comportamiento contrario a la buena fe; y más en concreto en materia extintiva en donde suele citarse al empleado como el único obligado a la estricta observancia de este deber; de cualquier forma, si el empresario incumple con el deber

¹³²⁶ STSJ Galicia 8 de noviembre de 2017 [JUR 2017, 311217].

¹³²⁷ STSJ Comunidad Valenciana 8 de mayo de 2013 [JUR 2013, 259913].

¹³²⁸ MONTOYA MELGAR, A.: *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, cit., p. 95.

¹³²⁹ SARAZÁ GRANADOS, J.: *La transgresión de la Buena Fe Contractual y Figuras Afines*, Navarra, Aranzadi, 2014, p. 31.

¹³³⁰ CONDE MARÍN, E.: *La buena fe en el contrato de trabajo. Un estudio de la buena fe como elemento de integración del contrato de trabajo*, Madrid, La Ley, 2007, p. 216.

¹³³¹ SARAZÁ GRANADOS, J.: *La transgresión de la Buena Fe Contractual y Figuras Afines*, cit, p. 37.

de buena fe, el trabajador también podrá solicitar la extinción del contrato de trabajo de acuerdo con el artículo 50 ET¹³³².

La buena fe y confianza recíprocas en la consumación de la relación laboral, en cuanto está llamada a persistir en el tiempo, “*constituye valor medular de la relación contractual, incorporando un componente ético mínimo que se reconoce, en la observancia de aquella conducta exigible según los parámetros sociológicos imperantes, en orden al cumplimiento leal y diligente de las obligaciones voluntariamente asumidas, sin desviaciones objetiva y razonablemente idóneas para hacer desaparecer la confianza ajena*”¹³³³. Contravenir las obligaciones que nos impone la buena fe contractual produce –por tanto– una agresión contra un principio básico de rigurosa sanción al margen de su magnitud, intensidad o calidad¹³³⁴.

De acuerdo con doctrina reiterada del mayor garante de nuestra Constitución, la buena fe exigible entre empresario y trabajador no puede consistir en un genérico deber de lealtad¹³³⁵. Concretando más, la buena fe ha sido vista como un concepto abierto al mundo de las valoraciones sociales. Su existencia ha buscado la incorporación al ordenamiento jurídico de un factor de flexibilización, capaz de adaptar la norma a las nuevas circunstancias y valores de la sociedad¹³³⁶. Por ello, a la hora de decidir sobre su contenido, ha de partirse de la totalidad de las representaciones de valor fijadas en la Constitución, alcanzadas por la sociedad en un determinado momento de su desarrollo cultural. En consecuencia, lo que en cada caso se decida que corresponde a la buena fe, no podrá estar en desacuerdo con mandatos constitucionales, toda vez que la Constitución es la norma suprema de todo el ordenamiento jurídico a la que se debe acomodar cualquier otro texto normativo, así como la interpretación y aplicación de la legalidad por parte de los órganos judiciales¹³³⁷. Partiendo de la exigencia mutua y recíproca de la buena fe, no cabe “*defender la existencia de un genérico deber de lealtad con su significado omnicomprendido de sujeción del trabajador al interés empresarial, pues ello no es acorde al sistema constitucional de relaciones laborales*” que “*aparece contradicho por la propia existencia de conflicto, cuya legitimidad general ampara el texto constitucional*”¹³³⁸. Resulta característico y revelador el cambio producido en la letra del artículo 54.2.d) ET respecto de la legislación anterior en la que se hablaba de “*fraude y deslealtad*”, expresiones sustituidas por la de “*transgresión de la buena fe contractual*”: de este modo el legislador del ET, en melodía con el texto constitucional, ha abolido los deberes de lealtad y de fidelidad a la empresa que la legislación anterior imponía al trabajador¹³³⁹. Y desde esta apariencia sería conveniente que en las construcciones jurisprudenciales de esta manifestación de despido se ausentaran o –mejor– se descartaran las excesivas relaciones que aún se prolongan entre

¹³³² AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., pp. 39 y ss.

¹³³³ STSJ Castilla y León/Valladolid 14 de mayo de 2003 [JUR 2003, 171953].

¹³³⁴ GIL ALBURQUERQUE, R.: “La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido disciplinario: una figura tan necesaria como jurídicamente arriesgada”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 155.

¹³³⁵ STC 90/1999, de 26 de mayo [RTC 1999, 90].

¹³³⁶ STSJ Galicia 10 de julio de 2017 [JUR 2017, 203973].

¹³³⁷ STC 192/2003, de 27 de octubre [RTC 2003, 192].

¹³³⁸ STC 120/1983, de 15 de diciembre [RTC 1983, 120].

¹³³⁹ ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al: Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 257.

deber de buena fe y deber de lealtad del trabajador para centrar la transgresión de la buena fe contractual en actuaciones contrarias a los elementales deberes de comportamiento que debe gobernar la ejecución de la prestación de trabajo y las relaciones entre las partes estipuladas en el contrato¹³⁴⁰.

Visto lo anterior no puede cuestionarse que la buena fe es el pilar fundamental de la causa de despido del apartado d) del artículo 54.2 ET. Sin embargo, el concepto de buena fe es tan extenso y variado que debe ser desarrollado a través del análisis de la jurisprudencia y de la doctrina judicial de las que se obtienen consecuencias sinalagmáticas: por un lado, localizamos las desobediencias denominadas “*deberes u obligaciones de conducta*” –confianza ética del empresario en el trabajador–; por otro lado, estarían los “*incumplimientos directamente referidos a la realización de la prestación laboral*” –confianza profesional–¹³⁴¹.

La grieta de la “*confianza ética*” representa la característica más importante dentro de la esencia de la transgresión a la buena fe al suponer una vía de invasión del contenido ético-social en el orden jurídico¹³⁴². Estas obligaciones de conducta que sostienen a esa confianza ética son ajenas a la prestación laboral convenida por el empresario, pero al mismo tiempo la desobediencia de aquellos deberes evidencia la situación intolerable de continuar la prestación laboral y el contrato de trabajo en ciertas circunstancias, pues una relación como la laboral que introduce a una persona ajena y desconocida en el seno de una determinada empresa –dándole acceso a información privada, haciéndola partícipe de decisiones a veces fundamentales y convirtiéndola en rostro visible de la estructura empresarial ante el público– es una relación que se configura en una importante dosis de confianza y seguridad¹³⁴³. La buena fe no puede ocasionar cargas más allá de la relación laboral contractual, pero ésta misma buena fe exige, para que el cumplimiento de las cargas sea el apropiado, la especial observación a otros intereses conexos¹³⁴⁴.

La “*confianza profesional*” se trata de un valor fundamental en el vínculo laboral que consiste en adquirir una determinada utilidad en la prestación de servicios del trabajador y que pende de la competencia técnica y de la diligencia profesional o laboral del empleado. En palabras del Tribunal Supremo, “*la ejecución defectuosa del trabajo concertado afecta esencialmente a la finalidad perseguida en el contrato*”¹³⁴⁵. El trabajador al asumir contractualmente las obligaciones laborales se está comprometiendo a desarrollar una prestación de cierta calidad¹³⁴⁶. Los tribunales vienen sancionando por la vía de la transgresión de la buena fe aquellas desobediencias graves y trascendentales de los deberes immanentes a la prestación laboral¹³⁴⁷. La confianza es

¹³⁴⁰ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al*: *Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 928.

¹³⁴¹ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al*: *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 176.

¹³⁴² Exposición de Motivos del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, Título Preliminar del Código Civil.

¹³⁴³ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al*: *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 177.

¹³⁴⁴ GARCÍA MURCIA, J.: “Falta de diligencia y transgresión de la buena fe contractual”, en *Actualidad Laboral*, núm. 2, 1990, p. 293.

¹³⁴⁵ STS 23 de enero de 1991 [RJ 1991, 173].

¹³⁴⁶ MARIA CREMADES, B.: *La sanción disciplinaria en la empresa*, cit., p. 191.

¹³⁴⁷ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al*: *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., pp. 177 y 178.

totalmente subjetiva y personal –ésta se encuentra inserta en la personalidad del empresario y solo depende de él–. Pero la exigencia legal de que la confianza sea también examinada judicialmente obliga a la instauración de unos criterios objetivos y generales –no solo subjetivos–. En otros términos, no es transcendental que el empresario confíe –o no– en un determinado trabajador sino que además para que dicha pérdida de confianza pueda ser respaldada por el ordenamiento jurídico –y amparada en la letra d) del artículo 54.2 ET– se requieren componentes objetivos de los que deducir que la confianza que el empleador procesaba a su trabajador ha sufrido una desavenencia insalvable. Los tribunales en su valoración judicial para examinar ésta causa de despido localizan un fiel refugio en la ética civil y en la ética laica¹³⁴⁸: los valores vigentes que poseen carácter predominante en una determinada sociedad y en un determinado momento de la historia¹³⁴⁹. La credulidad empresarial en el trabajador desde el punto de vista ético se alcanza en el individuo que con su comportamiento demuestra capacidad profesional, competencia y diligencia para estar al nivel de lo que la prestación laboral requiere. La confianza basada en la ética quiebra con más facilidad que la confianza que se basa en la profesionalidad¹³⁵⁰.

Las amplias conductas que se sancionan al amparo del artículo 54.2.d) ET, la convierte en la causa por excelencia del despido disciplinario denominada también cláusula genérica de cierre¹³⁵¹. Y ocurre que todas las demás causas justas del artículo 54.2 ET podrían, con más o menos esfuerzo interpretativo y justificación jurídica, desviarse a la causa que detalla la transgresión de la buena fe contractual. Todo despido por una actuación del trabajador estimada reprochable por los tribunales y que constituye incumplimiento grave y culpable en el marco de la relación laboral acaba siendo considerado como despido procedente, por lo que su posible ausencia de apreciación en descripciones típicas no es óbice para que el razonamiento jurídico se funde en la procedencia del amplísimo artículo 54.2.d) ET. Esta causa justa de despido cubre, con su amplitud y capacidad, las insuficiencias y deficiencias del resto de causas que sí se encuentran más encorsetadas al desarrollo de un determinado comportamiento estricto¹³⁵².

El Tribunal Supremo ha manifestado en diversas ocasiones que dentro de la causa del artículo 54.2.d) ET, “*caben todas las violaciones de deberes que el artículo 5 ET impone a los trabajadores*”¹³⁵³, y que aquella causa –transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño del trabajo– “*no es más que la consecuencia del incumplimiento por parte del trabajador de los deberes básicos que*

¹³⁴⁸ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: *La causalidad del despido disciplinario*, cit., p. 202.

¹³⁴⁹ No son valores éticos personales del juez, ni del empresario, ni del empleador.

¹³⁵⁰ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 178.

¹³⁵¹ RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.: “La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido”, en MONTOYA MELGAR, A. (Coord.), MARTÍN VALVERDE, A. (Coord.) y RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. (Coord.) *et al: Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, cit., p. 528.

¹³⁵² Por ejemplo, el artículo 54.2.c) ET no contempla las ofensas realizadas a clientes, por lo que si el tribunal no apreciara la causa de despido disciplinario dentro del apartado c) podría justificar la sanción grave y culpable del trabajador por la vía del apartado d) del artículo 54.2 ET. Otro ejemplo es el referido a la embriaguez habitual. La habitualidad no significa que quien conduce ebrio un autobús una sola vez no vaya a ser sancionado con despido bajo el prisma del artículo 54.2.d).

¹³⁵³ STS 4 de diciembre de 1982 [RJ 1982, 7443].

estatuye el artículo 5 ET”¹³⁵⁴. En definitiva, la transgresión de la buena fe se ha transfigurado en un tipo casi perfectamente elástico y adaptable, susceptible de acoger en la práctica cualquier proceder del trabajador en el que se aprecie un incumplimiento de sus deberes como sujeto del contrato de trabajo¹³⁵⁵. Además, a través del apartado d) del artículo 54.2 ET, se puede sancionar con despido disciplinario aquellas desobediencias concernientes a la prestación del trabajo ocasionadas por “*falta de diligencia*”, esto es, prestación de servicios que no es exactamente desobediente o indisciplinada y que tampoco conlleva disminución en el rendimiento que pueda ser fácilmente acreditada pero que si es deficiente cuantitativa o cualitativamente, incluso por un nivel de negligencia no necesariamente grave, acaba siendo sancionada con despido por transgresión de la buena fe contractual¹³⁵⁶. La singular eventualidad de que la desobediencia de la prestación laboral no se erija en causa expresa de despido esclarece las razones de la tan frecuente invocación de la genérica transgresión de la buena fe como causa justa con la que poder extinguir la relación laboral¹³⁵⁷.

A modo general, se considera que se ha transgredido la buena fe contractual cuando existe relación laboral en la que se ha producido una violación de los deberes de fidelidad actuando el trabajador con conocimiento de su conducta vulneradora. Ahora bien, no se exige la concurrencia de un dolo específico, bastando la negligencia culpable, sin que sea imprescindible la existencia de perjuicio económico para la empresa¹³⁵⁸. Obviamente una conducta tan genérica hace que coexista una dilatada casuística de esta causa de despido. A modo introductorio se ha considerado que existe transgresión de la buena fe contractual en los siguientes supuestos: la competencia desleal, entendiéndose por tal, la actividad del trabajador encaminada a realizar labores de la misma naturaleza o rama de producción de las que está ejecutando de acuerdo a su contrato de trabajo, “*sin consentimiento del empresario y siempre que le cause un perjuicio real o potencial al empresario*”. No obstante, existen ocasiones en donde la “*deslealtad es causa de despido*” independientemente de la “*ventaja económica que el trabajador obtenga y del perjuicio económico real producido a la empresa*”; el “*uso abusivo de poderes, como cuando se dispone, sin conocimiento de la empresa, de material de la misma*”; cuando el interventor del banco “*realiza operaciones sin autorización*”; o “*inversiones*”; o cuando se “*ejercen funciones ajenas al cargo*”; o se atribuye “*mayor salario o se concede un préstamo*”; o bien se “*actúa con manifiesta extralimitación de facultades*”; la obtención de beneficios propios por “*apropiación de materiales de la empresa*”; “*apropiación de dinero*”; “*retención de cantidades, aunque a su vez la empresa se las adeude*” y “*aunque posteriormente lo reintegre*”, incluso con “*independencia de su cuantía*”; “*la recepción de cantidades por el cumplimiento de las obligaciones propias*” o de “*regalos de los proveedores*”; “*apropiarse de fórmulas industriales*”; “*falsar partes de trabajo*”; el “*uso del teléfono con fines particulares, así como salidas del trabajo con la misma finalidad*”; “*la actuación negligente,*

¹³⁵⁴ STS 10 de noviembre de 1982 [RJ 1982, 6561].

¹³⁵⁵ RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.: “La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido”, en MONTOYA MELGAR, A. (Coord.), MARTÍN VALVERDE, A. (Coord.) y RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. (Coord.) *et al: Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, cit., p. 548

¹³⁵⁶ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 179.

¹³⁵⁷ MONTOYA MELGAR, A.: *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, cit., p. 46.

¹³⁵⁸ STSJ Extremadura 7 de noviembre de 2017 [JUR 2017, 311195] y STSJ Extremadura 21 de septiembre de 2017 [AS 2017, 1763].

conculcando el deber de diligencia”; “*la comisión de errores graves, sirviendo como base del despido la comisión de un error*” y como antecedentes “*la comisión de otros anteriores*”; “*la ocultación de hechos graves a la empresa*”; o “*el hecho de dormirse el vigilante en horas de trabajo*”; “*la realización de trabajos durante la incapacidad temporal, siempre que la actividad desempeñada evidencie la aptitud para el trabajo o sea de tal naturaleza que impida o dilate la curación*”¹³⁵⁹; no acudir al llamamiento de la empresa teniendo el contrato suspendido¹³⁶⁰; incitar a compañeros de trabajo a demandar por unos hechos que no consta que fueran ciertos y de los que no se comprobó su veracidad¹³⁶¹; achacar públicamente al empresario delitos no cotejados¹³⁶²; no prestar asistencia médica a un empleado que ha sufrido un accidente laboral por no estar asegurado en la aseguradora para la que trabajaba y sí en otra en la que existía pacto intermutual¹³⁶³; cazar en época de veda junto a otras personas cuando su obligación como guarda de la finca era evitar que ello sucediera¹³⁶⁴; no comunicar a la empresa la comisión de un hecho delictivo teniendo pleno conocimiento del mismo¹³⁶⁵; dedicarse a realizar actividades lúdicas durante parte de la jornada¹³⁶⁶; usar el ordenador para juegos¹³⁶⁷; navegar por internet un tiempo prolongado en horario de desempeño de funciones¹³⁶⁸; navegar por diferentes sitios de la red cuyos contenidos son socialmente reprochables en público¹³⁶⁹; llamar reiteradamente a líneas “*novecientos*” y a concursos de televisión¹³⁷⁰; utilizar abusivamente el teléfono de la empresa para uso particular¹³⁷¹; o realizar gestiones telefónicas para atender un negocio propio en tiempo de trabajo¹³⁷². En definitiva, la buena fe tiene carácter recíproco y obliga por igual a las partes contratantes¹³⁷³.

Por el carácter genérico de la buena fe contractual¹³⁷⁴, existen diversas conductas que pueden ser encajadas en el extenso artículo 54.2.d) ET al ser su transgresión susceptible de desarrollarse por una serie muy heterogénea de actuaciones que pueden no tener un encaje exacto en otras causas del artículo 54 ET, actuando la buena fe contractual y el abuso de confianza como un auténtico “*cajón de sastre*”¹³⁷⁵ de

¹³⁵⁹ STSJ País Vasco 9 de diciembre de 2008 [JUR 2009, 305866].

¹³⁶⁰ STS 13 de abril de 1982 [RJ 1982, 2444].

¹³⁶¹ STS 27 de octubre de 1983 [RJ 1983, 5160].

¹³⁶² STSJ Galicia 5 de octubre de 2000 [AS 2000, 2922].

¹³⁶³ STS 21 de junio de 1989 [RJ 1989, 4828].

¹³⁶⁴ STSJ Castilla-La Mancha 2 de julio de 1996 [AS 1996, 2706].

¹³⁶⁵ STS 21 de septiembre de 1987 [RJ 1987, 6231].

¹³⁶⁶ STSJ Cataluña 31 de octubre de 2002 [AS 2002, 68] y STSJ Madrid 4 de enero de 2000 [AS 2000, 1279].

¹³⁶⁷ STSJ Andalucía/Granada 19 de junio de 2002 [JUR 2003, 79600].

¹³⁶⁸ STSJ Galicia 30 de mayo de 2003 [AS 2003, 3128] y STSJ Castilla y León/Valladolid 29 de enero de 2001 [JUR 2001, 122571].

¹³⁶⁹ STSJ Galicia 30 de mayo de 2003 [AS 2003, 3128], STSJ Madrid 13 de mayo de 2003 [JUR 2003, 240030] y STSJ Andalucía/Granada 22 de abril de 2013 [JUR 2003, 159912].

¹³⁷⁰ STSJ Galicia 30 de noviembre de 2003 [AS 2003, 3130].

¹³⁷¹ STSJ Cataluña 21 de mayo de 2003 [AS 2003, 2511].

¹³⁷² STSJ Cataluña 17 de diciembre de 1997 [AS 1997, 4927].

¹³⁷³ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 38.

¹³⁷⁴ *Vid.* al respecto AGUILERA IZQUIERDO, R. y GARCÍA PIÑEIRO, N. P.: “La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido disciplinario”, en *Actualidad Laboral*, núm. 3, 2006, *passim*.

¹³⁷⁵ STSJ País Vasco 6 de junio de 2017 [JUR 2017, 228518], STSJ Andalucía/Granada 7 de julio de 2016 [JUR 2017, 47984], STSJ Galicia 25 de abril de 2014 [JUR 2014, 208548] y STSJ Cataluña 15 de octubre de 2009 [JUR 2009, 489626].

comportamientos muy variados¹³⁷⁶. Al ser un concepto jurídico indeterminado se ha convertido en una especie de “macrocausa” de despido; causa justa de extinción laboral mediante la que es posible sancionar cualquier incumplimiento o desobediencia del trabajador¹³⁷⁷.

4.2 Actuaciones que transgreden la buena fe contractual o el abuso de confianza en el desempeño del trabajo

A continuación establecemos una sistematización de los supuestos más habituales recogidos en la jurisprudencia donde se pueden enmarcar o encajar, prácticamente, todas las conductas que pueden acaecer en el seno de una relación laboral.

4.2.1 Deterioro de la imagen de la empresa: libertad de expresión y libertad de empresa

La reputación, el prestigio, el buen nombre o la percepción de la empresa son valores que se puede dañar o poner en peligro, bien directamente a través de declaraciones o manifestaciones del trabajador con trascendencia fuera de la empresa y que afecta a su imagen o a la de las personas físicas que forman parte de ella, bien indirectamente a través de conductas del trabajador que ocasionan un reproche social de tal magnitud hacia el mismo que su mera pertenencia a la empresa acaba concerniendo en la imagen de esta última.

En la expresión o manifestación del trabajador con repercusión exterior en la empresa –aludimos a clientes actuales y potenciales o público en general– los principios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional son vitales pues han de ponerse en relación con el derecho fundamental del artículo 20.1.a) –expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción– y artículo 20.1.d) –comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión– de la Constitución Española: el contrato de trabajo no puede considerarse como un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, sin que pierda la condición de ciudadano por el mero hecho de insertarse en el ámbito de una organización privada. Pero partiendo de este principio, no puede desconocerse que la inserción del trabajador en una organización ajena, modula aquellos derechos en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva. La importancia del ejercicio de la “*libertad de información*” no puede llevarnos a desconocer el límite que para dicha libertad supone el debido respeto a los intereses derivados de la “*libertad de empresa*” que también es objeto de garantía constitucional. Es necesario tener presente que la exigencia de ponderación entre ambos derechos –“*libertad de información*” y “*libertad de empresa*”– significa que debe lograrse un equilibrio entre las ventajas y perjuicios que inevitablemente se generan cuando se limita un derecho a fin de proteger otro derecho. Debe, en suma, procederse a

¹³⁷⁶ Vid. SARAZÁ GRANADOS, J.: *La transgresión de la Buena Fe Contractual y Figuras Afines*, cit, p. 37.

¹³⁷⁷ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., p. 114.

una valoración confrontada de los intereses particulares y colectivos contrapuestos, lo que exige tomar en consideración todas las circunstancias relevantes¹³⁷⁸.

De este modo se han establecido como pautas básicas de ponderación y equilibrio entre los dos intereses en juego las siguientes¹³⁷⁹: 1º) La pauta de veracidad. La veracidad de la información no es sinónima de la verdad objetiva o incontestable de los hechos sino reflejo de la necesaria diligencia en la búsqueda de lo cierto. El requisito constitucional de la veracidad no va dirigido *“tanto a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, cuanto a negar la protección constitucional a quienes defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúan con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente e irresponsable al transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación o meras invenciones o insinuaciones”*¹³⁸⁰. 2º) La inclinación por la generalidad del contenido. Para que exista protección constitucional sobre los hechos que se relatan, éstos han de poseer un genérico interés. Cuando del ejercicio de los derechos a la libertad de expresión e información reconocidos en el artículo 20.1 de la Constitución Española resulten afectados otros derechos, *“el órgano jurisdiccional está obligado a realizar un juicio ponderativo de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, con el fin de determinar si la conducta del agente está justificada por hallarse dentro del ámbito de las libertades de expresión e información, de suerte que si tal ponderación falta o resulta manifiestamente carente de fundamento, se ha de entender vulnerado el citado precepto constitucional”*¹³⁸¹. El valor preponderante de las libertades del artículo 20 de la Constitución sólo puede ser apreciado y protegido cuando aquéllas se ejerciten *“en conexión con asuntos que son de interés general, por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen, y contribuyan, en consecuencia, a la formación de la opinión pública, alcanzando entonces un máximo nivel de eficacia justificada frente a los derechos garantizados por el artículo 18.1 CE, en los que no concurre esa dimensión de garantía de la opinión pública libre y del principio de legitimidad democrática”*¹³⁸². 3º) El modelo de la finalidad legítima. La transferencia de la información y de los hechos al colectivo se ha de encontrar justificada por una finalidad legítima y relevante¹³⁸³. 4º) El patrón de proporcionalidad. La transmisión de la información que pueda producir un perjuicio a la empresa debe realizarse guardando equilibrio a la finalidad perseguida. El Tribunal Constitucional ha recomendado no utilizar *“cauces informativos que por su trascendencia y repercusión sociales, además de innecesarios para el cumplimiento de los fines pretendidos, pueden ocasionar un perjuicio excesivo para una de las partes”*¹³⁸⁴. 5º) Otros elementos importantes son las limitaciones extrínsecas al derecho o la condición especial de quien ejerce la libertad de información¹³⁸⁵.

¹³⁷⁸ STC 126/2003, de 30 de junio [RTC 2003, 126].

¹³⁷⁹ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 181.

¹³⁸⁰ STC 197/1998, de 13 de octubre [RTC 1998, 197].

¹³⁸¹ STC 204/1997, de 25 de noviembre [RTC 1997, 204].

¹³⁸² STS 20 de febrero de 2013 [RJ 2013, 2580].

¹³⁸³ Por ejemplo, subsanar deficiencias de seguridad, evitar problemas de salud o evitar la comisión de delitos.

¹³⁸⁴ STC 126/2003, de 30 de junio [RTC 2003, 126].

¹³⁸⁵ STC 90/1999, de 26 de mayo [RTC 1999, 90] y STSJ Comunidad Valenciana 11 de junio de 1999 [AS 1999, 3715].

La mayoría de estas consideraciones son aplicables al ejercicio de la libertad de expresión en la que es más importante el juicio o la crítica que la comunicación de hechos, razón por el que el Tribunal Constitucional ha manifestado –respecto a la libertad de expresión– que no opera el límite interno de veracidad¹³⁸⁶. En la libertad de expresión, el límite más significativo se localiza en la ausencia de terminología ofensiva o injuriosa hacia la empresa o personas que la integran¹³⁸⁷. El campo de acción de esta libertad se encuentra “*limitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas*”¹³⁸⁸.

En la “*libertad de información*” se considera lícito y por tanto no sancionable disciplinariamente, la manifestación pública de hechos irregulares de la empresa siempre y cuando quien ejerce su derecho de libertad no incurra en desconsideración o displicencia hacia la verdad, ya sea porque este sujeto es consciente de la falsedad o inexactitud de lo que manifiesta, o bien, por no preocuparse en encontrar vestigios de veracidad de lo imputado¹³⁸⁹. En la “*libertad de expresión*”¹³⁹⁰ de opiniones o reproches para fundamentar las críticas negativas de los trabajadores a la empresa o personas que la integran, la doctrina exige un interés genérico o universal con más significancia que el de la “*libertad de información*”¹³⁹¹. La doctrina considera procedente el despido disciplinario argumentado y construido en opiniones vinculadas a un superior jerárquico, manifestaciones que exceden del ámbito de lo que podría denominarse un ejercicio de la sana crítica, introduciendo exteriorizaciones despectivas emitidas en presencia de personas ajenas a la empresa, sin que pueda estimarse favorable que las alegaciones de tales declaraciones fueron realizadas en “*un círculo privado y de confianza*”¹³⁹². En la percepción opuesta, la falta de publicidad y divulgación de las opiniones –en el sentido de que dichas manifestaciones no han salido del estricto ámbito de la empresa– es un elemento vital para declarar la improcedencia del despido: “*los hechos acaecieron en los locales de la empresa y con la única asistencia de personal de la misma, lo que supone que quedaron circunscritos a su ámbito interno, sin que trascendieran a terceros y sin que, por tanto, sufriera daño alguno la imagen de la empresa en su proyección exterior*”¹³⁹³.

El prestigio de la empresa puede dañarse indirectamente por medio de comportamientos del trabajador que generan una recriminación social hacia su propia persona, consecuencia que se traduce en repercusión negativa y perjudicial para la imagen de la empresa. Comportamientos del trabajador que pueden proyectarse fuera del lugar y del tiempo de trabajo. Aunque lo lógico será que el comportamiento que el trabajador tiene fuera del lugar y del horario de trabajo sea irrelevante para la empresa. Sin embargo, encontramos ocasiones –ya sea por la envergadura de la responsabilidad del empleado o por su puesto de trabajo– que tal actitud puede generar un reproche social y colectivo que acabe trascendiendo negativamente en la imagen de la empresa para la que proporciona servicios. En estos últimos casos, el despido del trabajador

¹³⁸⁶ STC 204/1997, de 25 de noviembre [RTC 1997, 204].

¹³⁸⁷ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 182.

¹³⁸⁸ STC 204/1997, de 25 de noviembre [RTC 1997, 204].

¹³⁸⁹ STSJ Extremadura 30 de abril de 1994 [AS 1994, 1388].

¹³⁹⁰ STSJ Madrid 7 de julio de 2017 [JUR 2017, 226203] y STSJ Castilla y León/Valladolid 21 de abril de 2010 [AS 2010, 1854].

¹³⁹¹ STSJ Castilla y León/Burgos 1 de octubre de 2002 [AS 2002, 2751].

¹³⁹² STSJ Cataluña 14 de mayo de 2002 [AS 2002, 2131].

¹³⁹³ STSJ Comunidad Valenciana 22 de marzo de 2001 [AS 2001, 3017].

puede venir perfectamente justificado y argumentado¹³⁹⁴. Sin embargo, si la imagen de la empresa no ha quedado espolvoreada por la acción u omisión socialmente reprochable del trabajador, el despido no podrá ser declarado procedente por carecer de justificación la sanción disciplinaria. En consonancia con lo anterior, la buena fe como obligación laboral tiene un ámbito limitado: la empresa. “*Es manifiesto así que la moral cívica de un trabajador sólo puede ser objeto de reprochabilidad laboral en cuanto incida, transcendentemente, en el ámbito de la relación de trabajo*”¹³⁹⁵.

El deterioro a la imagen de la empresa por la actuación ajena a la relación laboral del trabajador o por manifestaciones negativas de opiniones de la empresa en público es tema vital en las llamadas “*organizaciones de tendencia*”. En estas organizaciones es razonable que se exija a los trabajadores representativos de la estructura un deber de promover y fomentar –también en su vida privada– la tendencia generalizada por la institución. Sin embargo, respecto a los trabajadores que realicen tareas neutras e imparciales o de contenido ideológico débil, en otros términos trabajos dotados de un menor contenido moral, representativo o de dirección, bastará con que mantengan un exiguo respeto a las creencias y convicciones de su empleador en aquellos comportamientos extralaborales que sean conocidos públicamente¹³⁹⁶.

También el prestigio o reconocimiento de la empresa puede verse concernida por actuaciones del trabajador en el lugar de trabajo¹³⁹⁷. Como ejemplo citaremos los siguientes: cuidador de ancianos en residencia que los denigra y veja¹³⁹⁸; auxiliar de psiquiatría que abusa sexualmente de enfermo mental en la clínica¹³⁹⁹; médico que abusa sexualmente de paciente mentalmente deficiente¹⁴⁰⁰; conserje que abusa sexualmente de menores de la comunidad para la que trabaja¹⁴⁰¹; o auxiliar de servicio de ayuda a domicilio con trato denigrante hacia el paciente¹⁴⁰².

4.2.2 Menoscabo de la esfera competitiva de la empresa: deber de confidencialidad y prohibición de concurrencia desleal

Las conductas del trabajador encauzadas a defraudar el interés económico de la empresa, en concreto, su posición o ubicación competitiva en el mercado, constituyen casos característicos y específicos de transgresión de la buena fe contractual. Constituye también incumplimiento del contrato laboral cuando se agrede a la buena fe revelando secretos de empresa¹⁴⁰³. La posibilidad de atenuar la posición de la propia empresa y fortificar la del competidor son casos excesivamente graves que afectan a la tutela de la propia situación competitiva; como es lógico, al empresario normalmente le interesa que

¹³⁹⁴ STSJ Cataluña 22 de octubre de 2001 [AS 2001 4697] y STSJ Canarias/Tenerife 1 de julio de 2002 [JUR 2002, 242696].

¹³⁹⁵ STSJ Madrid 13 de abril de 1999 [AS 1999, 1342].

¹³⁹⁶ CALVO GALLEGU, F. J.: *Contrato de trabajo y libertad ideológica. Derechos fundamentales y organizaciones de tendencia*, Madrid, Consejo Económico y Social, 1995, pp. 172 y 173.

¹³⁹⁷ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 184.

¹³⁹⁸ STSJ Cataluña 22 de enero de 2000 [AS 2000, 5424].

¹³⁹⁹ STSJ Cataluña 18 de julio de 2001 [JUR 2001, 275115].

¹⁴⁰⁰ STSJ Andalucía/Málaga 13 de noviembre de 1998 [AS 1998, 7172].

¹⁴⁰¹ STSJ Castilla-La Mancha 12 de mayo de 1998 [AS 1998, 5823].

¹⁴⁰² STSJ Castilla y León/Valladolid 9 de enero de 2001 [JUR 2001, 120767].

¹⁴⁰³ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 184.

sus directos competidores vayan mal¹⁴⁰⁴. Al respecto es norma fundamental el artículo 21 ET que versa sobre los pactos de no concurrencia y de permanencia en la empresa.

El despido disciplinario como sanción grave del menoscabo de la posición competitiva de la empresa es la herramienta elemental de protección empresarial en el ámbito laboral, sin perjuicio de que el empresario ejercite acciones judiciales paralelas, tales como la indemnización por daños y perjuicios¹⁴⁰⁵, o la devolución de la compensación pagada en concepto de no competencia post-contractual¹⁴⁰⁶. Sin embargo, el despido disciplinario solo puede ser utilizado respecto de quien todavía es trabajador de la empresa pero no respecto de quien vulnera un pacto de no competencia post-contractual, ni tampoco respecto de quien habiendo finalizado la relación laboral revela secretos a competidores, ni quien causando baja en la empresa termina como contrincante o al servicio de un competidor de la empresa¹⁴⁰⁷.

En efecto, la actuación que sí puede ser reprimida con despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual es la referida a la conculcación de los deberes de confidencialidad respecto de las informaciones que por su vital trascendencia la empresa protege o decide preservar del conocimiento de competidores y terceros. Nos referimos a los denominados secretos de empresa: la jurisprudencia, sin ser todo lo fructuosa que se desearía, sí que es concluyente declarando la procedencia del despido disciplinario en todos los casos en los que se acredita verdadera manifestación y revelación de información confidencial reservada o protegida del conocimiento de personas ajenas¹⁴⁰⁸. En caso de que la empresa no haya podido demostrar que la información era secreta y que debía de ser protegida, la jurisprudencia entiende que no se desobedece ningún deber de confidencialidad¹⁴⁰⁹. No obstante, aquí habrá que tener muy en cuenta el derecho a la intimidad del empleado cuando no ha sido previamente informado de esta posibilidad¹⁴¹⁰.

Es más para que el despido disciplinario sea considerado procedente ni siquiera se requiere que el secreto revelado sea empleado a efectos competitivos sino que basta con el potencial peligro por su conocimiento¹⁴¹¹. Incluso es considerado procedente el despido, en supuestos en los que secretos de empresa no lleguen a revelarse, como en el caso de un trabajador que no teniendo obligación de almacenar datos confidenciales y reservados los almacena en sus carpetas informáticas¹⁴¹². También se considera el despido procedente en el caso del empleado que reproduce y fotocopia documentos de su empresa de gran interés logístico y estratégico¹⁴¹³. Sin embargo, no se considera que incida en revelación de secretos aquel trabajador que simplemente descargó un archivo informático y se lo envió a su propio correo electrónico particular para trabajar en casa

¹⁴⁰⁴ STSJ País Vasco 26 de marzo de 1996 [AS 1996, 482].

¹⁴⁰⁵ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Pactos de no concurrencia y de permanencia”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, 2000, p. 285.

¹⁴⁰⁶ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: *La causalidad del despido disciplinario*, cit., p. 250.

¹⁴⁰⁷ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 185.

¹⁴⁰⁸ STSJ Canarias/Las Palmas 28 de enero de 1993 [AS 1993, 16] y STSJ Madrid 10 de abril de 2003 [AS 203, 3257].

¹⁴⁰⁹ STSJ Cataluña 18 de septiembre de 2002 [AS 2002, 3074].

¹⁴¹⁰ STEDH 5 de septiembre de 2017. Caso Barbulescu contra Rumania [TEDH 2017, 61].

¹⁴¹¹ STSJ Madrid 21 de enero de 1997 [AS 1997, 129] y STSJ Madrid 10 de enero de 1994 [AS 1994, 374].

¹⁴¹² STSJ País Vasco 1 de julio de 2002 [AS 2002, 2852].

¹⁴¹³ STSJ Cataluña 20 de mayo de 1999 [AS 1999, 2563].

dado que la esencia del incumplimiento contractual es la declaración del secreto – consumada o proyectada– a terceros competidores¹⁴¹⁴. Ni tampoco es declarado procedente la actuación de aquella trabajadora que cuando prestaba sus servicios de limpieza “*trasladando papeles, procedió a coger y abrir un sobre que se encontraba cerrado*” con información confidencial¹⁴¹⁵.

En la concurrencia desleal el punto de partida se localiza en la apreciación de que la no coincidencia con la actividad de la empresa es un deber laboral básico – artículo 5.d) ET– que se encuentra concretado por el artículo 21.1 ET. En consecuencia para localizar un caso de concurrencia desleal se debe trabajar o tener interés en emplearse en empresa distinta dirigida a la misma clientela potencial. En otros términos, los dos requisitos necesarios son: concurrencia y deslealtad. Por tanto, en un sistema jurídico gobernado por la libertad y el derecho al trabajo, la prohibición o restricción de concurrencia desleal debe restringirse a actividades verdaderamente competitivas para el empresario o que supongan o puedan suponer el ejercicio desviado de la posición del trabajador en la empresa con motivo de la existencia de ese interés¹⁴¹⁶. En consecuencia, el pluriempleo que no suponga competencia entre empleadores está consentido salvo pacto retribuido de plena dedicación¹⁴¹⁷.

La concurrencia significa la participación en el mismo mercado y en un mismo lugar y tiempo; la noción relevante es la de “*mercado*” que exige que los bienes y servicios ofrecidos por la empresa encajen simultáneamente en un triple ámbito: material, geográfico y temporal¹⁴¹⁸. Esta concurrencia en un mismo lugar y tiempo no se da en quien simplemente se plantea cambiar o evolucionar de empresa o instalarse por su cuenta. Sin embargo, es cierto que la simple preparación de la concurrencia desleal puede ser ratificada con despido no pudiendo exigírsele al empresario que espere a que se origine la consumación de ésta para imponer la sanción disciplinaria: los preparativos han de constatarse con algo que signifique una plasmación cierta de la iniciativa desleal¹⁴¹⁹. No se ha considerado que se haya confirmado la concurrencia desleal en la simple entrega del currículum vitae en otra empresa¹⁴²⁰, ni las meras consultas, consejos, conversaciones o ideas con otras empresas del sector¹⁴²¹. La intervención concurrencial significa simultaneidad en el mercado, en el espacio y en el tiempo. No existe deslealtad si los servicios que la segunda empresa ofrece a la sociedad son de diferente naturaleza y condición que los ofertados por la primera empresa¹⁴²², afectan a ámbitos geográficos

¹⁴¹⁴ STSJ Madrid 17 de marzo de 2003 [AS 2003, 2857].

¹⁴¹⁵ STSJ Comunidad Valenciana 3 de mayo de 2016 [JUR 2016, 216060].

¹⁴¹⁶ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 186.

¹⁴¹⁷ GIL ALBURQUERQUE, R.: “La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido disciplinario: una figura tan necesaria como jurídicamente arriesgada”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 173.

¹⁴¹⁸ NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: *La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo: una singular manifestación del deber de buena fe contractual*, Pamplona, Aranzadi, 1997, pp. 215 y 216.

¹⁴¹⁹ SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Despido disciplinario y preparación de la competencia desleal” en *Aranzadi Social*, núm. 5, 1991, p. 40.

¹⁴²⁰ STSJ Murcia 14 de julio de 2003 [JUR 2003, 234961].

¹⁴²¹ STSJ Cataluña 27 de mayo de 2002 [JUR 2002, 191188].

¹⁴²² STSJ Madrid 18 de junio de 2003 [JUR 2003, 263122].

diferentes¹⁴²³ o si ofrece un servicio que la empresa primera no puede formalizar de ninguna manera¹⁴²⁴.

La valoración de la gravedad de las actuaciones referidas a la concurrencia desleal han de medirse atendiendo a dos criterios¹⁴²⁵: en primer lugar, la concurrencia que se sanciona con despido ha de ser destacada y relevante; en otros términos, suficiente para provocar un daño real en la posición competitiva de la empresa¹⁴²⁶. En este sentido, se considera improcedente aquel despido del trabajador que con componentes muy baratos de la propia empresa de limpieza en la que trabaja realiza pequeños trabajos de desinfección por su cuenta y fuera de la jornada laboral¹⁴²⁷. Sin embargo, si se ha considerado procedente el despido disciplinario de quien realiza trabajos idénticos para amigos, familiares, conocidos y conocidos de conocidos¹⁴²⁸. El segundo parámetro de la gravedad atiende a la participación del trabajador en la ocupación o actividad concurrencial¹⁴²⁹. Participación del trabajador que ha de ser considerable y significativa¹⁴³⁰: se viene aceptando la concurrencia desleal en la acción de constituir sociedad o empresa con el mismo objeto social o trabajar en ella¹⁴³¹, desviar clientes¹⁴³², constituir sociedad por persona interpuesta como la esposa¹⁴³³, crear establecimiento comercial similar en la misma zona¹⁴³⁴, utilizar la base de datos de la empresa para prestar servicios en otra¹⁴³⁵, aunque la empresa creada para competir no obtenga la concesión administrativa por la que pugnaba¹⁴³⁶ o solicitar la inscripción de marcas comerciales en el registro con la intención de transferirlas a empresa de la competencia¹⁴³⁷. Dada la existencia de concurrencia relevante con participación significativa del trabajador, el componente desleal e infiel prácticamente se presume. En consecuencia, incumbirá al trabajador la aportación de elementos que justifiquen su concurrencia o descarten la nota de deslealtad. En cualquier caso, “*cuanto mayor es el nivel de conocimiento del funcionamiento y organización de la empresa y el grado de confianza depositada en él por el empleador, mayor razón hay para calificar como desleal la actividad concurrente*”¹⁴³⁸.

Sobre la valoración de la culpabilidad en el quebranto de la prohibición de concurrencia como incidente de la transgresión de la buena fe, el artículo 5.d) ET establece el deber del trabajador de “*no concurrir con la actividad de la empresa, en los términos fijados por esta ley*”, reiterando el artículo 21.1 del mismo texto legal, que “*no*

¹⁴²³ STSJ Madrid 25 de julio de 2002 [AS 2002, 3114].

¹⁴²⁴ STSJ Aragón 5 de febrero de 2003 [JUR 2003, 76201].

¹⁴²⁵ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: *La causalidad del despido disciplinario*, cit., p. 254.

¹⁴²⁶ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 187.

¹⁴²⁷ STSJ Cantabria 28 de septiembre de 2001 [JUR 2001, 328299].

¹⁴²⁸ STSJ Cataluña 21 de noviembre de 2002 [AS 2003, 606].

¹⁴²⁹ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 187.

¹⁴³⁰ STSJ Canarias/Tenerife 26 de marzo de 2013 [JUR 2013, 253546].

¹⁴³¹ STSJ La Rioja 25 de febrero de 2003 [JUR 2003, 129153].

¹⁴³² STSJ Cataluña 20 de noviembre de 2002 [JUR 2003, 19561], STSJ Extremadura 10 de abril de 2003 [JUR 2003, 200334] y STSJ Cataluña 18 de febrero de 2003 [JUR 2003, 116636].

¹⁴³³ STSJ Madrid 9 de abril de 2002 [JUR 2002, 164782].

¹⁴³⁴ STSJ Andalucía/Málaga 31 de octubre de 2002 [JUR 2003, 71138].

¹⁴³⁵ STSJ Cataluña 4 de julio de 2002 [JUR 2002, 243358].

¹⁴³⁶ STSJ País Vasco 18 de febrero de 2003 [JUR 2003, 122644].

¹⁴³⁷ STSJ Galicia 26 de septiembre de 2006 [AS 2007, 3621].

¹⁴³⁸ STS 26 de julio de 1989 [RJ 1989, 5918] y STSJ Madrid 4 de julio de 2014 [AS 2014, 2038].

podrá efectuarse la prestación laboral de un trabajador para diversos empresarios cuando se estime concurrencia desleal". A los preceptos mencionados se le une el reconocimiento constitucional del derecho al trabajo y otros derechos vinculados con el anterior como el derecho de libre elección de profesión u oficio. En suma, *"si bien es indiscutible que la aspiración y el deseo de los trabajadores a una futura y probable competencia con la empresa es perfectamente lícita, pues en definitiva representa preparar el camino para el ejercicio del derecho a la libre elección de profesión u oficio al que se refiere el artículo 35.1 de la Constitución"*, este derecho *"ha de tener sus límites"*, y en este caso los tiene en la *"prohibición de concurrencia que establece nuestro ordenamiento jurídico y que es constante en este tipo de relaciones, como una de las formas de expresión de la lealtad que recíprocamente se deben empleadores y empleados"*¹⁴³⁹. Cualquier precepto que introduzca restricciones de un derecho constitucional –artículo 21.1 ET– deberá ser interpretado restrictivamente¹⁴⁴⁰. El deber de trabajar y el derecho al trabajo de todos los españoles, así como el de elegir libremente la profesión u oficio, ha de ser perfectamente coherente con los principios ordenadores de nuestro sistema jurídico teniendo en cuenta: primero, *"que la Constitución lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal vinculante para todos los poderes públicos y ciudadanos"*; segundo, que *"el derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar sino que supone también el derecho a un puesto de trabajo"*; y tercero, que *"dentro de los llamados derechos y deberes fundamentales, obviamente ha de ser rechazado cualquier sentido o alcance del precepto que pueda restringir aquel derecho, sin una razón plenamente justificada"*¹⁴⁴¹. El elemento que justifica la no actividad concurrente del trabajador es la deslealtad de la misma.

Cuando existe pacto de plena dedicación y el mismo es remunerado la solución es evidente: es procedente el despido del trabajador que se ausenta *"indebidamente y sin justificación alguna"* del ensayo para dirigirse a cantar *"como tenor solista"* en otro concierto¹⁴⁴². Ciertamente que la prohibición del artículo 21 ET cuando no media pacto de plena dedicación, no impide situaciones de pluriempleo porque éstas, en principio, han de ser consideradas lícitas, como también lo son la realización de otras actividades por cuenta propia. El fundamento de esta afirmación se apoya en el ámbito de tal prohibición que se limita a la concurrencia desleal: en otros términos, solo a actividades que se desarrollen dentro del mismo plano en que efectúa las suyas la empresa principal por incidir sobre un mismo mercado y sobre un mismo círculo potencial de clientes, realizándose aquéllas de manera desleal con omisión de las exigencias de la buena fe¹⁴⁴³. En efecto, se incurre en concurrencia desleal cuando *"la actividad del trabajador encaminada a realizar tareas laborales de la misma naturaleza o rama de producción de las que está ejecutando en virtud del contrato de trabajo"* se realiza *"sin consentimiento de su empresario y siempre que se le cause un perjuicio real o potencial"*¹⁴⁴⁴. No se requiere que la actividad sea idéntica sino que sea de la misma

¹⁴³⁹ STS 17 de enero de 1984 [RJ 1984, 57].

¹⁴⁴⁰ MARTÍN VALVERDE, A.: "Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución Española", en AA. VV.: *Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la Constitución*, Madrid, 1980, p. 203.

¹⁴⁴¹ STS 7 de mayo de 1984 [RJ 1984, 2972].

¹⁴⁴² STSJ Madrid 25 de septiembre de 2015 [AS 2015, 2105].

¹⁴⁴³ STS 29 de marzo de 1990 [RJ 1990, 2367].

¹⁴⁴⁴ STS 8 de junio de 1987 [RJ 1987, 4138].

naturaleza e igual rama de producción¹⁴⁴⁵. Ciertamente no toda actividad adicional es concurrencia desleal pero sí aquélla en la que el trabajador puede desviar clientela, aprovechar conocimientos adquiridos en la empresa a la que hace la competencia o incluso prevalerse de la información que ha podido proporcionar o proporciona la presencia en el interior de ésta¹⁴⁴⁶. La línea limítrofe de la licitud o no del proceder del empleado viene a situarse en el hecho de que la actividad concurrente se produzca dentro del mismo plano de acción que la empresa, proyectándose sobre una misma clientela potencial¹⁴⁴⁷. Además, el deber de no concurrencia con la misma ocupación de la empresa puede ser incumplido por el trabajador mientras está prestando servicios en la mercantil pero también cuando se encuentre en situación de suspensión del contrato de trabajo: la suspensión disciplinaria de empleo y sueldo del artículo 45.1.h) ET, no extingue el contrato sino tan sólo implica la prohibición de prestación de servicio y percepción de sueldo; continúa la relación y trabajador y empresario siguen vinculados con los deberes básicos de no concurrencia con la actividad de la empresa. Por tanto, si durante la suspensión de empleo y sueldo, sin autorización de la empresa, y “*desde el primer día en que empezó a cumplirse la sanción*”, trabajó el empleado suspendido, “*en empresa de la competencia en una localidad en la que no existían más que dos empresas de tipo bancario, haciéndolo en puesto de relevancia*”, es patente que tales trabajos determinan competencia desleal pues a la empresa no le interesa que “*exista captación de clientela por otra de la misma actividad*”¹⁴⁴⁸. El trabajador también posee la prohibición de concurrencia desleal durante la situación de excedencia voluntaria¹⁴⁴⁹. Por tanto, el derecho a la excedencia o a otros supuestos de suspensión ha de armonizarse con el deber básico del trabajador de no concurrir con la misma actividad de la empresa del que no queda exonerado durante esta situación¹⁴⁵⁰: no procede imponer la reincorporación del trabajador que durante la situación de excedencia trabaja para la competencia¹⁴⁵¹. Un supuesto singular se localiza en los casos del trabajador fijo discontinuo que presta servicios para otra empresa durante el período de inactividad: “*en efecto, pretender que el trabajador fijo discontinuo esté disponible para la empresa a cuya plantilla pertenece en tal carácter y que, al mismo tiempo, le esté vedado emplearse en otra empresa durante los períodos en que aquélla no le proporciona ocupación, supone una abusiva ruptura del sinalagma ocupacional, incompatible con la condición esencial ínsita en el pacto de exclusividad*”¹⁴⁵². Por otro lado, igualmente, pese a la omisión de artículo 21.1 ET de no mencionar la concurrencia desleal del trabajo por cuenta propia, también con igual o mayor razón se incurre en actividad concurrente desleal cuando se desarrolla por el empleado trabajo por cuenta propia¹⁴⁵³. El criterio de la interpretación lógica o finalista debe completar o integrar el vacío legal apreciable en la normativa, en el sentido de extender a todo régimen de trabajo lo que el tenor literal del art. 21.1 ET declara prohibido respecto de la prestación laboral de un

¹⁴⁴⁵ STSJ Madrid 6 de octubre de 1992 [AS 1992, 4878].

¹⁴⁴⁶ STS 21 de marzo de 1990 [RJ 1990, 2203].

¹⁴⁴⁷ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., p. 82.

¹⁴⁴⁸ STS 14 de mayo de 1986 [RJ 1986, 2555].

¹⁴⁴⁹ STSJ Cataluña 12 de abril de 2005 [JUR 2005, 123525].

¹⁴⁵⁰ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., p. 92.

¹⁴⁵¹ STSJ Galicia 25 de marzo de 1992 [AS 1992, 1254].

¹⁴⁵² STSJ Cantabria 11 de mayo de 1993 [AS 1993, 2336].

¹⁴⁵³ IGLESIAS CABERO, M.: “Transgresión de la buena fe contractual”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 238.

trabajador para diversos empresarios¹⁴⁵⁴. Se concluye la misma solución a través de una aplicación analógica y extensiva del mencionado precepto¹⁴⁵⁵.

Como el incumplimiento de este deber no encuentra ubicación expresa en el artículo 54 ET, la solución ha de consistir en reconducir la prohibición de concurrencia desleal al contenido del deber de buena fe contractual. Esta coincidencia existe cuando se constituye una sociedad dedicada a la misma actividad que la empresa en la que se trabaja incluso si la sociedad constituida aún no ha empezado a funcionar o actuar. La concurrencia desleal prohíbe al trabajador ofrecer similares servicios que su empresario en un mismo mercado y sobre un mismo círculo potencial de clientes¹⁴⁵⁶.

En todo caso, para encontrarnos ante causa justa de despido disciplinario por concurrencia desleal se exige que la actividad del trabajador reúna los siguientes requisitos¹⁴⁵⁷:

1) Que se trate de labores concurrentes con la empresa que lo tiene empleado. La segunda actividad que despliega el trabajador ha de efectuarse en empresa que proyecte su actuación sobre un mismo mercado y sobre un mismo círculo potencial de clientes. Solo es concurrencia desleal aquella ocupación en la que el trabajador puede desviar clientela, aprovechar conocimientos adquiridos por la empresa o lucrarse de la información que obtiene¹⁴⁵⁸.

2) Que exista deslealtad en la actividad del trabajador entendida como utilización en la nueva empresa de los conocimientos obtenidos en la que lo contrató originalmente. También es considerada deslealtad la acción de desviar clientela de la primera empresa en beneficio de la segunda. Situación que suele presentarse con relativa asiduidad en puestos de confianza o jefaturas de departamentos o secciones. *“Para calificar de desleal la concurrencia, se exige que el puesto que el trabajador desempeña en la empresa signifique por su categoría o función la posesión de datos internos de la empresa que constituyen una potenciación de la actividad competitiva, y por ello mismo, una deslealtad en la libre concurrencia de mercado”*¹⁴⁵⁹. Para que la concurrencia desleal pueda considerarse constitutiva de quebrantamiento contractual debe concurrir un elemento intencional revelador de una premeditada conducta desleal del trabajador respecto de la empresa que no sólo remunera su trabajo sino que también le facilita medios para adquirir experiencia y perfeccionamiento profesional que luego pretende utilizar en su propio provecho y en perjuicio real o potencial para los intereses de su empresa, *“lo que implica pleno conocimiento por parte del trabajador de tales circunstancias”*¹⁴⁶⁰.

¹⁴⁵⁴ STS 7 de marzo de 1990 [RJ 1990, 1773].

¹⁴⁵⁵ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., p. 83.

¹⁴⁵⁶ GIL ALBURQUERQUE, R.: “La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido disciplinario: una figura tan necesaria como jurídicamente arriesgada”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 173.

¹⁴⁵⁷ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, cit., pp. 943 y 944.

¹⁴⁵⁸ STSJ Castilla y León/Valladolid 18 de marzo de 2004 [JUR 2004, 140661].

¹⁴⁵⁹ STS 8 de marzo de 1991 [RJ 1991, 1840].

¹⁴⁶⁰ STSJ Baleares 6 de marzo de 2006 [AS 2006, 1882].

3) No se requiere la efectiva concurrencia desleal sino que basta con la mera intencionalidad de la misma. Simple intencionalidad que se traduce en actos que tiendan a esa finalidad aunque no haya llegado a materializarse. Puede existir concurrencia desleal aunque no se haya ejecutado la puesta en marcha de la nueva empresa siempre que se hayan desarrollado actos preparatorios¹⁴⁶¹. Cabe apreciar concurrencia desleal en el intento de reclutar o incorporar a otros trabajadores de la empresa manejando su afluencia para utilizar carteras de clientes o datos sobre liquidaciones. En cualquier caso para estructurar y argumentar la causa de despido es necesaria la existencia de hechos que constaten la intencionalidad de su autor sin que sean suficientes las meras sospechas y requiriéndose de actos determinados que rebasen los meros proyectos. No se aprecia infracción del deber de buena fe contractual en la conducta de un trabajador que “*proyectaba*” crear una empresa junto con otros compañeros de trabajo porque tales proyectos “*no tuvieron materialización real alguna*”. En estos casos, la concurrencia desleal es inexistente pues el establecimiento por cuenta propia no llegó a concretarse. En cuanto a la “*deslealtad*” hacia la empresa en la que trabajaba por la concepción e iniciación de gestiones para la creación de otra empresa “*tampoco cabe apreciarla*”, pues la “*lealtad a la empresa obliga al empleado, entre otras cosas, a no aprovecharse indebidamente de su reputación o esfuerzo; a no beneficiarse de forma ilícita con la información sobre productos, procesos y clientes que pueda proporcionar la pertenencia a la misma; y a mantenerla informada de manera puntual de las propias actividades profesionales que puedan afectar a sus intereses. Pero ese deber de lealtad no puede inhibir la propia libertad profesional y de trabajo del trabajador, ni puede exigir una noticia inmediata y detallada de lo que es un mero proyecto, cuya viabilidad o realización están en estudio*”¹⁴⁶².

En fin, la jurisprudencia tampoco mantiene una postura uniforme sino que se exteriorizan dos líneas jurisprudenciales. La primera línea jurisprudencial considera suficiente la manifestación externa de la intención de competir en forma desleal aunque no se hayan concretado las actuaciones pertinentes, en cuanto que se estima que el condicionante es el elemento intencional revelador de una premeditada conducta, que una vez exteriorizada, hace incomprensible mantener a quien la observa en su puesto de trabajo¹⁴⁶³. Pero aunque sean sancionables los meros actos preparatorios se requiere que la intención del empleado posea una mínima repercusión externa. Cuando no se presentan más que sospechas sin concretar hechos que revelen una intención o dedicación torticera, no puede introducirse la conducta enjuiciada en el supuesto del precepto que se dice conculcado en referencia al artículo 54.2.d) ET¹⁴⁶⁴. Sin embargo, se van desarrollando determinadas sentencias que producen la apertura de una segunda corriente jurisprudencial más flexible al aplicar la doctrina gradualista. Corriente jurisprudencial minoritaria que realza la necesidad de que los actos preparatorios posean una determinada traducción externa. La existencia de una transgresión grave y culpable de la buena fe contractual no es reducible a un mero proyecto de concurrencia. Si el propósito de competencia desleal del empleado se traduce en un intento de reclutamiento de otros trabajadores de la empresa que se materializa en la celebración de determinadas reuniones utilizando “*no sólo su cartera de clientes, sino, incluso, las propias liquidaciones retenidas que servirían como base inicial de financiación sin perjuicio de su posterior devolución a la empresa*”, es patente la existencia “*de actos*

¹⁴⁶¹ STSJ Andalucía/Sevilla 2 de febrero de 2004 [JUR 2005, 74950].

¹⁴⁶² STSJ Madrid 21 de febrero de 2006 [AS 2006, 1177].

¹⁴⁶³ STS 18 de noviembre de 1983 [RJ 1983, 5611].

¹⁴⁶⁴ STS 13 de mayo de 1986 [RJ 1986, 2541].

*preparatorios de una competencia desleal con gravedad suficiente para justificar la sanción de despido*¹⁴⁶⁵. La lealtad a la empresa obliga al empleado a no aprovecharse indebidamente de su reputación o esfuerzo; a no beneficiarse de forma ilícita con la información sobre productos, procesos y clientes que pueda proporcionar la pertenencia a la nueva empresa; y a informar a la empresa para la que trabaja de manera puntual de las propias actividades profesionales que puedan afectar a sus intereses. Pero este deber de lealtad no puede inhibir la propia libertad profesional y de trabajo del empleado, ni puede exigir una noticia inmediata y detallada de lo que es un mero proyecto cuya viabilidad o realización aún están en estudio¹⁴⁶⁶. En suma, las circunstancias del caso deberán ser observadas con detenimiento, diferenciándose la conducta consistente en una concreción real de iniciativa de competencia desleal de los meros actos de consulta¹⁴⁶⁷.

4) Es intrascendente la existencia de deterioro económico para la empresa; basta únicamente la pretensión para concurrir en competencia desleal, así como su mera potencialidad, sin que sea imprescindible que se tenga en cuenta la producción del daño¹⁴⁶⁸. La razón del no requerimiento de un efectivo resultado perjudicial para la empresa siendo suficiente con que sea potencial se localiza en el elemento intencional revelador de una premeditada conducta desleal respecto de la empresa. Lo anterior no es óbice para que exista una corriente judicial que aplicando a esta causa de despido la doctrina gradualista, tenga en cuenta, entre otros criterios, la existencia de perjuicio económico real para la empresa con la que justificar la sanción de despido¹⁴⁶⁹.

5) Ausencia de conocimiento y asentimiento empresarial. La jurisprudencia ha estimado que la concurrencia no es desleal –por tanto, el despido es improcedente– cuando el empresario es perfectamente conocedor de la situación de concurrencia y la tolera¹⁴⁷⁰, o cuando no existe ocultación alguna por parte del trabajador¹⁴⁷¹, máxime si el trabajador desempeñaba esa actividad por quien ahora le despide¹⁴⁷². En otros términos, si el empresario conoció y no se opuso o incluso autorizó la actividad del trabajador no cabe estimar la existencia de concurrencia desleal. Pero sí que cabe apreciar la concurrencia desleal si ésta se produce desde el momento en que el empresario apercibió que quedaba prohibida la deslealtad que antes consintió: la empresa vino consintiendo esa actividad hasta el momento en que se advierte, “*por escrito*”, que “*si cualquier trabajador era encontrado trabajando para otra empresa se consideraría motivo inmediato de despido*”, siendo justamente a partir de esta advertencia cuando no puede aceptarse que la actividad de los trabajadores despedidos “*fuera consentida por la empresa*”. Esa advertencia permite concluir que los trabajadores “*realizaban su actividad concurrente sabiendo que con ello contravenían*

¹⁴⁶⁵ STS 7 de octubre de 1987 [RJ 1987, 6855].

¹⁴⁶⁶ STS 17 de mayo de 1991. [RJ 1991, 3916].

¹⁴⁶⁷ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., p. 90.

¹⁴⁶⁸ STSJ Cataluña 18 de enero de 2016 [JUR 2016, 50762].

¹⁴⁶⁹ STSJ País Vasco 4 de abril de 2006 [JUR 2006, 189370].

¹⁴⁷⁰ STSJ Andalucía/Granada 11 de marzo de 2003 [JUR 2003, 136609] y STSJ Andalucía/Sevilla 20 de noviembre de 2001 [JUR 2003, 2606].

¹⁴⁷¹ STSJ Comunidad Valenciana 27 de septiembre de 2001 [AS 2002, 1940].

¹⁴⁷² STSJ Comunidad Valenciana 1 de febrero de 2001 [AS 2001, 1704].

*las instrucciones de la empresa y, desde luego, no ignoraban que estaban irrogando un perjuicio a la empresa, sobre todo cuando desviaban clientes*¹⁴⁷³.

En suma, el artículo 21.1 ET debe interpretarse restrictivamente del mismo modo en que son interpretados los preceptos que impongan cualquier límite a derechos constitucionalmente reconocidos. Pese a que la prohibición de competencia desleal implica una limitación a la libertad constitucional, la tónica dominante en la jurisprudencia ha sido su lectura expansiva¹⁴⁷⁴. En la actualidad son numerosas las sentencias que construyen el contenido jurisprudencial de la competencia desleal de acuerdo a una detallada valoración del puesto que el trabajador desempeña en la empresa principal, a su cualificación, a los datos internos que posee, a la formación recibida, al perjuicio ocasionado a la empresa y cualquier otra cuestión importante antes de calificar la conducta del trabajador: el criterio decisivo no es el daño causado o susceptible de causar por la actividad competencial¹⁴⁷⁵.

Por otro lado, de acuerdo con el artículo 21.2 ET, el empresario y el trabajador podrán celebrar un pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, siempre que no tenga una duración superior a los dos años para los técnicos y de seis meses para los demás empleados. Este pacto solo será válido si concurren los siguientes requisitos: primero, “*que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial en ello*”; y segundo, “*que se satisfaga al trabajador una compensación económica adecuada*”¹⁴⁷⁶. La celebración de este acuerdo se caracteriza por las siguientes condiciones¹⁴⁷⁷: puede celebrarse como pacto individual en cualquier momento del contrato, ya sea en el inicio, durante la vigencia de la relación laboral o en el momento de su extinción; el empleador ha de poseer un efectivo interés industrial o comercial que evidencie la celebración del pacto de no concurrencia; la prohibición de competencia solo afectará a aquellas actividades que realmente supongan un perjuicio para la empresa –campo de actuación coincidente– siendo nula la prohibición de concurrencia universal; el acuerdo de no concurrencia ha de encontrarse justificado, técnica o comercialmente, siendo preciso que el trabajador posea conocimientos acerca de las técnicas organizativas o de producción de la empresa; y, por último, el empresario debe abonar al trabajador una compensación económica adecuada.

4.2.3 Conveniencia de la categoría en la empresa para el lucro indebido: abuso de confianza y manejo de productos propiedad de la empresa

Los casos en los que el trabajador se aprovecha de su situación empresarial para la realización de diversas acciones tendentes a calificarlas con despido disciplinario reciben el nombre de lucro indebido. Nos referimos a acciones tales como hurtos, robos, estafas, apropiaciones indebidas, cobros de comisiones o sobornos –entre otras–. Para que el despido disciplinario pueda ser calificado procedente no se requiere que el trabajador obligatoriamente deba beneficiarse o lucrarse a costa de la empresa

¹⁴⁷³ STSJ Baleares 6 de marzo de 2006 [AS 2006, 1882].

¹⁴⁷⁴ MOLINA NAVARRETE, C.: “Artículo 5. Deberes laborales”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al: El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 145.

¹⁴⁷⁵ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., p. 94.

¹⁴⁷⁶ Artículo 21.2 ET.

¹⁴⁷⁷ TOLOSA TRIBIÑO, C.: *Despido: comentarios, jurisprudencia, formularios*, cit., pp. 148 y 149.

ocasionándole a ésta un perjuicio económico sino que también puede aprovecharse de terceras personas como clientes, proveedores, compañeros de trabajo o subcontratistas; la base para que el trabajador se beneficie de la relación laboral de la que disfruta con la empresa es actuar movido por la búsqueda de un lucro indebido; en otros términos, en provecho y a favor de su persona o de terceros –un familiar o amigo– provocando la ruptura de la confianza consignada por la empresa en este trabajador¹⁴⁷⁸.

Lo determinante en este tipo de conductas es el ánimo defraudatorio del trabajador; de su voluntad de apropiarse de algo que no es suyo abusando de la confianza necesariamente otorgada por la empresa¹⁴⁷⁹. Este enjuiciamiento de la sanción disciplinaria que realizarán los tribunales laborales es independiente a las diligencias penales que puedan abrirse por el delito penal cometido por el trabajador¹⁴⁸⁰: la finalidad del proceso de despido no es la declaración de culpabilidad del despedido sobre el que no se ha formulado acusación penal sino que su objeto se centra en el debate de “*si existe o no, a la luz del Derecho Laboral, una causa justificante del despido disciplinario*”¹⁴⁸¹. La dificultad de los pleitos que transgreden la buena fe contractual por beneficio de la posición del trabajador en la empresa para el lucro indebido se localiza, no en la cuestión de fondo, sino en la actividad probatoria de los hechos imputados.

En los casos de sustracciones de bienes patrimoniales de propiedad empresarial una complejidad se localiza en la coordinación de las actuaciones ante la jurisdicción social y las practicadas en vía penal: es posible que las conclusiones de ambas jurisdicciones difieran porque cada una de ellas observa los hechos desde una visión diferente, siendo posible que unos mismos hechos conlleven sanción penal y no laboral o viceversa, dado que las órdenes jurisdiccionales son independientes al operar con valoraciones jurídicas distintas. Cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico pueda producirse se hará de forma individualizada, pero no puede ocurrir lo mismo “*en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado*”¹⁴⁸². En otros términos, lo que no puede admitirse es que unos hechos existan para una jurisdicción y dejen de existir para la otra, debiendo de coincidir no solo por la primacía de la lógica sino por aplicación del principio de seguridad jurídica¹⁴⁸³.

Transponiendo la doctrina expuesta a conductas asimilables a hurtos y robos, constituye transgresión de la buena fe contractual la sustracción de productos de la propia empresa –incluso aunque la sustracción se produzca por el trabajador en supermercado diferente del que se desarrolla la relación laboral¹⁴⁸⁴– pero también de la empresa cliente¹⁴⁸⁵: incurre en transgresión de la buena fe contractual con quiebra de los más elementales deberes que ha de presidir toda relación laboral, “*quien sustrae bienes*

¹⁴⁷⁸ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al*: *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 188.

¹⁴⁷⁹ STSJ Madrid 8 de marzo de 2002 [JUR 2002, 138748].

¹⁴⁸⁰ STS 28 de diciembre de 1999 [RJ 2000, 657].

¹⁴⁸¹ STS 23 de diciembre de 1999 [RJ 1999, 10085].

¹⁴⁸² STC 77/1983, de 3 de octubre [RTC 1983, 77].

¹⁴⁸³ TOLOSA TRIBIÑO, C.: *Despido: comentarios, jurisprudencia, formularios*, cit., pp. 145 y 146.

¹⁴⁸⁴ STS 21 de septiembre de 2017 [RJ 2017, 4310].

¹⁴⁸⁵ STSJ Murcia 2 de septiembre de 2003 [JUR 2003, 250421].

de la empresa en cuyo centro de trabajo presta servicios”¹⁴⁸⁶. La conducta de estafa –ya sea a la propia empresa para la que se trabaja, a terceros que tienen vínculo con la empresa o a quienes no tienen concomitancia alguna con la sociedad pero acaban implicando de algún modo a la imagen de la empresa– constituye indudablemente una conducta transgresora e inobservante de la buena fe¹⁴⁸⁷. La apropiación indebida –tanto de dinero como de bienes– es también una conducta ajustada a la causa justa de despido disciplinario del artículo 54.2.d) ET¹⁴⁸⁸. Muchos son los supuestos que en este sentido han declarado procedente el despido: cargar una máquina tragaperras con menos dinero del que la empresa le había facilitado¹⁴⁸⁹; utilizar dinero del banco para pagar sus gastos particulares¹⁴⁹⁰; o ayudar a un compañero a consumir la sustracción de bienes¹⁴⁹¹. Además el sujeto pasivo de estas conductas no tiene obligadamente que ser la empresa para la que se trabaja sino que también podrán ser los propios compañeros de trabajo¹⁴⁹² o los usuarios del servicio¹⁴⁹³: prototipo de lo anterior se localiza en los supuestos en los que un trabajador se apropia indebidamente de las propinas colectivas de los clientes¹⁴⁹⁴; cuando se roba el teléfono móvil de un compañero de trabajo¹⁴⁹⁵; o a los clientes de la empresa –limpiadores de un hotel que se apropiaban de los objetos olvidados por los clientes¹⁴⁹⁶–; o cuando se cobran comisiones ilegales a los proveedores¹⁴⁹⁷. Además el beneficiario último de la sustracción o apropiación no tiene que ser indispensablemente el trabajador sino que puede serlo una tercera persona ajena¹⁴⁹⁸.

El análisis de la ponderación de la gravedad de estos comportamientos es una de las pautas más problemáticas de esta causa de despido disciplinario. La razón de la extinción de la relación laboral no la encontramos en el valor económico de lo sustraído por el trabajador sino en el valor ético y deshonorado de la conducta de apropiación de algo ajeno al trabajador¹⁴⁹⁹. Si la verdadera pretensión del trabajador no era la de apropiarse definitivamente del objeto sustraído sino simplemente utilizarlo para luego devolverlo, la gravedad será menor lo que conllevará la minoración de la sanción¹⁵⁰⁰. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido especialmente tajante con las conductas consistentes en la sustracción o apropiación de lo ajeno en el ámbito empresarial: con estas acciones “*se defrauda los intereses empresariales y la confianza en el operario depositada con independencia de la mayor o menor cuantía de los perjuicios*”

¹⁴⁸⁶ STSJ Castilla y León/Valladolid 22 de abril de 2003 [JUR 2003, 138591] y STSJ Cataluña 18 de abril de 1996 [AS 1996, 1450].

¹⁴⁸⁷ STSJ Castilla-La Mancha 27 de abril de 2017 [JUR 2017, 150155], STSJ Andalucía/Málaga 14 de febrero de 1997 [AS 2001, 2069], STSJ Castilla-La Mancha 25 de abril de 2001 [AS 2001, 2069], STSJ Murcia 21 de julio de 2003 [JUR 2003, 235206] y STSJ Murcia 7 de abril de 2003 [AS 2003, 1360].

¹⁴⁸⁸ STSJ Canarias/Tenerife 10 de marzo de 2017 [AS 2017, 1716] y STSJ Cataluña 18 de marzo de 2003 [JUR 2003, 130126].

¹⁴⁸⁹ STSJ Cantabria 4 de diciembre de 1995 [AS 1995, 4636].

¹⁴⁹⁰ STS 5 de octubre de 1990 [RJ 1990, 7530].

¹⁴⁹¹ STSJ Madrid 19 de diciembre de 2000 [AS 2001, 722].

¹⁴⁹² GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., pp. 189 y 190.

¹⁴⁹³ STSJ Castilla-La Mancha 27 de abril de 2017 [JUR 2017, 150155].

¹⁴⁹⁴ STSJ Castilla-La Mancha 18 de diciembre de 1998 [AS 1998, 6782].

¹⁴⁹⁵ STSJ Cataluña 30 de septiembre de 2002 [JUR 2002, 256387].

¹⁴⁹⁶ STSJ Andalucía/Sevilla 12 de diciembre de 1997 [AS 1997, 4565].

¹⁴⁹⁷ STSJ Cataluña 18 de octubre de 1999 [AS 1999, 4538].

¹⁴⁹⁸ STS 30 de abril de 1990 [RJ 1990, 3515].

¹⁴⁹⁹ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 190.

¹⁵⁰⁰ STSJ Cataluña 3 de mayo de 1999 [AS 1999, 2548].

*causados*¹⁵⁰¹; y “*en materia de sustracciones o apropiaciones indebidas no cabe apreciar como circunstancia atenuadora la escasa entidad económica de lo apropiado*”¹⁵⁰². De este modo, se han estimado graves para proceder al despido disciplinario del trabajador las siguientes conductas: sustraer una merluza¹⁵⁰³; apropiarse de herramientas de un valor no elevado¹⁵⁰⁴; apoderarse del importe de un billete de avión del que se solicita el reembolso¹⁵⁰⁵; adueñarse de varias bolsas de patatas fritas¹⁵⁰⁶; o llevarse una caja de lijas¹⁵⁰⁷. Aunque el requisito de la gravedad no tiene que venir condicionado necesariamente por el importe económico, es evidente que “*cuando el montante económico del objeto puesto en riesgo es grande, es lógico y pauta de toda norma de conducta humana que las medidas de seguridad a adoptar sean mayores*”¹⁵⁰⁸. La doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia siguen manteniendo los mismos criterios que la precitada doctrina del Tribunal Supremo: “*la gravedad de la conducta no reside tanto en el importe de lo sustraído, como en el hecho mismo de la sustracción*”¹⁵⁰⁹; es “*indiferente la cuantía de los perjuicios ocasionados ni que los mismos hayan llegado a materializarse, pues el despido no es una sanción por el daño ocasionado, sino por la lógica pérdida de confianza derivada de la conducta realizada*”¹⁵¹⁰. El valor de lo sustraído no es el único criterio importante para valorar una falta de esta naturaleza sino que deben ser tenidos en cuenta otros criterios como la peligrosidad de la conducta para la organización del trabajo y la necesidad estricta de prevenir comportamientos semejantes¹⁵¹¹. Se estima de notoria gravedad el supuesto en el que un dependiente reponedor de supermercado se apropia de un bolígrafo, una muñequera, una botella de agua y una barra de labios¹⁵¹². También se considera grave la sustracción de género de la pescadería en la que se es jefe de departamento aunque sólo sea por valor de 25 euros¹⁵¹³ o la apropiación de una lata de aceite de poco más de 6 euros de valor¹⁵¹⁴. No atenúa la responsabilidad del trabajador el proceder a la devolución de lo sustraído cuando ya ha sido sorprendido por la empresa.

Sin embargo, existe doctrina judicial exigua y reducida que defiende –y de manera crítica con la jurisprudencia tradicional– que el criterio que atribuye gravedad a toda sustracción de objetos propiedad de la empresa con independencia de su valor, “*no puede ser utilizado como un axioma intangible*”¹⁵¹⁵. El razonamiento que fundamenta esta postura es la siguiente: “*desde la perspectiva de los principios de orden general, debe reputarse prevalente el de la proporcionalidad entre la gravedad de la falta y la entidad de la sanción, sin permisible selectividad excluyente de las sustracciones. Así lo hace el propio Código Penal, y no se ve causa bastante para que en el ámbito sancionador laboral se sobrevalore más aún que en otros la protección del derecho de*

¹⁵⁰¹ STS 6 de junio de 1987 [RJ 1987, 4133].

¹⁵⁰² STS 22 de noviembre de 1989 [RJ 1989, 8230].

¹⁵⁰³ STS 16 de octubre de 1991 [RJ 1991, 7216].

¹⁵⁰⁴ STS 17 de septiembre de 1990 [RJ 1990, 7014].

¹⁵⁰⁵ STS 13 de febrero de 1990 [RJ 1990, 912].

¹⁵⁰⁶ STS 22 de noviembre de 1989 [RJ 1989, 8230].

¹⁵⁰⁷ STS 3 de octubre de 1988 [RJ 1988, 7503].

¹⁵⁰⁸ STSJ Castilla y León/Valladolid 14 de mayo de 2002 [AS 2002, 2104].

¹⁵⁰⁹ STSJ Comunidad Valenciana 14 de enero de 2000 [AS 2000, 2175].

¹⁵¹⁰ STSJ Murcia 7 de octubre de 2002 [AS 2002, 3124].

¹⁵¹¹ IGLESIAS CABERO, M.: “Transgresión de la buena fe contractual”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 237.

¹⁵¹² STSJ Comunidad Valenciana 14 de enero de 2000 [AS 2000, 2175].

¹⁵¹³ STSJ Murcia 7 de octubre de 2002 [AS 2002, 3124].

¹⁵¹⁴ STSJ Cataluña 11 de junio de 2002 [AS 2002, 2441].

¹⁵¹⁵ STSJ Cantabria 17 de noviembre de 1992 [AS 1992, 5586].

*propiedad a la de bienes merecedores de superior tutela, como la dignidad o la intimidad*¹⁵¹⁶.

No obstante, jurisprudencia y doctrina mayoritaria defienden que cuando el trabajador maneja dinero o productos de la empresa, no es preciso que su comportamiento ocasione daños reales considerables; para que exista justa causa de despido es suficiente con la simple pérdida de confianza que la defraudación y mal actuar del trabajador haya podido suponer sin tener en cuenta los perjuicios económicos: *“no es la esencia de este incumplimiento el daño causado, sino el quebranto de la buena fe depositada y de lealtad debida, pues la falta se configura por la ausencia de valores éticos en quien comete la trasgresión”*¹⁵¹⁷.

En este sentido, de acuerdo con la jurisprudencia más reciente, se transgrede la buena fe contractual cuando el empleado sustrae productos de escaso valor económico en otro establecimiento y fuera del horario normal de trabajo. Con todo, y al margen del mayor o menor perjuicio económico que suponga el valor de los objetos hurtados, lo más relevante es, sin duda, que una vez detectada la conducta de sustraer productos en otro centro de trabajo, difícilmente puede sostenerse que no se haya quebrado la confianza que la empresa deposita en la trabajadora que ocupa un puesto de trabajo como cajera-reponedora en otro de sus establecimientos. Desde esta perspectiva resulta de aplicación el mismo razonamiento que ofrece de ordinario la doctrina jurisprudencial para argumentar que la pérdida de confianza y la transgresión de la buena fe es lo que justifica la sanción de despido al trabajador en los supuestos en los que se apropia de bienes de la empresa de escasa relevancia y mínimo valor económico, cuando idéntica actuación se produce fuera de su horario y lugar de trabajo, pero en otro establecimiento de su misma empresa¹⁵¹⁸.

Si la pérdida de confianza realmente existe no es posible admitir que dicha pérdida sucede en graduación mayor o menor: una vez que se evidencia que la confianza se ha perdido no resulta aplicable la doctrina gradualista que puede adaptarse en otros supuestos¹⁵¹⁹. La acreditada pérdida de confianza, por su especial y esencial naturaleza, no admite grados de valoración y una vez producida se rompe el equilibrio de las relaciones trabajador-empresario impidiendo el restablecimiento posterior¹⁵²⁰: constatada la pérdida de confianza y la transgresión de la buena fe contractual, el incumplimiento es grave, no siendo de aplicación la doctrina gradualista¹⁵²¹. La esencia de la transgresión a la buena fe contractual no radica en la causación de un daño evaluable económicamente sino en la vulneración de la lealtad debida de la buena fe, recíprocamente exigible en cualquier relación contractual y significativamente en la laboral, de tal modo que la empresa no está obligada a mantener una relación con un trabajador que *“despreciando la confianza depositada”* se apropia de *“determinados productos por escaso que sea su valor”*¹⁵²². Se defiende que en el supuesto de abuso de

¹⁵¹⁶ STSJ Cantabria 17 de noviembre de 1992 [AS 1992, 5586], STSJ Andalucía/Málaga 9 de julio de 1993, [AS 1993, 3313], STSJ Andalucía/Málaga 21 de marzo de 1994 [AS 1994, 1108], STSJ Navarra 27 de septiembre de 1996 [AS 1996, 2793] y STSJ Andalucía/Málaga 3 de julio de 2000 [AS 2000, 3521].

¹⁵¹⁷ STS 8 de febrero de 1991 [RJ 1991, 817].

¹⁵¹⁸ STS 21 de septiembre de 2017 [JUR 2017, 257363]

¹⁵¹⁹ ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al: Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 261.

¹⁵²⁰ STSJ Andalucía/Granada 6 de abril de 2017 [JUR 2017, 189327].

¹⁵²¹ STSJ Madrid 11 de enero de 2005 [JUR 2005, 60238].

¹⁵²² STSJ Comunidad Valenciana 3 de marzo de 2005 [AS 2005, 1060].

confianza no puede hacerse uso de la doctrina gradualista, ya que basta el quebranto de los deberes de fidelidad y lealtad implícitos en la relación laboral para que se dé la causa de despido, “*porque ni en la desconfianza cabe establecer grados ni la deslealtad requiere la existencia de un resultado*”¹⁵²³. Incidiendo en lo reiterado, “*no cabe señalar grados ni distingos, pues la confianza se tiene o no se tiene*”¹⁵²⁴.

No actúa en justificación de la pérdida de confianza la autoinculpación del autor de la falta, su expreso reconocimiento o asentimiento, ni la devolución posterior de lo apropiado –la devolución voluntaria puede tener repercusión respecto a la responsabilidad penal pero no respecto a la laboral¹⁵²⁵–, ya que la obligación de restituir los perjuicios causados a la empresa es compatible con la rescisión del vínculo contractual. Tampoco actúa como dispensador de la merma de confianza que el trabajador tenga una determinada antigüedad en la empresa que en modo alguno puede constituir una coraza que libere al trabajador de sus obligaciones contractuales¹⁵²⁶. En relación a lo expuesto, se consideran conductas más que suficientes para justificar el despido supuestos tan variados como los siguientes¹⁵²⁷:

- Vender solomillo de ternera marcando un precio inferior¹⁵²⁸.
- No ingresar facturas cobradas aunque sean de reducidas cuantías¹⁵²⁹.
- Realizar una transacción sin el correspondiente control mecánico de la operación¹⁵³⁰.
- Pagar un euro por unas zapatillas y luego devolverlas por su precio verdadero¹⁵³¹.
- Incluir en las facturas gastos no justificados¹⁵³².
- Emitir facturas falsas por el trabajador¹⁵³³.
- No sufragar a la empresa el importe de ocho billetes de autobús¹⁵³⁴.
- Apropiación de dos destornilladores¹⁵³⁵.
- Repostar gasolina en vehículo propio utilizando la tarjeta de la empresa¹⁵³⁶.
- Concesión de un préstamo propio¹⁵³⁷.
- Utilizar su posición de jefe para percibir comisiones de un proveedor sin conocimiento de la empresa para la que trabajaba¹⁵³⁸.
- Cobrar cantidades económicas a terceras personas por cuenta de la empresa y retenerlas para beneficio propio¹⁵³⁹.

¹⁵²³ STSJ Cataluña 8 de febrero de 2002 [AS 2002, 1407].

¹⁵²⁴ STSJ Castilla-La Mancha 28 de febrero de 2002 [AS 2002, 1744] y STSJ Castilla-La Mancha 2 de junio de 2005 [JUR 2005, 142354].

¹⁵²⁵ STSJ País Vasco 19 de septiembre de 2017 [JUR 2017, 296628].

¹⁵²⁶ STSJ Cataluña 31 de marzo de 2005 [JUR 2005, 124664].

¹⁵²⁷ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al*: *Extinción del contrato de trabajo*, cit., pp. 937 y 938.

¹⁵²⁸ STSJ La Rioja 10 de febrero de 2005 [AS 2005, 485].

¹⁵²⁹ STSJ Castilla-La Mancha 2 de junio de 2005 [JUR 2005, 142354].

¹⁵³⁰ STSJ Comunidad Valenciana 11 de marzo de 2005 [AS 2005, 1046].

¹⁵³¹ STSJ Murcia 11 de abril de 2005 [JUR 2005, 99416].

¹⁵³² STSJ Murcia 8 de junio de 2005 [JUR 2005, 154790].

¹⁵³³ STSJ Cataluña 12 de abril de 2005 [JUR 2005, 123394] y STSJ Comunidad Valenciana 11 de febrero de 2005 [AS 2005, 965].

¹⁵³⁴ STSJ Baleares 10 de febrero de 2003 [JUR 2004, 10466].

¹⁵³⁵ STSJ Cataluña 18 de febrero de 2005 [JUR 2005, 80154].

¹⁵³⁶ STSJ Cataluña 8 de abril de 2005 [JUR 2005, 123838].

¹⁵³⁷ STSJ Comunidad Valenciana 23 de marzo de 2005 [AS 2005, 949].

¹⁵³⁸ STS 18 de septiembre de 1989 [RJ 1989, 6453] y STSJ País Vasco 28 de marzo de 2006 [AS 2006, 889].

- Cobrar consumiciones sin registrarlas, sin entregar el ticket al cliente, ni ingresar en caja el importe de las mismas¹⁵⁴⁰.
- Apropiarse del dinero de la caja¹⁵⁴¹.
- Empleado bancario que teniendo confiadas las funciones de cajero dispone de fondos depositados en la sucursal en la que prestaba sus servicios¹⁵⁴².
- Apoderarse del importe de un billete de autobús cobrando el viaje al cliente y no entregándole el ticket del mismo¹⁵⁴³.
- Declarar la venta de cajas de cerveza por importe menor al estipulado para quedarse con la diferencia¹⁵⁴⁴.
- Entregar a los clientes menos material que el facturado quedándose con el resto¹⁵⁴⁵.
- Facturar al cliente más producto del realmente entregado liquidando a la empresa por la cantidad verdadera con la consiguiente apropiación de la diferencia¹⁵⁴⁶.
- Médico de la Seguridad Social que recibe dinero por librar un certificado de defunción cuando son gratuitos a los beneficiarios del sistema¹⁵⁴⁷.

Estas posiciones doctrinales y jurisprudenciales en la que no ha lugar a la aplicación de la doctrina gradualista en situaciones de sustracciones o defraudaciones por el trabajador a la empresa no es unánime: existen sentencias en las que sí se emplea la doctrina de la proporcionalidad y la adecuación calificando el despido de improcedente incluso en incidentes en los que el convenio colectivo parece excluir las precitadas doctrinas¹⁵⁴⁸. *“Es cierto que el convenio colectivo considera falta muy grave la deslealtad o abuso de confianza en las gestiones y en el desempeño del trabajo y la trasgresión de la buena fe contractual pero en la valoración de estas conductas es necesario ponderar las circunstancias concurrentes, en tanto que deben ser conductas de una entidad suficiente, entendida como grave y culpable, que les haga acreedoras de tal encuadramiento”*¹⁵⁴⁹. De este modo se ha estimado improcedente el despido en los siguientes supuestos¹⁵⁵⁰:

- En el caso de sustracción de objetos de escaso valor dada la antigüedad del trabajador, la falta de incidencia en su relación de hecho y el escaso perjuicio económico para la empresa¹⁵⁵¹, junto con el hecho de que lo sustraído no llegó a salir del recinto empresarial¹⁵⁵².
- Cuando el trabajador nunca ha sido sancionado anteriormente¹⁵⁵³.

¹⁵³⁹ STS 29 de junio de 1987 [RJ 1987, 4655].

¹⁵⁴⁰ STS 16 de octubre de 1986 [RJ 1986, 5836].

¹⁵⁴¹ STS 20 de septiembre de 1985 [RJ 1985, 4335].

¹⁵⁴² STS 14 de marzo de 1985 [RJ 1985, 1337].

¹⁵⁴³ STS 18 de mayo de 1987 [RJ 1987, 3725].

¹⁵⁴⁴ STS 30 de octubre de 1984 [RJ 1984, 5350].

¹⁵⁴⁵ STS 16 de octubre de 1985 [RJ 1985, 5144].

¹⁵⁴⁶ STS 16 de junio de 1990 [RJ 1990, 5473].

¹⁵⁴⁷ STS 2 de octubre de 1984 [RJ 1984, 5216].

¹⁵⁴⁸ ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al*: *Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 262.

¹⁵⁴⁹ STSJ Madrid 17 de mayo de 2005 [JUR 2005, 156144].

¹⁵⁵⁰ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al*: *Extinción del contrato de trabajo*, cit., pp. 938 y 939.

¹⁵⁵¹ STSJ Madrid 17 de mayo de 2005 [JUR 2005, 156144].

¹⁵⁵² STSJ Cataluña 12 de enero de 2005 [JUR 2005, 83748].

¹⁵⁵³ STSJ Canarias/Tenerife 4 de abril de 2005 [AS 2005, 906].

- En el caso de la escasa cantidad en juego, la no conciencia de ilicitud del hecho por parte del trabajador dada la apreciada tolerancia y condescendencia de la empresa, así como el no haber camuflado la operación y el intento de devolución de la cantidad¹⁵⁵⁴.
- En el caso de directivo de empresa que con cargo a la misma realiza comidas de elevadas facturas con clientes y en el restaurante habitual utilizado para estos fines lo que evidencia la actitud tolerante de la empresa¹⁵⁵⁵.

En relación al aprovechamiento de la posición en la empresa para el lucro indebido se ha estimado improcedente el despido por apropiación o sustracción, con especial referencia al escaso valor de lo apropiado o sustraído en los siguientes supuestos: quien se toma un barquillo de chocolate en un supermercado¹⁵⁵⁶; quien se lleva filetes de carne y lonchas de embutidos¹⁵⁵⁷; quien se apropia de propinas por importe de ochocientas pesetas¹⁵⁵⁸; trabajadora de hotel que se apropia de algunos objetos de escaso valor perdidos o abandonados por los clientes¹⁵⁵⁹; o de quien se apropia de unos pocos miles de pesetas propiedad de un cliente de la empresa¹⁵⁶⁰. Sin embargo, en supuestos en los que el trabajador desempeña cargos de confianza – diferente a los casos de aprovechamiento de posición en la empresa–, las circunstancias subjetivas del empleado y no la cuantía económica del incumplimiento son las que caracterizan y definen a la falta cometida. En otros términos, si el trabajador posee un cargo de confianza, la falta cometida adquirirá una dimensión antijurídica relevante sin que sea necesario analizar más circunstancias: si este puesto requiere de un alto grado de confianza, cualquier apropiación de bienes o dinero, por mínima que sea, llevará a la calificación procedente del despido. Solo se tendrá en cuenta las circunstancias subjetivas a la hora de analizar este supuesto, sin aplicación de la doctrina gradualista¹⁵⁶¹.

No tiene trascendencia la consumación o no de la sustracción. El quebranto de la buena fe y desaparición de la confianza existe desde que se produce la apropiación indebida de cosas ajenas siendo indiferente que pueda disponerse de ellas libremente y que el lucro pretendido sea o no efectivo, “*por cuanto la perfección de la misma no exige que se agoten sus efectos, siendo bastante que se alcancen los que forman parte de la objetividad jurídica de la falta disciplinaria objeto de sanción*”¹⁵⁶². En suma, no es indispensable para determinar la procedencia del despido la consumación de la apropiación indebida o beneficio propio de elementos de la empresa porque ejecutar las condiciones previas o necesarias para hacer suyo algún objeto de origen empresarial, aun cuando fuera de un valor mínimo, transgrede la buena fe contractual¹⁵⁶³.

¹⁵⁵⁴ STSJ Baleares 11 de marzo de 2005 [JUR 2005, 100564].

¹⁵⁵⁵ STSJ Cantabria 25 de abril de 2005 [AS 2005, 1196].

¹⁵⁵⁶ STSJ Andalucía/Málaga 3 de julio de 2000 [AS 2000, 3521].

¹⁵⁵⁷ STSJ Navarra 31 de octubre de 1996 [AS 1996, 3017].

¹⁵⁵⁸ STSJ Navarra 27 de septiembre de 1996 [AS 1996, 2793].

¹⁵⁵⁹ STSJ Andalucía/Málaga 21 de marzo de 1994 [AS 1994, 1108].

¹⁵⁶⁰ STSJ Navarra 6 de abril de 1993 [AS 1993, 1773].

¹⁵⁶¹ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., pp. 54 y 55.

¹⁵⁶² STS 24 de mayo de 1988 [RJ 1988, 4994].

¹⁵⁶³ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., p. 53.

4.2.4 Conveniencia de la categoría en la empresa para otros fines deshonestos: utilización de materiales, medios o instrumentos de la empresa en beneficio propio o favorecer a terceros con perjuicio para el empresario

La posición o emplazamiento del trabajador en la empresa en la que presta sus servicios puede ser utilizada no solo con propósito de enriquecimiento injusto propio o de terceros, sino también para la realización de otros cometidos deshonestos como acceder a datos confidenciales o violar el derecho al secreto de las comunicaciones¹⁵⁶⁴. La participación en estos quehaceres irregulares conlleva la declaración de procedencia del despido disciplinario sin que sea imprescindible que se acredite que los datos recabados se utilizan para ocasionar daño y sin necesidad de que lleguen a terceras personas¹⁵⁶⁵. Esta conducta irregular de quien aprovecha su acceso a dependencias físicas o a redes o archivos informáticos o líneas telefónicas con objeto de obtener información que está vedada, generalmente, conlleva la declaración de procedencia del despido sin necesidad de que se acredite móvil especialmente reprochable en la actuación del empleado¹⁵⁶⁶. Al final lo que está en juego son derechos constitucionales de terceros necesitados de protección¹⁵⁶⁷.

Se ha estimado procedente el despido de quien accede a los buzones privados de correo electrónico de directivos¹⁵⁶⁸; del vigilante que se introduce en salas con el fin de revisar los cajones de las mesas¹⁵⁶⁹; de quien accede a datos médicos de los compañeros de trabajo¹⁵⁷⁰; del empleado de una sucursal bancaria que se informa de datos bancarios de un determinado cliente con el que no guarda relación profesional alguna por razón del cargo que ocupa¹⁵⁷¹; del miembro del comité de empresa que accede a datos de personas fallecidas que utilizaron el servicio de la empresa en el que se consigna datos muy personales como la causa de la muerte o el servicio religioso¹⁵⁷²; del empleado municipal que filtra datos a la prensa sobre deudas de un contribuyente¹⁵⁷³; de la afiliada sindical y empleada de banca que remite a su sindicato información sobre cuentas corrientes de diversos clientes¹⁵⁷⁴; de la trabajadora que se beneficia de tarjeta canjeable por puntos destinada a clientes¹⁵⁷⁵, o, en último, del trabajador que se aprovecha de las “tarjetas de fidelización asignadas a clientes a los que no les aplicó el descuento y lo hizo a posteriori, asociando la tarjeta a una venta en diferido, beneficiándose del importe que debió descontar al titular de la tarjeta en beneficio propio, ingresándolo en su patrimonio sin consentimiento ni autorización de la empresa”¹⁵⁷⁶.

De igual modo, incurre en esta justa causa de despido disciplinario quién utiliza materiales, medios o instrumentos de la empresa en beneficio propio. Los medios que la

¹⁵⁶⁴ Sobre el secreto de las comunicaciones, *vid.* epígrafe “menoscabo de la esfera competitiva de la empresa: deber de confidencialidad y prohibición de concurrencia desleal”.

¹⁵⁶⁵ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al.*: *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 192.

¹⁵⁶⁶ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: *La causalidad del despido disciplinario*, cit., p. 248.

¹⁵⁶⁷ STSJ Madrid 2 de julio de 2007 [AS 2008, 924].

¹⁵⁶⁸ STSJ Cataluña 22 de julio de 2003 [AS 2003, 2992].

¹⁵⁶⁹ STSJ Castilla y León/Valladolid 14 de mayo de 2003 [JUR 2003, 171953].

¹⁵⁷⁰ STSJ Madrid 11 de junio de 1998 [AS 1998, 2589].

¹⁵⁷¹ STSJ Andalucía/Granada 22 de mayo de 2001 [AS 2001, 2870].

¹⁵⁷² STSJ Madrid 19 de abril de 2001 [AS 2001, 2165].

¹⁵⁷³ STSJ Cataluña 25 de enero de 1999 [AS 1999, 324].

¹⁵⁷⁴ STSJ Cataluña 30 de marzo de 2000 [AS 2000, 1696].

¹⁵⁷⁵ STSJ Comunidad Valenciana 13 de abril de 2010 [AS 2010, 1108].

¹⁵⁷⁶ STSJ Andalucía/Sevilla 18 de mayo de 2017 [JUR 2017, 176860].

empresa pone a disposición de los empleados no pueden ser utilizados –salvo autorización expresa– en provecho propio transgrediendo la buena fe contractual cuando hayan sido usados sin consentimiento empresarial. Incurrir en esta causa de despido:

- El trabajador que en beneficio propio utiliza *“los servicios de dos trabajadores así como la apropiación del importe de la chatarra propiedad de la empresa, con lo que quebranta los deberes de lealtad y confianza que debía a la empresa”*¹⁵⁷⁷.
- Quien durante dos meses dispone del personal de la empresa *“para reformar la cocina de su casa, empleando albañiles y un fontanero durante la jornada laboral para lo cual ordenó al encargado que falseara las partes sobre las verdaderas ocupaciones de aquellos operarios”*¹⁵⁷⁸.
- *“Disponer clandestinamente de herramientas de la empresa quebrantando la prohibición de sacarlas de los talleres de la misma”*¹⁵⁷⁹.
- El trabajador que durante la jornada laboral usa el ordenador de la empresa *“para fines propios, ajenos a los de esta última, sin su conocimiento y autorización”*¹⁵⁸⁰.
- Quien destina parte de su jornada laboral a cuestiones externas al trabajo como copiar documentos propios en el ordenador de la empresa. La copia de *“300 documentos en 6 meses”* implica que efectivamente *“se ha utilizado una considerable parte de la jornada de trabajo de producción de una editorial a realizar trabajos propios de tratamiento de textos e imágenes”*, lo que implica *“abuso de confianza”* y *“deslealtad grave”*. No se trata de que *“durante los más de 10 años que duró la relación”*, el trabajador *“haya podido acumular documentos propios copiados en alguna ocasión y que permanecieran en los discos duros, o que pudieran ser recuperados después de borrados –lo que también consta ocurrió–; se trata al contrario de que durante el período en que ostentó mayor responsabilidad en la empresa, durante unos 6 meses acumuló en torno a 300 documentos propios en su ordenador de trabajo, o unos 50 al mes, de modo que ha de concordarse que una parte no despreciable de la actividad laboral se dedicó a cuestiones ajenas al trabajo”*¹⁵⁸¹.
- Utilizar *“todo tipo de medios de la empresa, lo mismo humanos que materiales y económicos, lo que supone un claro abuso de confianza, y una clara transgresión de la buena fe contractual, al poner todos esos medios al servicio de intereses propios”*¹⁵⁸².
- Utilizar *“el taller de la empresa para reparar los vehículos de sus hijos, familiares y amigos”* además de *“coger vehículos de la empresa para realizar viajes y desplazamientos personales”*, deduciéndose la obtención de algún tipo de ganancia, *“aunque sólo haya sido el beneficio obtenido por sus familiares o amigos por el ahorro en las reparaciones de sus vehículos”*¹⁵⁸³.
- Permitir la utilización de vehículos a personas ajenas a la empresa: se incurre de forma reiterada *“en actuaciones totalmente contrarias a la buena fe y a los deberes de lealtad y fidelidad exigibles al mismo frente a su empleadora, al*

¹⁵⁷⁷ STS 22 de enero de 1979 [RJ 1979, 218].

¹⁵⁷⁸ STS 30 de marzo de 1981 [RJ 1981, 1694].

¹⁵⁷⁹ STS 14 de marzo de 1988 [RJ 1988, 1923].

¹⁵⁸⁰ STS 8 de octubre de 1988 [RJ 1988, 7550].

¹⁵⁸¹ STSJ Cataluña 28 de enero de 2005 [JUR 2005, 81537].

¹⁵⁸² STS 24 de julio de 2001 [AS 2001, 4437].

¹⁵⁸³ STSJ Murcia 15 de noviembre de 2011 [JUR 2011, 426170] o STSJ Murcia 6 de junio de 2005 [JUR 2005, 154882].

permitir la utilización de los ciclomotores y motocicletas” por “personas totalmente ajenas a la empresa, mediante utilización gratuita de las mismas durante largos períodos de tiempo”¹⁵⁸⁴.

- Quien realiza “copia de información interna de la empresa en soporte informático” y “que ha divulgado a algún cliente, dando con ello también por probado que utilizó el tiempo de trabajo y los medios que como trabajador tenía a su disposición para actividades ajenas a su actividad laboral como lo demuestra buena parte de la información copiada y recuperada”¹⁵⁸⁵.
- Quien se apodera “en su propio beneficio de gasolina que fue tomando de diversos bidones que se encontraban al fondo de la nave y depositó en una garrafa que portaba”¹⁵⁸⁶.

Comportamientos diferentes a los mencionados en los que el trabajador puede beneficiarse de la posición que ocupa en la empresa son los referidos a los que genéricamente se les denomina como “trato de favor” –favorecer a terceros con perjuicio para el empresario—. Consisten en el uso desviado del poder o de la confianza que se deposita en el empleado por parte de la empresa¹⁵⁸⁷. En este sentido, se ha considerado procedente el despido disciplinario de quien da un trato de favor al hijo también trabajador en la empresa¹⁵⁸⁸; favorecer a empresa del entorno familiar¹⁵⁸⁹; efectuar operaciones bancarias con objeto de beneficiar a familiares cuando la empresa lo tenía estrictamente prohibido¹⁵⁹⁰; servir “doce almuerzos haciendo constar solamente nueve en la relación correspondiente destinada a la empresa”¹⁵⁹¹; o cuando existiendo en la empresa una “rigurosa política a la hora de aplicar descuentos, no pudiendo superar un 10%”, el trabajador “con categoría profesional de vendedor, en la venta de dos radiadores halógenos aplicó un descuento del 90,86%”¹⁵⁹².

4.2.5 Embuste a la empresa

La conducta del trabajador con presencia de engaño o mentira hacia la empresa es de entidad más que suficiente para fundamentar el despido disciplinario en causa justa por transgresión de la buena fe contractual. A través de esta conducta la confianza que el empresario tenía depositada en el empleado se ve agredida por la propia circunstancia del incumplimiento: la nota de engaño.

Existen actuaciones en las que el trabajador por medio de “simulaciones”, falsea o adultera datos –en su currículum, en los partes de trabajo, en la causa de las ausencias, en los justificantes de ventas, en las facturas de dietas o en suplantar la personalidad de alguien–¹⁵⁹³. Los tribunales declaran procedente el despido de quien incurre en

¹⁵⁸⁴ STSJ Cataluña 8 de abril de 2005 [JUR 2005, 123818].

¹⁵⁸⁵ STSJ País Vasco 18 de enero de 2005 [JUR 2005, 77714].

¹⁵⁸⁶ STSJ País Vasco 7 de marzo de 2017 [JUR 2017, 134345].

¹⁵⁸⁷ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al*: *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., pp. 192 y 193.

¹⁵⁸⁸ STSJ Madrid 10 de diciembre de 2002 [AS 2003, 1505].

¹⁵⁸⁹ STSJ País Vasco 27 de junio de 2003 [AS 2003, 2505].

¹⁵⁹⁰ STSJ Cataluña 31 de marzo de 2005 [AS 2005, 1151].

¹⁵⁹¹ STS 12 de noviembre de 1983 [RJ 1983, 5594].

¹⁵⁹² STSJ Madrid 26 de noviembre de 2002 [JUR 2003, 95811].

¹⁵⁹³ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al*: *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 193.

impuntualidad falseando partes horarios¹⁵⁹⁴; de quien abandona su puesto de trabajo pero simula que está presente burlando el control de entrada y salida¹⁵⁹⁵; o con otro tipo de mentiras¹⁵⁹⁶; de quien miente al justificar faltas de asistencia¹⁵⁹⁷; de quien suplanta la personalidad de otro sujeto con la finalidad de evitar el sistema de control de tiempos¹⁵⁹⁸; de quien presenta un telegrama manipulado para justificar dos ausencias al trabajo¹⁵⁹⁹; de quien manipula un parte médico con el fin de justificar sus ausencias al trabajo¹⁶⁰⁰; quien solicita a la empresa de un modo engañoso un permiso de tres días¹⁶⁰¹; el empleado que expide un parte de accidente de trabajo falsificando la firma del gerente de la empresa¹⁶⁰²; quien comunica visitas no realizadas¹⁶⁰³; la conducta del trabajador que decide fichar por una compañera como si esta se incorporase al trabajo a la hora normal¹⁶⁰⁴; simular la realización de actividades no desarrolladas además de mentir en los preceptivos informes¹⁶⁰⁵; dar parte a la empresa de los kilómetros hechos incluyendo casi trescientos kilómetros más de los recorridos¹⁶⁰⁶; formalizar una proposición de seguro voluntario de responsabilidad civil cuando el siniestro ya había ocurrido falseando la fecha de la póliza¹⁶⁰⁷; presentar varias facturas de un hotel justificando haber pernoctado distintas noches, facturas que fueron negadas por el responsable del establecimiento¹⁶⁰⁸; servirse de un certificado médico manipulado con el fin de alargar sus vacaciones¹⁶⁰⁹; falsear los partes de trabajo al hacer constar una hora de conclusión de la jornada que no coincidía con la realidad¹⁶¹⁰; ocultar y falsear datos de la información que manipuló¹⁶¹¹; falsear el currículum vitae para acceder al cargo, atribuyéndose títulos, méritos y conocimientos que no posee¹⁶¹²; presentar título profesional o de estudios totalmente falso con el fin de ser contratado¹⁶¹³; incluso aunque dicho título no fuera requisito necesario para acceder a ese empleo¹⁶¹⁴; encubrir y simular, en el momento inicial de la contratación y durante un período de tiempo de dos años, la titulación requerida: la “buena fe contractual” se ha transgredido de forma grave y culpable con la manifestación de que era ingeniero, “titulación que no disponía por no haber siquiera iniciado sus estudios, requisito exigido por la empresa en la convocatoria de la plaza”, lo que produjo durante el desarrollo de la relación laboral, “la creencia errónea de que era titulado cuando en realidad no lo era”¹⁶¹⁵.

¹⁵⁹⁴ STSJ País Vasco 25 de marzo de 2003 [JUR 2003, 149938].

¹⁵⁹⁵ STSJ La Rioja 29 de marzo de 1996 [AS 1996, 489].

¹⁵⁹⁶ STSJ Andalucía/Granada 29 de abril de 2003 [JUR 2003, 160154].

¹⁵⁹⁷ STSJ Murcia 23 de junio de 2003 [JUR 2003, 178668].

¹⁵⁹⁸ STSJ Murcia 3 de febrero de 2003 [JUR 2003, 93450].

¹⁵⁹⁹ STS 12 de diciembre de 1975 [RJ 1975, 4715].

¹⁶⁰⁰ STS 12 de febrero de 1991 [RJ 1991, 827] y STSJ Madrid 12 de mayo de 1992 [AS 1992, 2703].

¹⁶⁰¹ STS 23 de septiembre de 1989 [RJ 1989, 6475].

¹⁶⁰² STSJ Cantabria 30 de diciembre de 1994 [AS 1994, 4896].

¹⁶⁰³ STSJ Madrid 18 de abril de 1991 [AS 1991, 2631].

¹⁶⁰⁴ STSJ Comunidad Valenciana 15 de octubre de 1992 [AS 1992, 5250].

¹⁶⁰⁵ STSJ Cataluña 22 de diciembre de 1992 [AS 1992, 6403].

¹⁶⁰⁶ STS 8 de marzo de 1983 [RJ 1983, 1120].

¹⁶⁰⁷ STS 29 de mayo de 1986 [RJ 1986, 2749].

¹⁶⁰⁸ STSJ Galicia 3 de diciembre de 1992 [AS 1992, 6153].

¹⁶⁰⁹ STS 23 de septiembre de 1989 [RJ 1989, 6475].

¹⁶¹⁰ STSJ Castilla-La Mancha 12 de septiembre de 2013 [JUR 2013, 316962].

¹⁶¹¹ STSJ Andalucía/Sevilla 29 de noviembre de 2017 [JUR 2018, 13469].

¹⁶¹² STSJ Madrid 30 de septiembre de 1992 [RJ 1992, 4500].

¹⁶¹³ STSJ Cataluña 16 de noviembre de 1999 [AS 1999, 4805].

¹⁶¹⁴ STSJ Cataluña 6 de marzo de 1998 [AS 1998, 1505].

¹⁶¹⁵ STSJ Cataluña 14 de abril de 2005 [AS 2005, 1148].

Por otro lado, los trabajadores –de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria– no vienen obligados a informar al empresario acerca de su estado de gestación pues el empresario no puede tomar en consideración el embarazo de la trabajadora para la aplicación de las condiciones laborales: “*la interesada no está obligada a informar al empleador de que está encinta*”¹⁶¹⁶; lo mismo ocurre con el estado de salud del trabajador; ambas informaciones no son de obligada comunicación “*puesto que forman parte del ámbito de intimidad de la persona*”¹⁶¹⁷.

4.2.6 El empleo durante la situación de baja por incapacidad temporal

Para el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante y para simplificar, TRLGSS), la incapacidad temporal es aquella situación en la que se encuentra el trabajador mientras reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo¹⁶¹⁸. La incapacidad temporal es causa de la suspensión de la relación laboral que exime al empleado de la obligación de trabajar pero no del correcto cumplimiento del resto de las obligaciones¹⁶¹⁹. Incapacidad temporal que se encuentra encaminada a obtener la reparación de la salud y, por ende, a la no realización de actividades o conductas que supongan un agravamiento de la enfermedad o una dilación en el proceso de curación debiendo de tenerse presente la buena fe contractual que debe gobernar e inspirar la relación de trabajo. Durante la situación de incapacidad laboral, el trabajador no percibe salarios sino las prestaciones sustitutivas de los mismos, consistentes en un subsidio calculado sobre las bases cotizadas. Por tanto, cada ocupación o actividad realizada durante la situación de incapacidad temporal ha de ser tratada y resuelta según las circunstancias específicas de cada caso concreto, valorando si la consumación de dicha acción, sea laboral o lúdica, ocasional o frecuente, por cuenta propia o ajena, retribuida o gratuita, comporta el agravamiento o retraso en el proceso de curación o evidencia la aptitud del empleado apto para trabajar¹⁶²⁰.

El fundamento de la situación se origina porque siendo la incapacidad temporal una causa de suspensión del contrato de trabajo, el empleado ejercita actividades durante la misma pudiendo incurrir en transgresión de la buena fe, lo que justificaría la extinción de la relación laboral por despido disciplinario. Pero la jurisprudencia no mantiene una posición uniforme lo que permite localizar tendencias distintas: en unos casos, se entiende que trabajar durante la situación de incapacidad temporal es causa de despido indistintamente de las circunstancias del caso; en otros supuestos, se valora la posibilidad de desarrollar actividades no laborales, eventuales, no remuneradas y de carácter lúdico; en otras situaciones, se opta por realizar un análisis detallado de las circunstancias concretas: intención del trabajador, naturaleza del trabajo y enfermedad padecida con objeto de confrontar si esa actividad puede suponer una prolongación del proceso curativo o conlleva defraudación a la Seguridad Social en caso de que el

¹⁶¹⁶ STJCE 27 de febrero de 2003 [TJCE 2003, 53].

¹⁶¹⁷ STSJ Castilla y León/Valladolid 21 de marzo de 2005 [AS 2005, 442].

¹⁶¹⁸ Artículo 128.1.a) TRLGSS.

¹⁶¹⁹ ORTEGA LOZANO, P. G.: “El empleo durante la situación de baja por incapacidad temporal: finalización de la relación laboral por actuaciones que fragmentan la confianza deontológica”, en AA. VV.: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, cit., p. 978.

¹⁶²⁰ TOLOSA TRIBIÑO, C.: *Despido: comentarios, jurisprudencia, formularios*, cit., p. 140.

trabajador fuera apto para volver a desempeñar su trabajo. En virtud de lo expuesto, detectamos las siguientes corrientes judiciales¹⁶²¹:

- Una corriente doctrinal estricta y rigurosa, en virtud de la cual, quedaría prohibida la realización de cualquier actividad, sea o no laboral, pues se entiende que con un comportamiento de este tipo se defrauda a la Seguridad Social y al empresario dificultando y obstaculizando la propia recuperación del trabajador.

Las actividades realizadas por el trabajador que está impedido para consumir la prestación laboral a la que contractualmente viene obligado tiene vedado cualquier otro tipo de quehacer, sea de interés ajeno o propio, sobre todo si se tiene en cuenta que su forzada inactividad le es compensada económicamente por la empresa y por la Seguridad Social a las que perjudica, incurriendo así en causa de transgresión de la buena fe en el desarrollo del contrato constitutiva de incumplimiento contractual grave y culpable del trabajador que justifica su extinción por la decisión del empresario¹⁶²². Aplicando la doctrina a que se ha hecho mención es posible que las actividades realizadas no supongan un perjuicio para la sanación del trabajador pero dichas actividades sí denotan el engaño u ocultación que permite considerar infringida la buena fe contractual que debe presidir la relación laboral¹⁶²³. Con su actuar de esa forma pone de manifiesto que “*ya no está inhabilitado para ocupar su puesto de trabajo, o, por lo menos, no guarda el debido tratamiento médico, que siempre será de reposo, aunque la enfermedad sea leve, y así puede impedir su curación o prolongar la enfermedad*” abusando de la “*confianza depositada en él por la empresa que, naturalmente, ha de confiar en que el trabajador enfermo, tan pronto esté en condiciones de efectuar su trabajo, se reincorpore a su puesto*” sin tener “*que seguir abonando las cotizaciones a la Seguridad Social*” o poder suplir “*al trabajador contratado para sustituirle, y de esa forma evitar el pago del salario a éste*”¹⁶²⁴

De acuerdo con esta posición jurisprudencial el trabajador que se encuentra impedido para desarrollar la actividad laboral “*tiene vedado cualquier otro tipo de quehacer, sea en interés ajeno o propio, máxime cuando su forzada inactividad le es compensada económicamente con fondos públicos*”¹⁶²⁵. Es más, “*resulta irrelevante la clase de trabajo que hubiera desarrollado en aquella situación, que por definición supone estar impedido para trabajar*”¹⁶²⁶. El incapacitado temporal debe seguir rigurosamente las prescripciones médicas en orden a la recuperación de la salud, taxativas de abstención de toda actividad laboral, de tal modo que “*en el supuesto de resultar compatible la enfermedad con la realización de algún trabajo, éste debe realizarse en la propia empresa o con su autorización, pues sobre la misma pesa la carga de la cotización por el enfermo y por el sustituto a quien ha de retribuir*”¹⁶²⁷. Es tan evidente esta doctrina que “*bastaría que en una sola ocasión el trabajador en*

¹⁶²¹ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, cit., pp. 939 y 940. AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., pp. 65 y ss.

¹⁶²² STS 23 de julio de 1990 [RJ 1990, 6455].

¹⁶²³ STSJ Comunidad Valenciana 3 de febrero de 2005 [JUR 2005, 111872].

¹⁶²⁴ STS 16 de julio de 1982 [RJ 1982, 4630].

¹⁶²⁵ STS 10 de mayo de 1983 [RJ 1983, 2365].

¹⁶²⁶ STS 9 de febrero de 1985 [RJ 1985, 623].

¹⁶²⁷ STS 12 de julio de 1990 [RJ 1990, 6102].

*situación laboral de incapacidad transitoria realizase trabajos ajenos a la empresa para la procedencia del despido”*¹⁶²⁸.

- Una segunda creencia judicial consiente que durante la situación de incapacidad temporal solo se permite la realización y el desarrollo de actividades no laborales, eventuales, no remuneradas y de carácter lúdico, siempre que no fueran contradictorias con la enfermedad padecida.

En actividades no laborales la doctrina se desplaza del anterior criterio jurisprudencial: como regla general se analizarán las circunstancias del caso concreto atendiendo a la naturaleza de la enfermedad a la hora de calificar el despido. Al ser la actividad del trabajador en estado de incapacidad temporal externa al ámbito laboral, sí puede atenuarse la sanción del despido cuando no exista *“simulación de la enfermedad y la actividad, carente de dimensión laboral, no suponga ningún peligro para la curación”* o *“se trate de actividades recomendadas médicamente como terapéutica ocupacional”*¹⁶²⁹.

El trabajador que estando en situación de incapacidad temporal participa en *“un partido de fútbol, actividad de evidente exigencia física, claramente contraindicada con la causa de la baja en que estaba inmersa (cervicalgia y lumbalgia); y elementales pautas de conducta imponen al productor la obligación de cuidar el curso de la enfermedad y, puesto que se encuentra en situación de incapacidad temporal para trabajar, debe de abstenerse de desarrollar cualquier otra actividad que sea incompatible con la enfermedad que determinó aquella, siendo claro que la referida actividad deportiva no favorecía en modo alguno su recuperación, antes bien únicamente podría provocar un empeoramiento de sus padecimientos, con lo que se pospondría la obtención del alta médica; a ello ha de unirse que no parece que el desempeño de su actividad laboral le exigiera mayor esfuerzo o requerimientos físicos que la práctica de tal actividad deportiva, y que si tenía aptitud para ésta debía tenerla también para aquella, y si el impedimento había cesado venía obligada a ponerse a disposición de la empresa; fuera como fuere, su conducta supone una trasgresión de la buena fe contractual, dejando de cumplir con las reglas de la buena fe y diligencia (artículo 5.a) ET), lo que supondría un incumplimiento contractual grave y culpable”*¹⁶³⁰.

- Un tercer grupo de sentencias entienden necesario el estudio individual del caso concreto al argumentar que solo es desleal e ingrato trabajar en situación de incapacidad temporal cuando con la realización de la actividad se evidencia la aptitud para el trabajo en el que se está dado de baja o contraviniendo las indicaciones médicas.

No puede considerarse causa justa de despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual o abuso de confianza la realización de actividades durante la situación de incapacidad laboral cuando tales actividades, en atención a las circunstancias concurrentes y en especial a la índole de la enfermedad y las características de la ocupación, no son susceptibles de perturbar el proceso de curación, ni evidencian la aptitud laboral de trabajar con la consiguiente simulación en perjuicio

¹⁶²⁸ STSJ Canarias/Las Palmas 15 de enero de 1993 [AS 1993, 5].

¹⁶²⁹ STSJ Galicia 10 de enero de 1992 [AS 1992, 217].

¹⁶³⁰ STSJ Castilla y León/Valladolid 21 de febrero de 2005 [JUR 2005, 91336].

de la empresa¹⁶³¹. Cuando un trabajador en baja “*por depresión*” realiza “*trabajos de cavar, arrancar piedras, recoger piedras, sembrar, picar suelo*”, no se considera dicha conducta constitutiva de causa de despido al considerarse que la misma no implica “*deslealtad y fraude a la empresa, al existir, certificado médico acreditativo*” de que “*dicha enfermedad no exigía reposo absoluto, siendo, por el contrario conveniente el ejercicio físico*”. La misma solución se adopta con “*un trabajador, que estando de baja por enfermedad padeciendo depresión endógena*” se traslada a “*otra población, en distintas fechas, para impartir como profesor lecciones en un curso de comercio exterior*”, estimándose “*como improcedente el despido, por la misma causa*”. Cuando un trabajador sufre “*depresión endógena*” y realiza “*trabajos de asesoramiento o supervisión, en un puesto de castañas de su esposa, durante dicho período*”, también se considera improcedente el despido al poder invocarse similar doctrina¹⁶³². En cambio, es procedente el despido del trabajador de baja por lumbago que se desplaza de un lugar a otro en una “*vespino*”, actividad totalmente desfavorable para su enfermedad¹⁶³³. Es justificada la extinción del contrato de trabajo del empleado que “*disputó partidos de frontenis de unos 50 minutos, con gran ardor y con intervención incluso de un anotador de tantos*”, lo que evidencia que “*la aludida actividad deportiva exigía mayor esfuerzo físico y repercutiría más desfavorablemente en la rodilla*” que su “*habitual actividad laboral*”¹⁶³⁴. O quien “*hallándose en baja laboral, con diagnóstico de lumbalgia*”, participa en “*pruebas físicas para cubrir plazas de Policía Local*”, en concreto: “*a) de velocidad, consistente en una carrera de cincuenta metros, debiendo los hombres alcanzar una marca mínima de siete segundos y cuatro décimas y las mujeres ocho segundos y siete décimas; b) de resistencia, consistente en una carrera de dos mil cuatrocientos tres metros, debiendo alcanzar los hombres una marca mínima de diez minutos y veintidós segundos y las mujeres catorce minutos y cincuenta y ocho segundos, y c) de potencia muscular, consistente en un salto vertical, debiendo los hombres alcanzar una marca mínima de cuarenta y nueve centímetros y las mujeres de treinta y nueve centímetros*”, superándose las citadas pruebas que constatan y evidencian el buen estado físico del trabajador en baja¹⁶³⁵. O quien “*teniendo un problema en el hombro derecho, durante tres días, entrena a un equipo de fútbol y no lo hace de manera pasiva, limitándose a dar órdenes orales, sino que participa activamente en el entrenamiento; transporta un pack de 6 botellas plásticas de agua mineral; chuta en varias ocasiones*”, lo que evidencia que estas “*actividades son incompatibles con la clínica que motiva su incapacidad permanente total y contraindicadas para su curación*”¹⁶³⁶.

Los criterios jurisprudenciales sobre esta materia pueden quedar resumidos de la siguiente forma: a) Si el trabajador en situación de incapacidad laboral realiza actos contrarios al tratamiento médico o demostrativos de que ya estaba curado, está defraudando tanto a la empresa como a la propia Seguridad Social, por lo que la prestación de servicios por cuenta ajena o propia, e igualmente la realización por el trabajador de cualquier otra actividad, determinan la concurrencia de causa justa de despido. b) La situación de baja por incapacidad laboral no impide al trabajador el hacer vida normal o de desarrollo de actividades compatibles con el tratamiento médico que

¹⁶³¹ STS 2 de junio de 1987 [RJ 1987, 4103].

¹⁶³² STS 14 de noviembre de 1991 [RJ 1991, 8224].

¹⁶³³ STS 13 de marzo de 1984 [RJ 1984, 1559].

¹⁶³⁴ STS 4 de octubre de 1988 [RJ 1988, 7516].

¹⁶³⁵ STSJ Andalucía/Sevilla 31 de octubre de 1994 [AS 1994, 4012].

¹⁶³⁶ STSJ Tenerife 11 de mayo de 2017 [JUR 2017, 223402].

no perjudiquen o retrasen su curación. No toda actividad desarrollada durante la situación de incapacidad laboral transitoria puede calificarse como conducta desleal sancionable con el despido sino sólo aquella que dotada de suficiente gravedad e intencionalidad y a la vista de las circunstancias concurrentes, es susceptible de perturbar la curación del trabajador o evidenciar la aptitud laboral de éste, con la consiguiente simulación en perjuicio de la empresa. Lo esencial es determinar si la actividad desarrollada por el trabajador en la situación de incapacidad laboral transitoria a la vista de las circunstancias concurrentes, en concreto, la naturaleza de la enfermedad y las características de la ocupación, pueden perturbar la curación del trabajador o evidenciar que se encuentra perfectamente capacitado para el desempeño de las tareas propias de su puesto de trabajo¹⁶³⁷. En suma, cada caso ha de ser tratado y resuelto según sus particulares circunstancias y con atención especial al factor humano.

La razón de la calificación de procedencia del despido disciplinario del trabajador –se construya la valoración jurídica desde la doctrina jurisprudencial de prohibir cualquier tipo de trabajo; la de realización y el desarrollo de actividades no laborales; o la que examina las circunstancias del caso– es la siguiente: la privación de la prestación laboral del empresario junto a una conducta desleal dañosa. El trabajador actúa de forma desleal porque la finalidad de la baja es la pronta recuperación del trabajador en el más breve plazo posible –siguiendo las recomendaciones médicas– ocasionando un perjuicio al empresario, a los propios trabajadores de la empresa obligados a suplir el trabajo del que se encuentra en situación de incapacidad laboral y a la Seguridad Social porque quien así actúa se lucra de fondos públicos¹⁶³⁸.

Nuestros tribunales no han conservado una postura uniforme cuando el trabajador en situación de incapacidad laboral realiza trabajos o desarrolla actividades no laborales. No obstante, en la actualidad el criterio flexible o gradualista prevalece a la hora de valorar esta justa causa de despido: sólo un análisis detallado de la enfermedad padecida, la actividad desarrollada, el tratamiento médico recomendado y cualquier otra circunstancia importante pueden determinar si la conducta del empleado en situación de incapacidad temporal reúne la suficiente gravedad para hacerle acreedor de la sanción de despido¹⁶³⁹. Toda la anterior doctrina puede resumirse con el vigente criterio de valoración: “*el trabajador incumple el deber de buena fe cuando la actividad que viene realizando en situación de baja laboral resulta perjudicial para su curación o es expresiva de una simulación en su situación de incapacidad para el trabajo*”¹⁶⁴⁰.

Los tribunales vienen estimando el despido procedente en los siguientes supuestos: quien siendo abogado por cuenta propia y simultáneamente dirigiendo el departamento jurídico de una empresa, en el estado de incapacidad temporal desarrolla la actividad de abogado por cuenta propia sin que la empresa sea informada al respecto¹⁶⁴¹; el de quien alegando –para causar baja– que no podía conducir automóviles conduce reiteradamente su propio vehículo¹⁶⁴²; el de quien de baja “*por ansiedad relacionada con su ambiente laboral*” trabaja “*de forma regular en el negocio*” de su

¹⁶³⁷ STSJ Cataluña 2 de marzo de 2005 [AS 2005, 1208].

¹⁶³⁸ STS 16 de julio de 1982 [RJ 1982, 4630].

¹⁶³⁹ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., pp. 74 y 76

¹⁶⁴⁰ STS 22 de septiembre de 1988 [RJ 1988, 7095], STS 29 de enero de 1987 [RJ 1987, 177], STSJ País Vasco 25 de abril de 2006 [AS 2006, 1778] y STSJ País Vasco 4 de abril de 2017 [JUR 2017, 170886].

¹⁶⁴¹ STSJ Cataluña 10 de abril de 2003 [AS 2003, 1426].

¹⁶⁴² STSJ Castilla-La Mancha 3 de abril de 2003 [AS 2003, 3326].

esposo¹⁶⁴³; el de quien encontrándose de baja por contractura muscular cervical trabaja en el establecimiento de su propiedad realizando tareas similares a las que debía realizar en su propio puesto de trabajo¹⁶⁴⁴; quien debiendo guardar reposo físico conduce un vehículo, transporta cajas de tomates, carga cubos de agua, traslada alpacas para ganado y recoge frutos de los árboles¹⁶⁴⁵; quien debiéndose abstener del alcohol frecuenta bares consumiendo bebidas alcohólicas¹⁶⁴⁶; o el de quien con padecimientos en cervicales, cuello, mareos y vértigos sale de caza transportando la escopeta¹⁶⁴⁷. Sin embargo, el despido no ha sido considerado procedente en los siguientes supuestos: el trabajador de baja médica que realiza actividad física y psíquica porque “*la enfermedad padecida no exigía un reposo absoluto*”, por lo que aquellas actividades, “*ni son incompatibles con su enfermedad, ni acreditan aptitud para su trabajo*”¹⁶⁴⁸; el despido de quien está de baja por un cuadro ansioso depresivo y durante la baja “*curso estudios universitarios*”¹⁶⁴⁹; ni el de quien de baja por estrés laboral en dos contadas ocasiones atiende en su propia consulta de acupuntura¹⁶⁵⁰; o quien padece problemas cervicales y realiza tareas nada forzadas con talante de notoria calma¹⁶⁵¹; o el de quien con lesión en la mano por accidente realiza actividades normales de la vida diaria tales como conducir¹⁶⁵².

4.2.7 Motivación voluntaria de ocasionar daños a la empresa o a personas relacionadas con ella

La conducta del empleado tendente a ocasionar un daño a la empresa transgrede, como es lógico, la confianza empresarial. La gravedad de este tipo de conductas no reside en el *quantum* del trabajador sino en la pretensión del daño que se procura ocasionar. El daño puede ser proyectado en bienes materiales –maquinaria, productos de trabajo o mobiliario– e inmateriales –información almacenada en soporte informático–. También puede catalogarse dentro de esta causa de intencionalidad aquel perjuicio ejercido a un compañero de trabajo, a clientes, a proveedores o a personas relacionadas directamente con la empresa. Los tribunales han estimado procedente el despido disciplinario en los siguientes supuestos: quien intencionadamente filtra agua en el depósito de gasolina del coche de la empresa¹⁶⁵³; quien colisiona repetidas veces con el coche de su superior jerárquico estacionado en el parking privado de la empresa¹⁶⁵⁴; quien voluntariamente procede a la eliminación de un archivo del ordenador¹⁶⁵⁵; quien conscientemente elimina la información que consta en soporte informático¹⁶⁵⁶; o quien tras ser relevado de su cargo publica en una página web opiniones que dañan considerablemente el prestigio de la empresa¹⁶⁵⁷. En efecto, los materiales de trabajo

¹⁶⁴³ STSJ País Vasco 29 de abril de 2003 [JUR 2003, 151153].

¹⁶⁴⁴ STSJ Murcia 7 de octubre de 2003 [JUR 2003, 276095].

¹⁶⁴⁵ STSJ Andalucía/Granada 2 de septiembre de 2003 [JUR 2003, 250417].

¹⁶⁴⁶ STSJ País Vasco 10 de junio de 2003 [JUR 2003, 190156].

¹⁶⁴⁷ STSJ Murcia 20 de octubre de 2003 [JUR 2003, 276717].

¹⁶⁴⁸ STSJ Cataluña 19 de mayo de 2003 [JUR 2003, 160801].

¹⁶⁴⁹ STSJ País Vasco 6 de mayo de 2003 [JUR 2003, 160801].

¹⁶⁵⁰ STSJ Cataluña 25 de junio de 2003 [AS 2003, 2520].

¹⁶⁵¹ STSJ Asturias 13 de junio de 2003 [JUR 2003, 255493].

¹⁶⁵² STSJ Castilla y León/Valladolid 10 de junio de 2003 [JUR 2003, 178207].

¹⁶⁵³ STSJ Baleares 2 de noviembre de 1994 [AS 1994, 4451].

¹⁶⁵⁴ STSJ Galicia 22 de octubre de 2008 [AS 2008, 2552] y STSJ Madrid 20 de abril de 1999 [AS 1999, 1570].

¹⁶⁵⁵ STSJ Cataluña 26 de febrero de 2002 [AS 2002, 1469].

¹⁶⁵⁶ STSJ Navarra 4 de diciembre de 2000 [JUR 2001, 64519].

¹⁶⁵⁷ STSJ Madrid 16 de diciembre de 2013 [AS 2014, 113].

que la empresa pone a disposición de sus empleados deben ser destinados para la realización de sus quehaceres, de ahí que si son deteriorados o sustraídos con malicia, la conducta “*es manifestación evidente de una falta de lealtad, de una ausencia de buena fe, tipificada siempre en el derecho del trabajo como causa del cese de la relación laboral, por voluntad unilateral del empresario*”¹⁶⁵⁸.

La gravedad de la acción radica en la intencionalidad de cometer ese acto por parte del trabajador, indiferentemente del daño económico que realmente se haya ocasionado a la empresa. De esta afirmación se deduce que una sola conducta dolosa dirigida a causar un daño en un bien de la empresa es más que suficiente para considerarse causa justa de despido. Sin embargo, sobre las conductas que denominamos “*maltrato descuidado hacia los bienes de la empresa*”, para que el despido sea considerado procedente se requiere de la aportación de elementos adicionales y complementarios que incrementen la gravedad –verbigracia, la reiteración en la conducta de maltrato o la valoración económica de los daños causados–¹⁶⁵⁹. Los tribunales se refieren a la existencia del “*deber del trabajador de tratar con un mínimo de diligencia los medios materiales de la empresa*”¹⁶⁶⁰, haciendo reiterado hincapié en el derogado artículo 63 de la anterior Ley de Contrato de Trabajo que establecía “*la obligación de abstenerse de causar perjuicio en los locales, materiales, máquinas e instrumentos de trabajo*” y que hoy se considera obligación incluida en la genérica causa de la buena fe¹⁶⁶¹. Por ejemplo, no se estima maltrato del trabajador y, por tanto, no existe transgresión de la buena fe, la simple acción de que un conductor consuma más carburante por kilómetro que la media de sus compañeros¹⁶⁶². Sin embargo, si se ha estimado procedente aquel despido de quien con grave imprudencia y temeridad en la conducción causa daños en el vehículo de la empresa¹⁶⁶³; pero si el daño es causado por una conducta leve e imperceptiblemente negligente, la cuantía económica de lo dañado ha de ser mayor para que el despido se pueda considerar procedente¹⁶⁶⁴.

Amenazar o coaccionar al empresario por cualquier medio también puede ser considerado por los tribunales conducta gravemente opuesta a la obligación de buena fe contractual –cuando no puede fundamentarse por la vía del apartado c) de artículo 54.2 ET– que tiene por objeto ocasionar voluntariamente daño a las personas relacionadas con la empresa. Son causas justas de despido disciplinario por acción contraria a la buena fe los siguientes supuestos: requerir dinero a la empresa a cambio de retirar denuncias¹⁶⁶⁵; expresar el trabajador al empresario que si le despedía tenía suficiente información para enviarle a prisión¹⁶⁶⁶; pretender “*bajo amenaza*” obtener una indemnización de cantidad muy superior a la legalmente establecida para el despido improcedente o para la resolución indemnizada por voluntad del trabajador, “*aludiendo*

¹⁶⁵⁸ STS 10 de mayo de 1983 [RJ 1983, 2366].

¹⁶⁵⁹ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 196.

¹⁶⁶⁰ STSJ Aragón 19 de diciembre de 2002 [AS 2003, 20].

¹⁶⁶¹ STSJ Castilla y León/Valladolid 24 de junio de 1997 [AS 1997, 2265].

¹⁶⁶² STSJ Extremadura 15 de noviembre de 1996 [AS 2006, 3837].

¹⁶⁶³ STSJ Aragón 19 de diciembre de 2002 [AS 2003, 20], STSJ Castilla y León/Valladolid 24 de junio de 1997 [AS 1997, 2265] y STSJ País Vasco 2 de noviembre de 1992 [AS 1992, 5626].

¹⁶⁶⁴ STSJ Cataluña 13 de marzo de 2003 [JUR 2003, 129870].

¹⁶⁶⁵ STSJ Cataluña 1 de abril de 1995 [AS 1995, 1547].

¹⁶⁶⁶ STSJ Málaga 6 de julio de 1996 [AS 1996, 3249].

a documentos contables que habían desaparecido de la empresa” y que “volverían a su sitio de lograrse tal acuerdo”¹⁶⁶⁷ o extorsionar a un cliente¹⁶⁶⁸.

4.2.8 Abandono del puesto de trabajo

La insuficiencia de gravedad en casos de ausencia del trabajador en su puesto de trabajo sin que pueda fundamentarse el despido disciplinario por vía del apartado a) del artículo 54.2 ET, pone de relieve la importancia de este apartado referido al abandono físico del puesto de trabajo en situaciones en las que la prestación de servicios era rigurosamente necesaria, con repercusiones graves para los usuarios que solicitan el servicio o incluso para la propia empresa. Por ejemplo, las consecuencias son especialmente gravosas en los siguientes supuestos: vigilantes de seguridad, trabajadores de guardias, cuidadores de personas débiles –niños, ancianos, discapacitados– y también en el caso de empleados cuya ausencia determina el cierre del establecimiento o la clausura del servicio con daño económico y de imagen para la empresa¹⁶⁶⁹.

Los tribunales vienen juzgando procedente los siguientes despidos: vigilantes de seguridad que abandonan su servicio unas pocas horas¹⁶⁷⁰; cuidadora de transporte infantil que deja el autobús antes de finalizar la ruta¹⁶⁷¹; camillero de ambulancia que abandona el puesto de trabajo poco antes del relevo sin cubrir el servicio con un enfermo¹⁶⁷²; telefonista en central de alarmas que deja su puesto una hora¹⁶⁷³; dependientas que clausuran el chiringuito unas horas antes de lo debido¹⁶⁷⁴; encargado de obra que deja su puesto algunas horas con desorden para sus subordinados¹⁶⁷⁵; responsable de personal de la sección de producción de una empresa que abandona su puesto de trabajo sin autorización para reunirse en el laboratorio de la empresa a entretenerse con juegos de cartas¹⁶⁷⁶; abandono del monitor de un centro de rehabilitación de toxicómanos¹⁶⁷⁷; el de un cuidador nocturno que reposa y duerme en su puesto de trabajo¹⁶⁷⁸; dormirse el cuidador psiquiátrico en el pabellón de retraso mental¹⁶⁷⁹; dormirse el vigilante¹⁶⁸⁰; el de quien abandona redundantemente su puesto de trabajo y las máquinas cuyo control tenía asignado sin dejar a nadie a su cargo, disminuyendo el rendimiento y aumentando el riesgo de averías y de producción defectuosa¹⁶⁸¹; el del vigilante que abandona su puesto de trabajo durante siete horas¹⁶⁸²; el abandono temporal del puesto de trabajo en el centro de comunicaciones radiomarítimas poniendo así en serio riesgo el servicio de socorro de la vida humana en

¹⁶⁶⁷ STS 28 de junio de 1990 [RJ 1990, 5533].

¹⁶⁶⁸ STSJ Cataluña 12 de septiembre de 2016 [JUR 2016, 231596].

¹⁶⁶⁹ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al*: *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 198.

¹⁶⁷⁰ STSJ Castilla y León/Valladolid 23 de junio de 2003 [JUR 2003, 178814].

¹⁶⁷¹ STSJ Canarias/Tenerife 9 de mayo de 2002 [AS 2002, 1773].

¹⁶⁷² STSJ Andalucía/Granada 12 de noviembre de 2003 [JUR 2003, 31172].

¹⁶⁷³ STSJ Asturias 28 de septiembre de 1992 [AS 1992, 4164].

¹⁶⁷⁴ STSJ Galicia 22 de enero de 2000 [AS 2000, 105].

¹⁶⁷⁵ STSJ Andalucía/Sevilla 10 de octubre de 1997 [AS 1997, 5350].

¹⁶⁷⁶ STSJ Navarra 6 de mayo de 1994 [AS 1994, 1928].

¹⁶⁷⁷ STSJ Canarias/Las Palmas 21 de marzo de 1995 [AS 1995, 1008].

¹⁶⁷⁸ STSJ Andalucía/Málaga 21 de enero de 2000 [AS 2000, 144].

¹⁶⁷⁹ STSJ Cataluña 25 de enero de 2001 [AS 2001, 673].

¹⁶⁸⁰ STSJ Murcia 7 de octubre de 2003 [JUR 2003, 276096].

¹⁶⁸¹ STSJ La Rioja 5 de diciembre de 2000 [AS 2000, 135].

¹⁶⁸² STSJ País Vasco 26 de enero de 2010 [AS 2010, 992].

el mar¹⁶⁸³. Si en el abandono –además– se suma la nota de engaño o falsedad, la conducta es aún más grave, como por ejemplo: manipulación del control horario de salida¹⁶⁸⁴; abandono con sustitución por hija¹⁶⁸⁵; limpiadora que deja durante algunos minutos su trabajo para realizar otro para distinta empresa¹⁶⁸⁶; o el de trabajador que abandona su puesto de trabajo sin justificación siendo realizado por otro compañero que utiliza la tarjeta del trabajador con la intención de ocultar su ausencia a la empresa¹⁶⁸⁷.

4.2.9 Otras infracciones básicas en la prestación de servicios: la falta de diligencia

La transgresión de la buena fe y el abuso de confianza puede traer causa tanto de una actuación deliberada y dolosa como de una conducta culposa y negligente: no es necesario que la conducta sea de carácter doloso pues también se engloban en este precepto las acciones simplemente culposas o negligentes cuando esa negligencia sea grave e inexcusable¹⁶⁸⁸.

En efecto, la conducta intencional o dolosa pero también la culposa o negligente –grave e inexcusable del trabajador– puede justificar el despido: la culpabilidad también puede existir por negligencia grave por lo que ningún impedimento de tipo legal existe para proceder al despido de un trabajador –aunque ésta sea la sanción más grave que se puede imponer en el ordenamiento jurídico laboral– cuando su actuación negligente, que sin ser culpable, ni dolosa, ni en convivencia de terceros, ni para lucrarse personalmente¹⁶⁸⁹, haya causado unos graves perjuicios económicos a la empresa¹⁶⁹⁰. Solo sería improcedente el despido cuando el convenio colectivo aplicable a la empresa establezca –para la negligencia en el trabajo– una calificación menor de la falta que no la haga sancionable con despido: si bien dentro de la figura genérica del artículo 54.2.d) ET caben las conductas negligentes o culposas, “*no puede decirse lo mismo respecto al precepto convencional, que para ese tipo de actuación prevé otra tipificación, la de la falta grave*”¹⁶⁹¹. O cuando el convenio colectivo permitiese sancionar con despido la negligencia sólo en el caso de que fuese de una cierta magnitud: el “*convenio colectivo impone la sanción de despido como falta muy grave exclusivamente cuando la negligencia se evidencie de forma grave y notoriamente perjudicial para la empresa, gravedad que, aplicando el principio de proporcionalidad imperante en esta materia, en este caso no concurre con la necesaria intensidad*” si se considera que estamos “*ante un hecho único, aislado y puntual, no revelador de una desidia persistente y continuada en el tiempo*”¹⁶⁹². Además, “*existiendo dudas razonables sobre cuál es el artículo sancionador del convenio colectivo aplicable al caso*” procede aplicar “*el tipo convencional al tipo legal*” cuando “*no se dan todos los requisitos para aplicar el de mayor nivel sancionador*” debiendo de seleccionarse “*el que resulta más favorable para el trabajador*”¹⁶⁹³.

¹⁶⁸³ STSJ Madrid 10 de abril de 2013 [AS 2013, 2733].

¹⁶⁸⁴ STSJ Madrid 22 de julio de 1996 [AS 1996, 3330].

¹⁶⁸⁵ STSJ Andalucía/Sevilla 4 de octubre de 2002 [AS 2003, 877].

¹⁶⁸⁶ STSJ País Vasco 18 de julio de 2000 [JUR 2001, 39318].

¹⁶⁸⁷ STSJ Aragón 21 de septiembre de 2017 [JUR 2017, 277716].

¹⁶⁸⁸ STS 30 de abril de 1991 [RJ 1991, 3397].

¹⁶⁸⁹ STSJ Galicia 16 de octubre de 2017 [JUR 2017, 278933].

¹⁶⁹⁰ STSJ Cataluña 28 de enero de 2005 [AS 2005, 445].

¹⁶⁹¹ STSJ Extremadura 9 de marzo de 2005 [JUR 2005, 96655].

¹⁶⁹² STSJ Castilla y León/Burgos 10 de enero de 2005 [JUR 2005, 65085].

¹⁶⁹³ STSJ Cataluña 28 de enero de 2005 [AS 2005, 445].

Al reflexionarse sobre el deber de diligencia normalmente se acude al apartado e) del artículo 54.2 ET –la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado– lo que produce una reciprocidad o paralelismo entre la falta de diligencia y el rendimiento del trabajador. No obstante, un detallado análisis de la jurisprudencia trae como desenlace que el rendimiento mínimo del trabajador no es suficiente para agrupar todas las manifestaciones existentes de la diligencia en el trabajo. La diligencia supone la observancia de las obligaciones que el trabajador asume al contratar su prestación de servicios¹⁶⁹⁴. Al constituir la falta de diligencia un incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la prestación asumida suele sancionarse por la causa prevista en el artículo 54.2.a) ET –faltas de asistencia o puntualidad al trabajo– o por el artículo 54.2.e) ET –disminución del rendimiento– al ser las dos causas que aluden concretamente a incumplimientos de la obligación de trabajar en sentido estricto¹⁶⁹⁵. En suma, nuestro Derecho del Trabajo no consagra de forma decidida la diligencia *in abstracto*; pero tampoco la diligencia *in concreto* –*quam in suis rebus*–. A la primera se opone toda ejecución contractual defectuosa, ya esté la causa del defecto en la voluntad del trabajador –negligencia–, ya sea necesario buscarla en las facultades del trabajador –impericia–; por el contrario, la diligencia *quam in suis rebus* sólo se halla en contradicción con la defectuosa prestación cuya causa radique en la voluntad del trabajador –negligencia–¹⁶⁹⁶.

Esta operación de integración de la realización incorrecta de la prestación de servicios en el apartado d) del artículo 54.2 ET tiene lugar en supuestos muy variados. Cumpliendo la doctrina precitada se han considerado procedentes los siguientes despidos: quien siendo jefe de cocina y advertido para subsanar la falta de higiene en la misma no la corrige¹⁶⁹⁷; quien adopta una presencia pasiva e indiferente en cuanto a la realización de los propios cometidos¹⁶⁹⁸; el del conductor embriagado aunque sea una sola vez¹⁶⁹⁹; el conductor que se accidenta varias veces¹⁷⁰⁰; conducir vehículos de la empresa sin atender a las normas y reglamentos de circulación¹⁷⁰¹; quien olvida un servicio encomendado¹⁷⁰²; quien incumple su deber básico de acuñar facturas¹⁷⁰³; quien teniendo a cargo el deber de recuento y clausura de la caja donde se guarda el dinero se desentiende con resultado de absoluto descontrol siendo su proceder “*persistentemente negligente con desleal infracción de sus deberes*”¹⁷⁰⁴; quien siendo responsable de “*velar por el buen fin de los bonos que la empresa le entregaba para su venta a los viajeros*” pierde “*hasta un total de ochenta bonos*”, calificándose la situación de “*evidente falta de diligencia en las labores encomendadas*”, resultando más que cognoscible la pérdida de “*la confianza depositada en su trabajadora incapaz de realizar las tareas propias de su categoría con la mínima diligencia requerida, sin que las sospechas de apropiación o de uso ilegítimo de los mencionados bonos sean*

¹⁶⁹⁴ GARCÍA MURCIA, J.: “Falta de diligencia y transgresión de la buena fe contractual”, en *Actualidad Laboral*, cit., p. 288.

¹⁶⁹⁵ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., p. 109.

¹⁶⁹⁶ MARIA CREMADES, B.: *La sanción disciplinaria en la empresa*, cit., pp. 192 y 193.

¹⁶⁹⁷ STSJ Andalucía/Granada 17 de mayo de 2000 [AS 2000, 2599].

¹⁶⁹⁸ STSJ Cataluña 2 de marzo de 2000 [AS 2000, 840].

¹⁶⁹⁹ STSJ Extremadura 9 de abril de 2002 [AS 2002, 2151].

¹⁷⁰⁰ STSJ Castilla y León/Valladolid 6 de mayo de 2003 [AS 2003, 2059].

¹⁷⁰¹ STSJ Comunidad Valenciana 11 de marzo de 2011 [JUR 2011, 228901].

¹⁷⁰² STSJ Madrid 20 de marzo de 2003 [JUR 2003, 22748].

¹⁷⁰³ STSJ Cataluña 15 de febrero de 2002 [JUR 2002, 120057].

¹⁷⁰⁴ STSJ Andalucía/Sevilla 23 de mayo de 2002 [JUR 2003, 4671].

irracional”¹⁷⁰⁵; quien siendo encargado permite que se organicen competiciones de dardos durante la jornada laboral lo que se califica de “*inoperancia voluntaria y tediosa en la misión confiada, con menoscabo de servicio y falta total de interés en el trabajo*”¹⁷⁰⁶; quien teniendo confiado el ingreso de la recaudación diaria en el cajero nocturno, estaciona el ciclomotor “*que porta más de tres millones y medio de pesetas, aparcado en la calle y sin vigilancia mientras el trabajador tomaba unas copas en un bar*”, siendo la conducta contraria a la “*más elemental y mínima diligencia exigible*”¹⁷⁰⁷; quien ejerciendo funciones de director de hotel permite que se realicen dos robos en el mismo día sin “*contactar con los guardas de seguridad o avisar a la policía*” y “*sin anotar la matrícula ni ponerlo en conocimiento del director del hotel al que sustituía, ofreciendo como única explicación a tal proceder que se le había olvidado*”, por lo que dicha actuación “*pone de manifiesto una evidente falta de diligencia, deber básico de todo trabajador*”¹⁷⁰⁸; quien trabajando en cocina de restaurante maneja los alimentos sin el aseo y la higiene debida¹⁷⁰⁹; a quien se le entrega y confía una cantidad de dinero en metálico y la pierde sin explicación admisible¹⁷¹⁰; quien con funciones de vigilancia nocturna en los locales de la empresa es sorprendido por el inspector de guardia cuando se hallaba dormido en el interior del coche¹⁷¹¹; conserje de noche que es encontrado durmiendo en una habitación contigua a conserjería¹⁷¹²; jefe de mesa de un casino que incurriendo en grave negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones no detecta reiteradas jugadas irregulares llevadas a cabo por un mismo jugador¹⁷¹³; quien estando obligado profesionalmente “*a realizar el recuento de las mercancías depositadas en la cámara de la que era responsable, controlando tanto existencias como entradas y salidas*”, provoca “*por tal falta de control*”, una diferencia importante entre las mercancías existentes y las aparentes¹⁷¹⁴; quien capta votos delegados “*durante el tiempo que debía dedicar el trabajador a sus específicas tareas*”¹⁷¹⁵; la actuación del director de una sucursal bancaria que no localiza irregularidades en el origen de financiación o de obtención de liquidez de un cliente¹⁷¹⁶; el no retirar un “*pearcing*” en un paciente para administrarle una sonda por el peligro de raspaduras que pueda entrañar¹⁷¹⁷; confundir un vaso de agua a facilitar a un paciente con otro que lleva diferente sustancia¹⁷¹⁸; desconectar unos instantes las alarmas de la empresa durante la ronda nocturna¹⁷¹⁹; vigilante de seguridad que al terminar la jornada no guarda el arma en el lugar habilitado para ello¹⁷²⁰; no custodiar prudentemente la llave del cuarto donde se encuentra ubicada la caja fuerte¹⁷²¹; abonar en dos ocasiones reintegros de libretas de ahorro y cuenta corriente que quedaron en números rojos contraviniendo la prohibición

¹⁷⁰⁵ STSJ Comunidad Valenciana 21 de febrero de 2002 [JUR 2003, 55834].

¹⁷⁰⁶ STSJ Cataluña 23 de noviembre de 2001 [JUR 2002, 28314].

¹⁷⁰⁷ STSJ Andalucía/Málaga 16 de febrero de 2001 [JUR 2001, 169332].

¹⁷⁰⁸ STSJ Andalucía/Málaga 26 de febrero de 1999 [AS 1999, 5572].

¹⁷⁰⁹ STSJ Andalucía/Málaga 17 de julio de 2003 [AS 2003, 2871].

¹⁷¹⁰ STSJ Cataluña 8 de abril de 2003 [AS 2003, 2089].

¹⁷¹¹ STS 25 de marzo de 1985 [RJ 1985, 1381] y STSJ Castilla-La Mancha 7 de abril de 2005 [JUR 2005, 99639].

¹⁷¹² STS 24 de septiembre de 1984 [RJ 1987, 6385].

¹⁷¹³ STSJ Andalucía/Málaga 9 de julio de 1993 [AS 1993, 3312].

¹⁷¹⁴ STSJ Castilla y León/Valladolid 6 de octubre de 1992 [AS 1992, 5203].

¹⁷¹⁵ STS 19 de julio de 1985 [RJ 1985, 3819].

¹⁷¹⁶ STSJ Castilla y León/Valladolid 16 de mayo de 2005 [AS 2005, 934].

¹⁷¹⁷ STSJ Madrid 19 de abril de 2005 [AS 2005, 1032].

¹⁷¹⁸ STSJ Comunidad Valenciana 20 de enero de 2005 [AS 2005, 395].

¹⁷¹⁹ STSJ Navarra 26 de octubre de 1995 [AS 1995, 3619].

¹⁷²⁰ STSJ Canarias/Las Palmas 25 de abril de 1995 [AS 1995, 1699].

¹⁷²¹ STSJ Andalucía/Sevilla 7 de abril de 2000 [AS 2000, 3219].

del banco debiendo utilizar la llave supervisora lo que supone una actuación intencional y no simplemente negligente¹⁷²²; o el incumplimiento de órdenes básicas de su puesto de trabajo por una evitable falta de diligencia¹⁷²³.

Por el contrario, no existe conducta negligente y no queda justificado el despido en los siguientes supuestos: trabajador que estaciona el camión en el lugar que venía haciéndolo habitualmente con conocimiento y sin oposición de la empresa aunque ello originó la sustracción de la mercancía del vehículo¹⁷²⁴; operario no cualificado que efectúa incorrectamente una labor de la que deriva luego un accidente por no haber sido debidamente supervisado por personal especializado¹⁷²⁵; encargado de charcutería que no retira productos caducados¹⁷²⁶; el descuadre contable de un mes¹⁷²⁷. En suma, lo que le interesa al empresario es el comportamiento del propio empleado y no el resultado en sí.

En los casos mencionados es incuestionable que la conducta del trabajador posee matices de una total negligencia y desobediencia en su actuación. Esta misma tonalidad se exterioriza también en conductas en las que el trabajador, efectuando la prestación de sus servicios, las desarrolla con falta de respeto o maltrato hacia clientes u otras personas que se relacionan directamente con la empresa, lo que supone un incumplimiento del deber de cumplir la prestación laboral con la diligencia exigible¹⁷²⁸. En los puestos de trabajo en el que se requiere un trato disciplinado, respetuoso y educado con clientes y proveedores y este ha sido desatendido por el empleado, obviamente nos enfrentamos ante un incumplimiento contractual en la prestación laboral pues no se está actuando con la diligencia exigible para ese determinado puesto de trabajo¹⁷²⁹. Como consecuencia de lo reprochable de este comportamiento, la empresa puede sufrir menoscabo en la imagen, pérdida de clientes y desgaste en las relaciones con los proveedores o contratistas¹⁷³⁰, constituyendo “una patente falta de lealtad y abuso de confianza en las gestiones encomendadas”¹⁷³¹.

Otro tipo de incumplimiento básico es aquel que comporta irregularidades económicas o contables. Son abundantes las sentencias que se pronuncian sobre incidentes de aspiraciones lucrativas por irregularidades económicas o contables – especialmente– en el ámbito de las entidades bancarias y financieras de las que se ha dicho que en ellas, “*el crédito o confianza constituye la base fundamental del campo de actuación*”¹⁷³². Estas singularidades de naturaleza meramente económica y con objeto de estimar procedente el despido no tienen –obligatoriamente– que ser dolosas o realizadas con ánimo de lucro sino que es suficiente con que “*dicha confianza se pueda romper por la actuación negligente de la persona que, al frente de una oficina,*

¹⁷²² STS 22 de septiembre de 1987 [RJ 1987, 6260].

¹⁷²³ STSJ Galicia 3 de junio de 2013 [AS 2013, 2502].

¹⁷²⁴ STSJ Madrid 8 de marzo de 2005 [JUR 2005, 94493].

¹⁷²⁵ STSJ Castilla y León/Valladolid 22 de mayo de 2006 [JUR 2006, 177663].

¹⁷²⁶ STSJ Cataluña 22 de marzo de 2000 [AS 2000, 2062].

¹⁷²⁷ STSJ País Vasco 14 de mayo de 2013 [JUR 2014, 138250].

¹⁷²⁸ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: *La causalidad del despido disciplinario*, cit., p. 163.

¹⁷²⁹ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 200.

¹⁷³⁰ STSJ Murcia 11 de junio de 2002 [AS 2002, 2446].

¹⁷³¹ STSJ Andalucía/Granada 22 de abril de 2003 [JUR 2003, 159914].

¹⁷³² STSJ Andalucía/Granada 28 de mayo de 2008 [JUR 2009, 19139].

descuida temerariamente los intereses de la empleadora”¹⁷³³. Al respecto, el despido se estima procedente en supuestos de extralimitación en la adjudicación de créditos¹⁷³⁴; por realizar actuaciones y operaciones con tan solo autorización verbal del cliente amigo¹⁷³⁵; por utilización irregular de descuentos en la oficina¹⁷³⁶; por realización de multiplicidad de irregularidades de diversa índole¹⁷³⁷; de interventor que autorizó transferencias excediéndose del límite autorizado¹⁷³⁸; de quien concedió créditos por encima del límite permitido¹⁷³⁹; de quien estableció descuentos particulares pese a la restricción de la empresa¹⁷⁴⁰; del cobrador de cabina de peaje que hace constar en 35 ocasiones un importe de liquidación que no se corresponde con el dinero introducido en la bolsa¹⁷⁴¹; o el responsable contable de una notaría que no examinó debidamente los ingresos y reembolsos¹⁷⁴².

Las citadas desobediencias elementales presentan una nota en común: el trabajador incide en culpabilidad en el grado de negligencia. La observación de todos estos incumplimientos es denominada por la doctrina judicial con la terminología de “*falta de diligencia*”. Esta constituye el incumplimiento del deber de diligencia básico de los trabajadores –artículo 5.a) ET–. La falta de diligencia no es un incumplimiento en sí mismo sino el método en que puede tener lugar el incumplimiento de las heterogéneas obligaciones que para el trabajador emanan del contrato de trabajo. La falta de diligencia tiene que ver con la culpabilidad que para justificar el despido es exigible en todo incumplimiento laboral.

El despido por esta causa no excluye la posibilidad del empresario de ejercitar las pertinentes acciones indemnizatorias de los perjuicios o daños que haya tenido que soportar por la conducta del empleado. La sujeción a este tipo de indemnizaciones deviene del artículo 1101 del Código Civil, ya que se encuentran sujetos a esta indemnización los que en el cumplimiento de sus obligaciones hayan incurrido en dolo, negligencia o morosidad¹⁷⁴³.

4.3 Valoración de la gravedad y culpabilidad

Existen causas de despido disciplinario en las que se menciona explícitamente la manera de graduar su intensidad –por ejemplo, faltas repetidas o disminución continuada– y en otras no –donde situamos la buena fe o abuso de confianza–. Analizando la transgresión de la buena fe contractual no se aprecia la existencia de dos fases temporales en la jurisprudencia sino que las sentencias en ambos sentidos se superponen en el tiempo. Gran parte de la jurisprudencia entiende que la pérdida de confianza, por su especial naturaleza, no admite grados de valoración y que una vez producida rompe el equilibrio de las relaciones del trabajador con el patrono en

¹⁷³³ STSJ Andalucía/Granada 28 de octubre de 2003 [AS 2003, 3382].

¹⁷³⁴ STSJ Murcia 11 de junio de 2002 [AS 2002, 2446].

¹⁷³⁵ STSJ Castilla y León/Valladolid 25 de junio de 2003 [JUR 2003, 178788].

¹⁷³⁶ STSJ Andalucía/Granada 29 de abril de 2003 [JUR 2003, 160158].

¹⁷³⁷ STSJ Andalucía/Granada 24 de junio de 2003 [AS 2003, 2575].

¹⁷³⁸ STS 23 de enero de 1990 [RJ 1990, 220].

¹⁷³⁹ STS 7 de julio de 1986 [RJ 1986, 3963].

¹⁷⁴⁰ STS 30 de abril de 1991 [RJ 1991, 3399].

¹⁷⁴¹ STSJ Cataluña 28 de abril de 2005 [JUR 2005, 171685].

¹⁷⁴² STSJ Madrid 21 de julio de 2005 [AS 2005, 2334].

¹⁷⁴³ IGLESIAS CABERO, M.: “Transgresión de la buena fe contractual”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 248.

términos que impiden su normal desarrollo¹⁷⁴⁴. Se entiende que la doctrina sobre la proporcionalidad y graduación de las sanciones no tiene aplicación cuando el acto por el que se litiga constituye transgresión de la buena fe contractual relativa al área de mutua lealtad y convivencia laboral donde prevalece la sustantividad y la naturaleza de los hechos sobre el lucro o perjuicio económico. Esto supone la no aplicación de la teoría gradualista y la no graduación de la gravedad: en otros términos, si hay transgresión de la buena fe contractual no puede afirmarse que ésta sea leve o normal pues su mero incumplimiento se calificaría de grave. Por el contrario, también se localizan decisiones que aplican la doctrina gradualista lo que significa que no cualquier transgresión de la buena fe justifica el despido del empleado: al examinarse las circunstancias del despido puede estimarse la existencia de transgresión de la buena fe contractual pero sin reunir la gravedad suficiente con la que justificar el despido. Para fijar la intensidad de la falta cometida deberá llevarse a cabo un estudio minucioso de los detalles de cada caso concreto¹⁷⁴⁵. ¿Qué doctrina opera en la actualidad? Actualmente, *“en las cuestiones situadas en el área disciplinaria o sancionadora de esta rama del ordenamiento jurídico, han de ponderarse todos sus aspectos, objetivos y subjetivos, pues los más elementales principios de justicia exigen una perfecta proporcionalidad y adecuación entre el hecho, la persona y la sanción, y en este orden de cosas, no puede operarse objetiva y automáticamente, sino que tales elementos han de enlazarse para buscar en su conjunción la auténtica realidad jurídica que de ella nace, a través de un análisis específico e individualizado de cada caso concreto, con valor predominante del factor humano, pues en definitiva se juzga sobre la conducta observada por el trabajador en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales”*¹⁷⁴⁶. En suma, el enjuiciamiento del despido debe *“abordarse de forma gradualista buscando la necesaria proporción ante la infracción y la sanción y aplicando un criterio individualizador que valore las peculiaridades de cada caso concreto”*¹⁷⁴⁷. De este modo se va imponiendo la adecuada proporcionalidad entre la falta cometida y la sanción impuesta siendo la doctrina gradualista cada vez más utilizada.

Al igual que la valoración de la gravedad de las demás causas justas del despido disciplinario, no cualquier vulneración de la buena fe justifica el despido, sino sólo *“aquella que por ser grave y culpable suponga la violación trascendente de un deber de conducta del trabajador”*¹⁷⁴⁸. Dada la disparidad de los comportamientos que pueden introducirse en el apartado d) del artículo 54.2 ET –transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño del trabajo– la apreciación de la gravedad ha de evaluarse en cada uno de los casos que se esté enjuiciando: no obstante, se recomienda hacer la valoración de acuerdo a criterios de gravedad que posean naturaleza universal¹⁷⁴⁹.

Se debe adecuar el hecho, la persona y la sanción conforme los principios de presunción de inocencia –de exigua aplicación–, *in dubio pro operario* y el equilibrio

¹⁷⁴⁴ STS 29 de marzo de 1985 [RJ 1985, 1452].

¹⁷⁴⁵ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., pp. 43 y 44.

¹⁷⁴⁶ STSJ Navarra 13 de diciembre de 2010 [JUR 2011, 107590].

¹⁷⁴⁷ STS 19 de julio de 2010 [RJ 2010, 7126].

¹⁷⁴⁸ STS 4 de marzo de 1991 [RJ 1991, 1822].

¹⁷⁴⁹ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 201.

entre unos y otros factores¹⁷⁵⁰: los tribunales realizan un análisis conjunto de la situación examinando el tiempo de la gravedad y culpabilidad. En estos casos, sin entrar a evaluar la importancia de las consecuencias de la conducta ni el perjuicio económico de la empresa, los tribunales califican el despido como procedente pues la gravedad de la conducta no reside tanto en el importe de lo sustraído o apropiado como en el hecho mismo de la sustracción: “*la empresa no está obligada a mantener una relación laboral con un trabajador que, despreciando la confianza depositada en él*” se “*apropia de determinados productos o dinero que el trabajador tiene a su disposición por mor de su vinculación laboral*”¹⁷⁵¹. Los tribunales vienen calificando de grave aquella conducta maliciosa o engañosa consistente en la apropiación de cantidades de dinero aunque sean pequeñas¹⁷⁵²; o el falseamiento de los partes de horario o trabajo¹⁷⁵³. Pero también se consideran graves aquellos comportamientos que constituyen una fractura formal en los deberes laborales como la conducta del vigilante de seguridad que prestando servicios se duerme¹⁷⁵⁴; o ausentarse en horas de trabajo sin fichar las horas de ausencia, más cuando la empresa ha otorgado al trabajador el beneplácito de un margen amplio de flexibilidad¹⁷⁵⁵. En lo que concierne a negligencias o indolencias no especialmente cualificadas y que no entrañan engaño, fraude o falsedad, los tribunales respecto a la gravedad del incumplimiento atienden, ahora sí, a criterios circunstanciales o coyunturales como el componente del incumplimiento, la categoría profesional del trabajador, su antigüedad en la empresa, su vida laboral, el sector de la actividad, los perjuicios causados por su conducta, la reiteración, la insistencia o las advertencias previas del empresario al trabajador¹⁷⁵⁶.

Uno de los criterios esclarecedores para la tasación de la gravedad del comportamiento negligente del trabajador suele ser el que atiende al perjuicio económico de la empresa. En consecuencia, se considera un comportamiento grave cuando la acción del empleado implica la pérdida de clientela¹⁷⁵⁷. Sin embargo, se minorra la responsabilidad cuando localizamos falta de advertencia previa o tolerancia por parte del empresario hacia concretas actuaciones como son: el uso de internet¹⁷⁵⁸; apropiación de productos¹⁷⁵⁹; aplazamientos en la justificación de gastos¹⁷⁶⁰; desembolsos de dietas¹⁷⁶¹; concurrencia desleal¹⁷⁶²; o irregularidades bancarias¹⁷⁶³. También puede atenuarse la gravedad del comportamiento en incidentes en los que el trabajador posea una significativa antigüedad en la empresa sin haber sido sancionado con anterioridad hasta el punto de declararse el despido improcedente: en situaciones de

¹⁷⁵⁰ IGLESIAS CABERO, M.: “Transgresión de la buena fe contractual”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 227.

¹⁷⁵¹ STSJ Comunidad Valenciana 11 de julio de 2002 [JUR 2003, 155755].

¹⁷⁵² STSJ Murcia 2 de septiembre de 2003 [JUR 2003, 250421].

¹⁷⁵³ STSJ Andalucía/Sevilla 29 de noviembre de 2017 [JUR 2018, 13469], STSJ Castilla-La Mancha 12 de septiembre de 2013 [JUR 2013, 316962] o STSJ Cataluña 26 de junio de 1998 [AS 1998, 3169].

¹⁷⁵⁴ STSJ Murcia 7 de octubre de 2003 [JUR 2003, 276096].

¹⁷⁵⁵ STSJ Galicia 26 de noviembre de 1992 [AS 1992, 5342].

¹⁷⁵⁶ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 202.

¹⁷⁵⁷ STSJ Murcia 11 de junio de 2002 [AS 2002, 2446].

¹⁷⁵⁸ STSJ Madrid 16 de julio de 2002 [AS 2002, 3036].

¹⁷⁵⁹ STSJ Cataluña 5 de noviembre de 2002 [AS 2002, 2316] y STSJ Galicia 3 de noviembre de 1999 [AS 1999, 3495].

¹⁷⁶⁰ STSJ Madrid 22 de enero de 2002 [AS 2002, 1001].

¹⁷⁶¹ STSJ Cataluña 10 de abril de 1995 [AS 1995, 1569].

¹⁷⁶² STSJ Murcia 23 de diciembre de 1997 [AS 1997, 5154].

¹⁷⁶³ STSJ Castilla y León/Valladolid 18 de octubre de 2001 [AS 2001, 4289].

actividad puntual en supuestos de baja médica¹⁷⁶⁴; o sustracción de bienes de escaso importe¹⁷⁶⁵.

Otro aspecto fundamental para tener en cuenta la valoración de la gravedad es el referido a la ubicación profesional y jerárquica que el trabajador desempeña en la empresa. Lo que se debate en la mayor parte de las situaciones de transgresión de la buena fe es la pérdida de la confianza. Merma de confianza que es más importante cuanto mayor es la posición del trabajador en la empresa. Además habrá de tener en cuenta la existencia de determinadas coyunturas y eventualidades que pueden justificar, aunque sea en parte, la determinada actuación del trabajador, pudiendo menguar o reducirse el reproche de la gravedad¹⁷⁶⁶; se ha considerado justificado abandonar o desatender el puesto de trabajo por la enfermedad de un hijo¹⁷⁶⁷.

La heterogeneidad de conductas que se comprenden bajo el prisma de la buena fe contractual obliga a los tribunales a tener en cuenta componentes de ponderación de la gravedad que deberán de ser analizados caso por caso, incidiendo en las características del propio comportamiento incumplidor: no se considera un mal trato del trabajador al cliente, y por ende, el despido se considera improcedente, cuando la intervención del empleado *“al llamar la atención de tales jóvenes, en las circunstancias expuestas, no fue gratuita o arbitraria sino motivada, dirigida a que guardaran la debida compostura y no importunaran al resto de la clientela, preservando así la normalidad y buena imagen del centro”*¹⁷⁶⁸.

Las sentencias suscitan la impresión de que los tribunales operan con grandes dosis de ductilidad, elasticidad y casuismo, ponderando –sin limitaciones técnicas excesivas– la justicia del despido disciplinario en el caso concreto: es evidente que en el análisis de la gravedad del apartado d) del artículo 54.2 ET –transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño del trabajo– los tribunales operan sin ningún tipo de limitación técnico-normativa, lo que acaba derivando en una actuación totalmente subjetiva y nada sujeta a estándares objetivados¹⁷⁶⁹.

Pero para que una acción u omisión del trabajador pueda ser sancionable con despido disciplinario los incumplimientos laborales consistentes en la transgresión de la buena fe contractual también han de ser culpables. En la valoración de la culpabilidad encontramos ciertos comportamientos que consiguen plantear problemas de imputación al trabajador: es el caso de conductas realizadas por terceras personas y que pueden achacarse a uno de los empleados de la empresa. Por ejemplo, en el caso de hurto y robo de bienes de la empresa por tercera persona, para que el despido del trabajador pueda ser declarado procedente, se deberá probar la connivencia entre ambos sujetos –trabajador y tercero–: en otros términos, la complicidad o pacto de los intervinientes. Lo mismo ocurre en supuestos de ofensas por parte de terceras personas: el Tribunal Constitucional se ha referido a este supuesto destacando que la deducción de culpabilidad del trabajador por acto de tercero se encuentra sujeto a un estricto control

¹⁷⁶⁴ STSJ Canarias/Tenerife 28 de mayo de 2003 [JUR 2003, 152734].

¹⁷⁶⁵ STSJ País Vasco 10 de octubre de 1997 [AS 1997, 4113].

¹⁷⁶⁶ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 203.

¹⁷⁶⁷ STSJ Cantabria 21 de septiembre de 1993 [AS 1993, 3961].

¹⁷⁶⁸ STSJ Castilla y León/Valladolid 17 de mayo de 1999 [AS 1999, 6021].

¹⁷⁶⁹ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 204.

de constitucionalidad por lo que hay que desechar la validez de nexos que no tienen más fundamento que la mera relación familiar o de amistad¹⁷⁷⁰ –supuesto en el que un familiar con el que se mantiene una mala o nociva relación decide presentarse en el centro de trabajo esbozando insultos e injurias al empresario y en representación o delegación del familiar, a su vez, trabajador de la empresa–.

Diferente es la responsabilidad disciplinaria del empleado por actos de terceros elaborada por la existencia de una conducta reprochable: es el caso de la llamada culpa *in vigilando*¹⁷⁷¹ –empleado que no actúa frente al incumplimiento reiterado de otro empleado¹⁷⁷²– o de formas de imputación cercanas a la complicidad o encubrimiento –trabajador que tolera los evidentes incumplimientos de los compañeros de trabajo¹⁷⁷³–.

Aunque la letra textual del artículo 54.2.d) ET pudiera hacer creer que sólo pueden incurrir en incumplimiento contractual las conductas maliciosas o dolosas, la jurisprudencia y doctrina judicial han admitido, en abundantes ocasiones, la transgresión de la buena fe contractual por medio de comportamientos simplemente negligentes: *“para poder comprenderse una determinada conducta en este apartado d) del número 2 del artículo 54 ET, no es necesario que la misma sea de carácter doloso, pues también se engloban en este precepto las acciones simplemente culposas o negligentes, cuando esa negligencia sea grave e inexcusable”*¹⁷⁷⁴. *“Basta una falta de diligencia o negligencia inexcusables en la prestación de los servicios encomendados para que ello pueda subsumirse en la transgresión de la buena fe contractual”*¹⁷⁷⁵. En suma, la jurisprudencia en ningún momento, ni antes ni después del ET, mantiene un criterio uniforme considerando que no sólo las conductas maliciosas, dolosas, culposas o imprudentes graves pueden ser merecedoras de despido disciplinario¹⁷⁷⁶. Se puede incurrir en la causa del artículo 54.2.d) ET *“tanto de forma intencional, dolosa, con ánimo deliberado y consciente de quebrantar la buena fe y lealtad depositada en el trabajador por la empresa, como por negligencia, imprudencia o descuido imputable a aquél, ya que el mencionado precepto sólo exige y requiere la concurrencia de un incumplimiento grave y culpable y no un deliberado y consciente propósito de conculcar el deber de lealtad y buena fe”*¹⁷⁷⁷. En carencia de intencionalidad y ausencia de negligencia es incuestionable que debemos de descartar la responsabilidad disciplinaria. Un ejemplo se localiza en los accidentes de circulación¹⁷⁷⁸. En este mismo sentido, la falta de voluntad de adueñarse de un determinado bien disminuye considerablemente la propia gravedad del incumplimiento contractual¹⁷⁷⁹.

En ocasiones la culpabilidad del trabajador puede debilitarse por la situación de la empresa o por el estado subjetivo del propio trabajador. Respecto a la situación de la empresa, la falta de rigor y control por parte del propio empresario excusa al trabajador

¹⁷⁷⁰ STC 153/2000, de 12 de junio [RTC 2000, 153].

¹⁷⁷¹ STSJ Andalucía/Sevilla 25 de mayo de 2017 [JUR 2017, 178780].

¹⁷⁷² STSJ Aragón 12 de noviembre de 2001 [AS 2001, 4529].

¹⁷⁷³ STSJ País Vasco 24 de julio de 2001 [AS 2001, 4436].

¹⁷⁷⁴ STS 30 de abril de 1991 [RJ 1991, 3397].

¹⁷⁷⁵ STSJ Andalucía/Málaga 16 de febrero de 2001 [JUR 2001, 169332].

¹⁷⁷⁶ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., p. 48.

¹⁷⁷⁷ STS 30 de abril de 1987 [RJ 1987, 2841].

¹⁷⁷⁸ STSJ Andalucía/Granada 11 de marzo de 1999 [AS 1999, 1658].

¹⁷⁷⁹ STSJ Cataluña 11 de febrero de 2003 [JUR 2003, 116179], STSJ Madrid 3 de abril de 2001 [AS 2001, 2158] y STSJ Madrid 14 de septiembre de 2000 [JUR 2000, 308161].

que incurre en falta de diligencia¹⁷⁸⁰; o el impago empresarial de la prestación de incapacidad temporal ubica al trabajador de baja en una situación de necesidad económica que le lleva a realizar justificadamente trabajos durante aquella¹⁷⁸¹. En relación al estado subjetivo del trabajador existen patologías y anomalías psíquicas que pueden reducir el dominio o capacidad de la propia conducta por parte del trabajador: al respecto es conveniente que el estado de trastorno psíquico del trabajador sea comunicado al empresario¹⁷⁸². Si el empresario conoce el desorden psíquico del trabajador, el comportamiento constitutivo de transgresión de la buena fe contractual puede quedar disculpado por la patología que padece: cuando la patronal conociendo los trastornos psíquicos del trabajador que determinaron su baja laboral “no toma las precauciones a las que venía convencionalmente obligada y que tenía a su alcance tras su reincorporación al trabajo”, aunque el hecho de que el trabajador “se quedase dormido es reprochable, o puede considerarse como una transgresión de la buena fe contractual”, la empresa “conocía o debía de haber conocido que tal hecho podía suceder al trabajador en el estado psíquico en el que se encontraba, y pese a ello no obró en consecuencia”¹⁷⁸³.

En suma, la jurisprudencia que aplica esta causa de despido es demasiado variada: en ocasiones, ante unos mismos hechos, se examinan las circunstancias del caso para especificar la gravedad de la conducta del empleado y en otros no; a veces se exige que el trabajador haya actuado con dolo y en otras basta con negligencia para declarar la procedencia del despido. La consecuencia lógica de esta diversidad jurisprudencial no es otra que la evidente disminución de seguridad jurídica y de garantías tanto de los trabajadores como de los empresarios¹⁷⁸⁴.

5. La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado

El artículo 54.2.e) ET considera incumplimiento contractual del trabajador a efectos de su despido, “la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado”.

5.1 Concepto y fundamento

El trabajador se encuentra obligado a hacer todo lo que esté en sus manos para mantener su capacidad productiva¹⁷⁸⁵. Conforme esta causa justa, de forma ordenada y durante un período de tiempo prudente, se ha de evaluar si el trabajador desarrolla su trabajo con el rendimiento apropiado¹⁷⁸⁶. Nos encontramos ante un incumplimiento que actúa sobre el fundamento del contrato al afectar al rendimiento del trabajo: en otros términos, a los frutos de la empresa¹⁷⁸⁷. La idea de rendimiento o productividad resulta

¹⁷⁸⁰ STSJ País Vasco 24 de octubre de 2000 [JUR 2001, 44966].

¹⁷⁸¹ STSJ Canarias/Las Palmas 1 de septiembre de 1992 [AS 1992, 4249].

¹⁷⁸² GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al*: *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 205.

¹⁷⁸³ STSJ Madrid 28 de marzo de 1999 [AS 1999, 611].

¹⁷⁸⁴ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., p. 49.

¹⁷⁸⁵ MARIA CREMADES, B.: *La sanción disciplinaria en la empresa*, cit., p. 193.

¹⁷⁸⁶ TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.: “El despido disciplinario”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al*: *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 70.

¹⁷⁸⁷ STSJ Madrid 6 de noviembre de 2017 [JUR 2018, 7396].

ser clave para la comprensión del contrato de trabajo. El rendimiento ha de percibirse en un sentido relativo: se exige una determinada productividad y en un determinado período de tiempo a cambio de una remuneración económica. Esta causa de despido implica un incumplimiento contractual en cuanto que se vulnera la obligación de diligencia que con carácter general se le impone al trabajador por el artículo 5.a) ET¹⁷⁸⁸. Este deber de protección de un interés económico-empresarial a cargo de los trabajadores de la empresa determina, en sede contractual, el mandato constitucional de defensa de la productividad en el marco de una economía de mercado –artículo 38 CE–; además, en última instancia, es corolario de los deberes de buena fe y colaboración en el trabajo del artículo 20.2 ET¹⁷⁸⁹.

El deber de diligencia se ha relacionado con el debido rendimiento en la prestación de trabajo. Diligencia entendida como la aplicación de la voluntad en la prestación del servicio para obtener el rendimiento exigido¹⁷⁹⁰. La existencia de la conexión diligencia-rendimiento no debe hacernos olvidar que con el término diligencia no se alude únicamente al rendimiento o resultado sino que también se refiere al modo de actuar en el desarrollo de la prestación de trabajo pactada¹⁷⁹¹. Es un modelo de conducta al que los usos y costumbres dotan de contenido efectivo¹⁷⁹². Aunque la diligencia implica una actitud subjetiva ésta ha de traducirse en algo objetivo: en la obtención de resultados en unidades de tiempo. Se podría decir que en la medida en que se desarrolle la diligencia adecuada a la naturaleza de la prestación se obtendrá el rendimiento deseado por las partes contratantes¹⁷⁹³.

En efecto, el rendimiento es el factor decisivo de esta causa justa de despido disciplinario. El rendimiento del trabajador como instrumento de determinación del cumplimiento o incumplimiento del contrato de trabajo estará plenamente vinculado con el tipo de actividad laboral. De todos modos, cualquiera que sea la actividad que se esté desarrollando su rendimiento se traducirá en unos concretos resultados. A veces, por la clase de tareas o funciones a realizar, sobre todo si se desarrollan con repetición y poca variación, requieren escasa cualificación y son de carácter fundamentalmente manual. En estos casos, los resultados apenas soportarán oscilaciones relevantes si se mantienen de forma constante las condiciones de desarrollo del trabajo; además, podrán medirse con facilidad siendo la apreciación del rendimiento y del cumplimiento relativamente sencillo –a través de lo que se denomina sistema de trabajo medido¹⁷⁹⁴–. Sin embargo, en oficios en los que predomina el carácter intelectual o comercial, de atención al público o que exijan especial cualificación, será más importante el resultado cualitativo que cuantitativo: no por ello dejará el rendimiento de ser el instrumento para medir el

¹⁷⁸⁸ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al.*: *Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 946.

¹⁷⁸⁹ MOLINA NAVARRETE, C.: “Artículo 5. Deberes laborales”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al.*: *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 146.

¹⁷⁹⁰ STSJ Andalucía/Sevilla 13 de junio de 2017 [JUR 2017, 213779].

¹⁷⁹¹ GARCÍA MURCIA, J.: “Falta de diligencia y transgresión de la buena fe contractual”, en *Actualidad Laboral*, cit., p. 288.

¹⁷⁹² DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, Civitas, 1993, p. 95.

¹⁷⁹³ GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: “El rendimiento debido en la relación de trabajo”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 3, 1980, p. 367.

¹⁷⁹⁴ *Ibidem*, p. 381.

cumplimiento o incumplimiento del trabajador¹⁷⁹⁵. No obstante, su apreciación habrá de efectuarse atendiendo a la idoneidad de la conducta del empleado para conseguir que la prestación sea finalmente útil al empresario –en otros términos, a la diligencia debida¹⁷⁹⁶–. El examen del rendimiento del trabajador es susceptible de llevarse a cabo a través del análisis de la posibilidad de sancionar a quien no rinde satisfactoriamente en su trabajo: el rendimiento es fuente de litigiosidad al ser el elemento clave para sostener el incumplimiento contractual del trabajador¹⁷⁹⁷.

La puesta en práctica de esta causa de despido aparece limitada por la dominante interpretación jurisprudencial que acaba exigiendo –para que la causa de despido disciplinario sea operativa y, por ende, la extinción de la relación laboral sea calificada de procedente– una prueba de datos cuantitativos acerca del rendimiento que se cuestiona, pues sin cuantificación alguna no es posible estimar la concurrencia de esta causa¹⁷⁹⁸. Esto no significa que determinadas conductas laborales que afectan severamente al rendimiento, aunque no hayan sido cuantificadas, no puedan ser sancionables disciplinariamente, sino todo lo contrario, ya que es admisible declarar el despido procedente¹⁷⁹⁹.

Pero en actividades que no pueden cuantificarse en cantidad sino en calidad es obvio que lo cualitativo se antepone a lo cuantitativo. En tales supuestos, no encontramos aumento o disminución del rendimiento de la actividad laboral, pero con objeto de medir el cumplimiento de la obligación de trabajar, tal valoración habrá de desarrollarse atendiendo –principalmente– a la idoneidad de la conducta observada: así podrá determinarse si la prestación del trabajador es diligente¹⁸⁰⁰.

Además de las exigencias generales a todas las causas de despido disciplinario del artículo 54 ET –incumplimiento contractual grave y culpable– la disminución posee exigencias propias: a) que la disminución del rendimiento sea voluntaria¹⁸⁰¹; b) que esa disminución en el rendimiento sea continuada¹⁸⁰²; y c) que la disminución del rendimiento sea perceptible en relación con un término comparativo¹⁸⁰³ –rendimiento

¹⁷⁹⁵ Otras voces doctrinales establecen que, salvo excepciones, la aplicación de esta causa solo puede ser invocada en actividades en las que el rendimiento sea susceptible de cuantificación, cabiendo la posibilidad de encuadrar comportamientos que afecten a aspecto cualitativos –no cuantitativos– en el apartado d) del artículo 54.2 ET: buena fe contractual o abuso de confianza. Al respecto, SASTRE IBARRECHE, R.: “Artículo 54. Despido disciplinario”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al*: *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 770. También, STSJ Cataluña 6 de junio de 1996 [AS 1996, 2473].

¹⁷⁹⁶ SAGARDOY BENGOCHEA, J. A.: “La disminución del rendimiento como causa de despido”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 33, 1968, p. 417.

¹⁷⁹⁷ GÁRATE CASTRO, J.: “La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., pp. 254 y 255.

¹⁷⁹⁸ STSJ Comunidad Valenciana 3 de abril de 2017 [JUR 2017, 15176] y STSJ Cataluña 6 de junio de 1996 [AS 1996, 2473].

¹⁷⁹⁹ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al*: *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 207.

¹⁸⁰⁰ GÁRATE CASTRO, J.: “La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 254.

¹⁸⁰¹ STSJ Galicia 7 de noviembre de 2016 [JUR 2016, 250128].

¹⁸⁰² STSJ Galicia 2 de noviembre de 2017 [JUR 2017, 311688].

¹⁸⁰³ STSJ Castilla y León/Valladolid 5 de febrero de 2014 [AS 2014, 533].

normal o pactado¹⁸⁰⁴. Hasta tal punto es importante la comparación que sin ella no hay lugar al lícito ejercicio de extinción de la relación laboral¹⁸⁰⁵. Resulta así de especial dificultad esta causa de despido siendo preciso forzar al máximo el análisis individualizado del caso concreto para poder evaluar la presencia o no de la disminución del rendimiento normal o pactado atendiendo a todas las circunstancias: verbigracia, las coyunturas del sector a analizar con la trayectoria empresarial y también la del trabajador como componentes de comparación del rendimiento anterior con el actual; los heterogéneos sistemas de comparación a utilizar; la existencia de datos y cantidades fidedignas que acrediten cuál es el rendimiento exigido y que no se alcanza el mismo de forma normal y palpable como pudiera haberse realizado por cualquier otro trabajador en condiciones equivalentes; la concurrencia de las notas de intencionalidad y continuidad; la posible responsabilidad del trabajador que podría presumirse si no constase ningún motivo ajeno al cumplimiento del objetivo; o el período que debe transcurrir para que se considere que el rendimiento es bajo, continuado, voluntario y menor de lo exigido¹⁸⁰⁶.

5.2 Minoración de la productividad: término de comparación

Se entiende por rendimiento el resultado de la actividad laboral del trabajador. Dicho resultado puede ser perfectamente cuantificable o no, aunque la tendencia doctrinal es derivar este incumplimiento a otro tipo de causas justas del artículo 54.2 ET cuando se exteriorice que la productividad del trabajador no puede cuantificarse. Eso sí: según el tenor literal del apartado e) no habría contrariedad alguna en extinguir la relación laboral por despido disciplinario con motivo de la disminución del rendimiento aunque éste no fuera cuantificable. Esta inclinación debe su razón de ser a los inconvenientes probatorios que presentan las disminuciones del rendimiento con perfiles cualitativos; pero la doctrina judicial dominante en este tema es que si no existen “*parámetros de medida para valorar el rendimiento, queda sin acreditar, por ello, la causa del despido*”¹⁸⁰⁷. En efecto, el trabajador no solo queda comprometido a un tiempo de trabajo sino a un trabajo prestado en un cierto tiempo, en una definida cantidad o a un determinado nivel de rendimiento –bien el acostumbrado o normal, bien el pactado–¹⁸⁰⁸.

Resulta complicado encontrar componentes de medida y comparación del rendimiento en términos cuantitativos: los empleados realizan tareas muy variadas dentro de su jornada de trabajo. Igualmente, existe tecnología que asume tareas repetitivas, comunes y hasta intelectuales; labores que antiguamente eran realizadas necesariamente por las personas. Es más, el trabajo encomendado puede variar de un día

¹⁸⁰⁴ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 946.

¹⁸⁰⁵ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Disminución continuada y voluntaria en el rendimiento normal o pactado”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 117.

¹⁸⁰⁶ ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al: Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., pp. 265 y ss.

¹⁸⁰⁷ STSJ Galicia 22 de noviembre de 2002 [JUR 2001, 12799].

¹⁸⁰⁸ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 45.

a otro, lo que provoca que sea realmente complicado poder establecer un parámetro objetivo de medición del rendimiento¹⁸⁰⁹.

En la mayoría de las sentencias en las que se aduce la disminución del rendimiento y siempre que se aprecie la procedencia del despido, la base del incumplimiento contractual cuando no pueda ampararse en elementos cuantificables o comparables –o exista duda al respecto– termina por fundamentarse en alguna otra causa del artículo 54.2 ET. Si los trabajadores “*permanecieron cerca de dos meses asistiendo al centro de trabajo, sin realizar trabajo alguno*”, el despido es procedente por las letras b) y e) del artículo 54.2 ET¹⁸¹⁰. En caso de que el incumplimiento consista en “*abandonos injustificados del puesto de trabajo durante la jornada*”, la procedencia del despido puede argumentarse hasta en cuatro letras del artículo 54.2 ET, en concreto a), b), d) y e)¹⁸¹¹. Si el trabajador no realizó “*la ruta de recaudación que tenía encomendada*” y además “*no entregó a los clientes de la empresa las facturas lo que motivó que aquéllos se vieran en dificultad para completar sus obligaciones fiscales*”, el despido es fundamentado conforme las letras b) y e) del artículo 54.2 ET¹⁸¹². Si la trabajadora “*se abstuvo, pese a ser requerida prácticamente todos los días, de hacer caja diaria hasta el día del primer despido*”, la sentencia podría justificarse por los apartados b), d) y e) del artículo 54.2 ET¹⁸¹³. Si el trabajador no ha realizado “*las liquidaciones*” ni tampoco ha “*enviado los partes de trabajo, que le fueron reclamados*”, el despido es procedente conforme los apartados d) y e) del artículo 54.2 ET¹⁸¹⁴. Las anteriores sentencias son el argumento por el que puede afirmarse que, en relaciones laborales en las que el trabajo se mide más en términos cualitativos que cuantitativos, es excesivamente complicado aplicar el rigor normativo del apartado e) del artículo 54.2 ET¹⁸¹⁵. Al cometido de ocupación efectiva que recae sobre el empresario corresponde la obligación de trabajar con un rendimiento y un proceder concreto¹⁸¹⁶.

La disminución del rendimiento exige, según jurisprudencia reiterada, la existencia de un término de comparación¹⁸¹⁷. Su falta conduce directamente a que resulte imposible que el despido disciplinario pueda ser declarado procedente al menos por el apartado e). Los tribunales señalan que es necesaria la existencia de “*un término comparativo que sirva de referencia para poder sostener que (los trabajadores) disminuyeron su rendimiento*”¹⁸¹⁸, ya que, la “*falta de dicho término comparativo conducirá a declarar la improcedencia del despido*”¹⁸¹⁹. Por tanto, es imposible imputar disminución del rendimiento a una limpiadora pese a “*la verificación de insuficiente limpieza o de suciedad*” cuando no se aporta un término comparativo del que quepa extraer alguna conclusión con la que “*poder considerar que es suficiente, para realizar*

¹⁸⁰⁹ STSJ Comunidad Valenciana 8 de junio de 2000 [AS 2000, 4120].

¹⁸¹⁰ STS 10 de febrero de 1988 [RJ 1988, 606].

¹⁸¹¹ STSJ La Rioja 5 de diciembre de 2001 [AS 2001, 135].

¹⁸¹² STSJ Comunidad Valenciana 8 de noviembre de 2002 [AS 2002, 3139].

¹⁸¹³ STSJ Castilla y León/Valladolid 17 de marzo de 1998 [AS 1998, 5833].

¹⁸¹⁴ STSJ País Vasco 20 de junio de 2000 [JUR 2001, 37536].

¹⁸¹⁵ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., pp. 208 y 209.

¹⁸¹⁶ SAGARDOY BENGOCHEA, J. A.: “La disminución del rendimiento como causa de despido”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, cit., p. 415.

¹⁸¹⁷ STSJ Andalucía/Granada 11 de marzo de 2015 [AS 2015, 1194].

¹⁸¹⁸ STS 21 de febrero de 1990 [RJ 1990, 1128].

¹⁸¹⁹ STSJ Canarias/Tenerife 21 de febrero de 1997 [AS 1997, 413].

la limpieza, en las condiciones indudablemente exigibles en un centro hospitalario, con una sola persona, dos horas y media al día de trabajo, para los 490 metros señalados”¹⁸²⁰. Tampoco cabrá imputar disminución del rendimiento a una comercial, pese a los resultados negativos, “al no existir término comparativo respecto a ejercicios anteriores o respecto a los objetivos que en condiciones homogéneas pudieran alcanzar otros trabajadores de la empresa”¹⁸²¹.

En consecuencia, el término de comparación que se indique por el empleador deberá ser adecuado. La constatación de la disminución del rendimiento debe hacerse a través de un elemento de comparación dentro de condiciones homogéneas, con un nivel de productividad previamente delimitado por las partes, cuya determinación remite a parámetros que, siempre dentro de la necesaria relación de homogeneidad, puedan vincularse al rendimiento del mismo trabajador o de otro compañero de trabajo¹⁸²². Además, las circunstancias actuales de ejecución han de ser las mismas o similares a aquellas a las que venía prestando sus servicios el trabajador cuando su rendimiento era superior al actual¹⁸²³.

El elemento de la homogeneidad o uniformidad es condición importante para constituir el término de comparación: el trabajo de quien es despedido debe ser homogéneo al que se ofrece como término comparativo¹⁸²⁴. Existen dos formas para cumplir con la homogeneidad: a) tomar un término de comparación previo o anticipadamente convenido –rendimiento pactado–; o b) tomar un término de comparación extraído de la realidad social, empresarial y laboral del que podemos exteriorizar dos tipos de rendimientos: rendimiento normal en esa actividad deducido de la rentabilidad del resto de trabajadores en circunstancias homologables –denominado rendimiento normal objetivo–; o rendimiento del propio trabajador en condiciones anteriores también homologables –denominado rendimiento normal subjetivo–. No es aceptable que el empresario realice una comparación cuando las circunstancias o condiciones de ejecución de la prestación anterior y la actual son diferentes, pues en este caso, el resultado para fijar el rendimiento sería engañoso¹⁸²⁵. Los tribunales cuando quieren hacer más ostensible la disminución continuada y voluntaria del rendimiento del trabajador utilizan ambos elementos –objetivo y subjetivo–¹⁸²⁶.

5.2.1 Término de comparación previamente convenido –rendimiento pactado–

El término comparativo pactado puede hacerse figurar en el contrato individual de trabajo o en el convenio colectivo de la empresa. La cuestión fundamental radica en la posible existencia de abusividad o improcedencia de lo pactado¹⁸²⁷. Si el rendimiento

¹⁸²⁰ STSJ Castilla-La Mancha 28 de noviembre de 2001 [AS 2002, 625].

¹⁸²¹ STSJ Navarra 27 de octubre de 1998 [AS 1998, 6816].

¹⁸²² STS 25 de enero de 1988 [RJ 1988, 43].

¹⁸²³ ALZAGA RUIZ, I.: “La disminución voluntaria y continuada en el rendimiento de trabajo normal o pactado”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 189.

¹⁸²⁴ STSJ Extremadura 28 de noviembre de 2017 [JUR 2018, 11015].

¹⁸²⁵ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Disminución continuada y voluntaria en el rendimiento normal o pactado”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 119.

¹⁸²⁶ ALZAGA RUIZ, I.: “La disminución voluntaria y continuada en el rendimiento de trabajo normal o pactado”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 193.

¹⁸²⁷ STSJ Comunidad Valenciana 3 de abril de 2017 [JUR 2017, 151763].

que se haya concertado resulta ser excesivo o desmesurado, ya sea por imposible de alcanzar o porque su logro resulta de un esfuerzo exhaustivo, pierde toda vigencia como término comparativo a efectos de despido. Son frecuentes las sentencias que declaran el despido improcedente por calificar la cláusula de rendimiento “abusiva”: cuando el empresario no aporta “*elemento de juicio alguno que permita valorar hasta qué punto es razonablemente posible conseguir los objetivos de ventas impuestos*”¹⁸²⁸. En sentido contrario, se considera que el despido es procedente cuando el trabajador no ha “*aportado dato objetivo alguno de comparación que permita entender que la cláusula de rendimiento sea excesiva o abusiva o que su cumplimiento exija un esfuerzo desmesurado*”¹⁸²⁹. Como puede observarse, en la primera de las sentencias se argumenta una carga probatoria a cargo del empresario; mientras que en la segunda de las sentencias se sostiene justamente lo contrario¹⁸³⁰. La doctrina judicial suele posicionarse por el primero de los criterios: “*no es el trabajador quien debe probar su diligencia, sino que es la empresa la que debe acreditar que el rendimiento de aquél es insuficiente*”¹⁸³¹.

El hecho de que se establezca un pacto de rendimiento no permite que se incluyan límites mínimos de rendimiento que sean notoriamente superiores al rendimiento normal o habitual. Al respecto, el artículo 49.1.b) ET regula como vía de extinción de la relación laboral, “*las causas consignadas válidamente en el contrato*”, salvo que las mismas “*constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario*”. Pero este precepto ha de ser completado con el artículo 54.2.e) ET: aunque se haya pactado la causa de extinción del contrato de trabajo, es obligatorio cumplir con los requisitos formales del despido disciplinario y los requisitos propios de la causa – gravedad y culpabilidad, expresados en términos de continuidad y voluntariedad¹⁸³². Con objeto de respetar los dos preceptos mencionados el Tribunal Supremo ha dispuesto lo siguiente: “*puede consignarse tal cláusula en el contrato como causa de resolución, pero tal pacto, no excluye que haya de seguirse el trámite específicamente previsto para aquellos casos en que la causa de extinción constituye una causa de despido*”, porque precisamente lo que se imputa al trabajador en la carta, “*es no haber alcanzado la producción exigible de una manera reiterada*”, que no significa otra cosa que atribuirle la causa disciplinaria del apartado e) del artículo 54.2 ET¹⁸³³. En suma, el artículo 49.1.b) ET al referirse a la condición resolutoria como vía de extinción de la relación laboral, lo hace con carácter general, de modo que en aquellos supuestos en los que se haya establecido pacto de rendimiento habrá que acudir obligatoriamente al artículo 54.2.e) ET: cuando se haya pactado una cláusula de rendimiento mínimo en convenio o contrato, el empresario podrá proceder a la extinción de la relación laboral, pero no de manera autónoma sino a través de las características exigidas en el despido disciplinario. Esto supone que el artículo 49.1.b) ET debe quedar completado con el artículo 54.2.e) ET.

¹⁸²⁸ STSJ Cataluña 21 de junio de 2001 [AS 2001, 3226].

¹⁸²⁹ STSJ Comunidad Valenciana 5 de julio de 2002 [AS 2002, 1938].

¹⁸³⁰ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 210.

¹⁸³¹ STSJ Madrid 23 de febrero de 2001 [AS 2001, 1333].

¹⁸³² GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Disminución continuada y voluntaria en el rendimiento normal o pactado”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 122 y 123.

¹⁸³³ STS 28 de abril de 1987 [RJ 1987, 2816].

La cuestión no es baladí defendiéndose –por diversos autores y sentencias¹⁸³⁴– la existencia de dos vías extintivas diferentes. La primera –cuando la disminución del rendimiento del empleado se fundamenta en un incumplimiento laboral grave y culpable– que a su vez derivaría en dos posibilidades: acudir al despido disciplinario *ex* artículo 54.2.e) ET –cumpliendo los requisitos formales y exigencias de gravedad y culpabilidad–; o dirigirse a lo dispuesto en el artículo 49.1.b) ET para dar por extinguida la relación laboral en base a la condición resolutoria. La segunda situación –cuando la disminución del rendimiento no es grave ni culpable pero se cumple la condición resolutoria pactada– consistente en acudir a la extinción de la relación laboral por vía del artículo 49.1.b) ET¹⁸³⁵. La jurisprudencia defendiendo la existencia de dos vías diferentes para extinguir la relación laboral establece lo siguiente: “*de la simple lectura de la notificación escrita*” se desprende que la empresa “*no está llevando a efecto un despido disciplinario por disminución del rendimiento pactado en aplicación del artículo 54.2.e) del Estatuto de los Trabajadores, sino acogiendo a las cláusulas del propio contrato de trabajo para proceder a su resolución por aplicación de lo establecido en las mismas. Se trata por tanto de determinar si la resolución del vínculo contractual se ajusta a lo que exige el artículo 49.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, cuando admite la posibilidad de que las partes puedan pactar en el contrato causas de extinción distintas a las legales*”¹⁸³⁶. No obstante, si se quiere acudir al artículo 49.1.b) ET, existen unos requisitos de gravedad y culpabilidad que lo asemejan bastante al despido por disminución del rendimiento –artículo 54.2.e) ET–. Aunque pudiera aceptarse que son mecanismos diferentes se ha de reconocer que existe semejanza de funcionamiento entre ambos, lo que nos permite concluir que aunque se haya establecido un pacto de rendimiento como condición resolutoria, en realidad nos encontramos dentro del ámbito del artículo 54.2.e) ET¹⁸³⁷.

En consonancia con el artículo 49.1.b) ET se admite como estipulación lícita en el contrato de trabajo aquella que condiciona la extinción de la relación laboral cuando no se alcance un definido rendimiento mínimo por el trabajador, siempre que no exista desproporción, exceso o abuso en la productividad mínima estipulada. En consecuencia, el pacto sobre el rendimiento y su determinación en las cláusulas de un contrato es válido siempre que no sea abusivo, como resulta de lo que previene el citado artículo 49.1 ET y el inciso final del artículo 54.2.e) ET que alude al rendimiento de trabajo normal o pactado, siendo la realidad de estos pactos práctica habitual en determinados contratos¹⁸³⁸. En abstracto y al margen de cualquier otra consideración, no hay motivo legal alguno para oponerse a la validez y eficacia de pactos de esta naturaleza, siempre y cuando no constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario¹⁸³⁹.

Para la lícita validez de un acuerdo sobre rendimientos que condiciona la vigencia del contrato de trabajo a que se cumplan y consuman determinados objetivos o

¹⁸³⁴ STSJ Cataluña 21 de junio de 2001 [AS 2001, 3226].

¹⁸³⁵ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Disminución continuada y voluntaria en el rendimiento normal o pactado”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 124.

¹⁸³⁶ STSJ Cataluña 21 de junio de 2001 [AS 2001, 3226].

¹⁸³⁷ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Disminución continuada y voluntaria en el rendimiento normal o pactado”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 125.

¹⁸³⁸ STS 20 de octubre de 1986 [RJ 1986, 6660].

¹⁸³⁹ STSJ Aragón 19 de enero de 2004 [AS 2005, 737].

una mínima productividad, la doctrina jurisprudencial exige una serie de requisitos¹⁸⁴⁰: 1) Que la cláusula se encuentre debidamente detallada y expresada en el contrato¹⁸⁴¹. 2) Que el rendimiento pactado sea razonable y prudente¹⁸⁴², lo que no ocurre cuando el volumen de ventas mensual convenido resulta inalcanzable aún desplegando el trabajador una regular diligencia, apreciándose la cláusula como abusiva¹⁸⁴³. Pero sí resulta razonable y sensata cuando la productividad en el contrato de trabajo había venido siendo alcanzada por el empleado en años anteriores¹⁸⁴⁴. 3) Que la remuneración sea proporcionada y apta al rendimiento que se exige. Razón por la que resulta desmesurada aquella cláusula de rendimiento en la que se fija una forma de retribución consistente en una muy pequeña cantidad fija y unas comisiones de porcentaje reducidas que sólo llegaban a porcentajes superiores cuando se produjera un volumen de ventas prácticamente inviable e inalcanzable¹⁸⁴⁵. 4) Que no existan razones ajenas a la voluntad del trabajador en la disminución del rendimiento¹⁸⁴⁶. En efecto, la disminución de rendimiento del trabajador ha de reputarse voluntaria¹⁸⁴⁷; de lo contrario, si es por causa imputable a la empresa, el despido no podrá decretarse procedente. Sin embargo, esta condición no es totalmente compartida por la doctrina judicial en cláusulas libres y no abusivamente pactadas: la jurisprudencia actual parece continuar decantándose por la coexistencia de ambas posibilidades de extinción del contrato de trabajo –artículo 49.1.b) y 54.2.e) ET–, *“exigiéndose para el despido que el incumplimiento del rendimiento sea voluntario y continuado, además de grave, en tanto que ello no se exige para el juego de la cláusula libre y no abusivamente pactada, aunque también la aplicación de ésta deba ser atemperada por la posible existencia de imponderables ajenos absolutamente a la voluntad y a la actividad de la parte que hayan impedido alcanzar el rendimiento pactado”*¹⁸⁴⁸.

Por tanto, cuando se admite la validez de un pacto sobre rendimientos con efectos resolutorios sobre el contrato de trabajo, en caso de no lograrse los objetivos por el empleado, al empresario le resultará asequible extinguir el contrato por despido disciplinario conforme la condición resolutoria estipulada. Pero este pacto no puede constituirse como una cláusula resolutoria para el caso de incumplimiento porque significaría rehuir de las exigencias del ET en orden a la gravedad, continuidad y voluntariedad en la disminución del rendimiento del despido disciplinario –artículo 54.2.e) ET–. O lo que es lo mismo, un pacto sobre el rendimiento jamás puede constituirse como una condición resolutoria disciplinaria del contrato en caso de no alcanzarse los citados requisitos: gravedad, continuidad y voluntariedad¹⁸⁴⁹.

En definitiva, sea de la manera que se prefiera, si la resolución del contrato de trabajo se ejecuta por la vía del despido disciplinario, aparte del cumplimiento de los requisitos pormenorizados en la propia carta de despido, se exige la prueba del descenso

¹⁸⁴⁰ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al.*: *Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 955.

¹⁸⁴¹ STSJ Cantabria 3 de mayo de 2005 [AS 2005, 858].

¹⁸⁴² STSJ Madrid 23 de junio de 2014 [AS 2014, 257].

¹⁸⁴³ STSJ Madrid 14 de octubre de 2003 [AS 2004, 747].

¹⁸⁴⁴ STSJ Andalucía/Málaga 23 de enero de 2003 [AS 2003, 1374].

¹⁸⁴⁵ STSJ Madrid 14 de octubre de 2003 [AS 2004, 747].

¹⁸⁴⁶ STSJ Cantabria 3 de mayo de 2005 [AS 2005, 858].

¹⁸⁴⁷ STSJ Andalucía/Málaga 24 de mayo de 2017 [JUR 2017, 306137].

¹⁸⁴⁸ STSJ País Vasco 19 de octubre de 2004 [AS 2004, 3615].

¹⁸⁴⁹ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al.*: *Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 956.

del rendimiento del trabajador, su gravedad, su voluntariedad y su continuidad. Para el Tribunal Supremo “*debe distinguirse entre la resolución contractual por incumplimiento del pacto de rendimientos mínimos y el despido por disminución continuada y voluntaria del rendimiento, pero que en ambos supuestos el bajo rendimiento deberá ser imputable al trabajador, lo que, normalmente, requerirá la existencia de elementos comparativos y de pruebas exculpatorias o justificativas*”¹⁸⁵⁰.

5.2.2 Término de comparación extraído de la realidad empresarial y laboral: rendimiento normal deducido de la productividad del resto de trabajadores – rendimiento normal objetivo– o rendimiento del propio trabajador en condiciones anteriores –rendimiento normal subjetivo–

El artículo 20.2 ET al regular el cumplimiento de la obligación de trabajar –y en relación con el rendimiento debido– establece que el trabajador debe al empresario la diligencia y colaboración en el trabajo que marquen “*las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquél en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres*”. Al ser esta regla excesivamente general se vienen utilizando dos criterios tradicionales con el que fijar el rendimiento normal: objetivo y subjetivo¹⁸⁵¹.

Cuando el despido del trabajador se sostiene en base a la disminución del rendimiento normal, el término de comparación de la rentabilidad puede proyectarse en la comparación con el rendimiento de otros trabajadores en condiciones homologables – rendimiento normal objetivo– o en el rendimiento anterior del propio trabajador – rendimiento normal subjetivo–.

En el rendimiento normal objetivo, la comparación se desarrollará con otros trabajadores de la misma empresa o centro de trabajo que realicen tareas similares y por el mismo intervalo de tiempo. Se ha rechazado el término comparativo cuando es proyectado en “*períodos distintos del que es objeto de imputación*”¹⁸⁵²; o cuando no existe similitud en la carga de trabajo¹⁸⁵³; o porque mientras el empleado trabajaba en solitario, “*sus compañeros de trabajo lo hacen en equipo*”¹⁸⁵⁴; o por tomar en consideración distintos tipos de labores y haber realizado el despedido las de mayor dificultad¹⁸⁵⁵. Tampoco existe homogeneidad en la comparación, declarándose el despido improcedente, en los siguientes supuestos¹⁸⁵⁶: situación de conflicto colectivo en la empresa¹⁸⁵⁷; modificación del sistema de cálculo de la producción provocando una disminución de todos los trabajadores¹⁸⁵⁸; utilización de sistemas de medición no actualizados¹⁸⁵⁹; comparación del rendimiento del trabajador que se acaba de cambiar

¹⁸⁵⁰ STS 16 de noviembre de 2009 [RJ 2009, 7754].

¹⁸⁵¹ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Disminución continuada y voluntaria en el rendimiento normal o pactado”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 124.

¹⁸⁵² STSJ Galicia 3 de marzo de 2003 [JUR 2003, 193477].

¹⁸⁵³ STSJ Galicia 8 de noviembre de 2001 [JUR 2001, 320003].

¹⁸⁵⁴ STSJ Comunidad Valenciana 3 de julio de 1998 [AS 1998, 3261].

¹⁸⁵⁵ STS 13 de octubre de 1989 [RJ 1989, 7173].

¹⁸⁵⁶ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., pp. 284 y 285.

¹⁸⁵⁷ STS 20 de octubre de 1982 [RJ 1982, 6211].

¹⁸⁵⁸ STS 25 de enero de 1988 [RJ 1988, 43].

¹⁸⁵⁹ STS 13 de octubre de 1989 [RJ 1989, 7173].

de puesto de trabajo con el de los compañeros que llevan ejerciendo esas mismas funciones durante años¹⁸⁶⁰; o comparación del rendimiento del empleado con el de otra persona un único día y no en régimen competitivo como el trabajador despedido¹⁸⁶¹. Sin embargo, se convierte en criterio comparativo totalmente válido cuando el rendimiento ha sido proyectado por el “*resto de los compañeros que realizaban las mismas funciones de ventas, y mediante el mismo sistema de distribución y adjudicación de clientes*”¹⁸⁶²; o por el del “*grupo en el que está enmarcado*”¹⁸⁶³. En este sentido, se ha declarado procedente el despido en base al criterio objetivo en los siguientes supuestos: por decrecer la actividad mientras que otros compañeros con tareas similares “*presentaron un superávit de ventas de hasta un 41 y un 42 por ciento*”¹⁸⁶⁴; o cuando se “*remite a parámetros que, siempre dentro de la necesaria relación de homogeneidad, pueden vincularse al rendimiento del mismo trabajador o de otros compañeros de trabajo*”¹⁸⁶⁵. También cabe acudir al criterio objetivo con carácter complementario respecto del criterio subjetivo¹⁸⁶⁶.

La objetividad en la comparación del rendimiento no existe cuando el rendimiento del trabajador despedido difiere con el de otro que trabajó en unas condiciones y con unos medios de los que no disfrutó el primero¹⁸⁶⁷. Tampoco cabe utilizar para delimitar el rendimiento normal aquel rédito alcanzado por otros trabajadores cuando los sistemas de medición de rendimientos en la empresa son poco fiables o de reciente introducción¹⁸⁶⁸. También se ha impugnado como término de comparación el rendimiento de otro trabajador concebido sobre un período distinto al que es objeto de imputación, la inexistencia de semejanza entre la carga de trabajo de uno y otro, que el trabajador realizase quehaceres de mayor conflictividad y dificultad que sus compañeros, o, en fin, que el criterio de comparación se encontrase referido a trabajadores que prestan servicios para empresas desiguales del grupo y que ofertan productos que no son coincidentes con los asignados al trabajador en cuestión¹⁸⁶⁹. En suma, se exige “*la prueba de un antecedente, rendimiento normal, la de un acaecer coetáneo, igualdad de condiciones, y la de una consecuencia, el menor rendimiento*”¹⁸⁷⁰.

El término comparativo entre trabajadores en situación semejante puede ser reemplazado cabalmente por tablas objetivas que logran extraerse de decisiones unilaterales del empleador, de acuerdos de empresa o incluso de convenios colectivos. Son tablas que han sido confeccionadas conforme criterios técnicos, especializadas en el sector o actividad concreta y respetando un patrón en el que se detalla el rendimiento

¹⁸⁶⁰ STSJ Andalucía/Málaga 23 de octubre de 1992 [AS 1992, 5042].

¹⁸⁶¹ STS 10 de octubre de 1989 [RJ 1989, 7151].

¹⁸⁶² STSJ Canarias/Tenerife 12 de mayo de 2002 [AS 2002, 2087].

¹⁸⁶³ STSJ Cataluña 2 de febrero de 1999 [AS 1999, 5736].

¹⁸⁶⁴ STS 12 de julio de 1985 [RJ 1985, 3755].

¹⁸⁶⁵ STS 25 de enero de 1988 [RJ 1988, 43].

¹⁸⁶⁶ ALZAGA RUIZ, I.: “La disminución voluntaria y continuada en el rendimiento de trabajo normal o pactado”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 191.

¹⁸⁶⁷ STSJ Castilla y León/Valladolid 5 de febrero de 2014 [AS 2014, 533].

¹⁸⁶⁸ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 953.

¹⁸⁶⁹ ALZAGA RUIZ, I.: “La disminución voluntaria y continuada en el rendimiento de trabajo normal o pactado”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 192.

¹⁸⁷⁰ STSJ Madrid 6 de febrero de 1992 [AS 1992, 968].

medio del trabajador para esa labor. Esto no quita que las tablas objetivas puedan ser declaradas abusivas por incluir niveles desproporcionados de rendimiento. Las tablas objetivas –como lo han puesto de manifiesto los tribunales judiciales¹⁸⁷¹– tienen la función principal de facilitar la actividad probatoria y justificativa del empresario en relación al rendimiento del trabajador¹⁸⁷². Por tanto, a la negociación colectiva corresponde concretar el deber de cooperar a la productividad, fijando criterios objetivos de medición y determinación de los que hoy se carece¹⁸⁷³.

En el rendimiento normal subjetivo, la comparación se realizará analizando el rendimiento tradicional y el rendimiento habitual del mismo trabajador. Para que este término comparativo sea legítimo, debe existir algún cambio relevante entre el tiempo pasado que se toma en consideración como locución de comparación y el tiempo presente tomado como fundamento del despido¹⁸⁷⁴. Si “*la empresa mantiene una alta competitividad, el campo de actuación del trabajador no ha sido limitado*” y sus “*condiciones de trabajo son las mismas*”¹⁸⁷⁵, el período anterior y posterior son perfectamente comparables¹⁸⁷⁶.

Por otro lado, también es factible que el empleador aporte para justificar que no se alcanza el rendimiento exigido por el trabajador una agrupación de elementos¹⁸⁷⁷. Es posible que la disminución del rendimiento en el trabajo se especifique “*en relación a dos elementos de comparación: el rendimiento mínimo exigible con arreglo al convenio y el rendimiento medio del resto de trabajadores de su sección*”¹⁸⁷⁸. Asimismo, la disminución del rendimiento también puede determinarse con la siguiente composición de elementos: el rendimiento anterior del propio trabajador –rendimiento normal subjetivo– y el normal de los compañeros de trabajo –rendimiento normal objetivo–; o el rendimiento mínimo exigible por pacto –rendimiento pactado– y el rendimiento anterior del propio empleado –rendimiento normal subjetivo–.

El principal problema que se localiza ante las dos posibles situaciones de delimitación del rendimiento normal es cuál –de las dos posibilidades– ha de ser utilizada, en otros términos, si se localiza un criterio preferente a la hora de dilucidar si hay o no disminución del rendimiento. Esta problemática es fundamental, pues en función de cuál sea el criterio utilizado, la respuesta puede ser diferente. A nivel doctrinal localizamos opiniones enfrentadas. Tampoco existe respuesta uniforme por parte de los tribunales llegando incluso a utilizarse los dos criterios de manera conjunta

¹⁸⁷¹ STSJ Castilla y León/Valladolid 28 de mayo de 2001 [AS 2001, 2486], STSJ Castilla y León/Valladolid 30 de mayo de 2000 [AS 2000, 2555] y STSJ Comunidad Valenciana 10 de mayo de 1994 [AS 1994, 1867].

¹⁸⁷² GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 211.

¹⁸⁷³ MOLINA NAVARRETE, C.: “Artículo 5. Deberes laborales”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al: El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 146.

¹⁸⁷⁴ Imaginemos que la actividad consiste en la venta de instrumentos de nieve, por lo que será lógico que en períodos invernales la demanda sea elevada, sin que haya apenas actividad durante los meses de verano.

¹⁸⁷⁵ STSJ Andalucía/Granada 21 de febrero de 2000 [AS 2000, 1313].

¹⁸⁷⁶ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 211.

¹⁸⁷⁷ *Ibidem*, p. 212.

¹⁸⁷⁸ STSJ Cataluña 13 de marzo de 2002 [AS 2002, 1572].

–probablemente, con la intención de hacer más patente la disminución del rendimiento normal del trabajador, ya que, en esos casos, lo normal es que cualquiera que sea el criterio que se siga el resultado será el mismo¹⁸⁷⁹–. La jurisprudencia no ha querido entrar al fondo de la cuestión, ciñéndose tan solo a definir los criterios de comparación sin inclinarse por dar preferencia a uno sobre el otro. Por tanto, se localiza una relación de no exclusión entre los diferentes criterios de modo que se complementan entre sí¹⁸⁸⁰. En suma, lo importante es que exista término comparativo adecuado que pruebe la existencia de la disminución del rendimiento.

5.3 Tratamiento de otras figuras afines a la disminución del rendimiento de trabajo normal o pactado –ineptitud y falta de aclimatación a modificaciones técnicas– y descenso del rendimiento superior al habitual

Dos son las causas de extinción de la relación laboral que se basan en la verificación de un rendimiento defectuoso del trabajador: el despido disciplinario por disminución continuada y voluntaria en el rendimiento normal o pactado –artículo 54.2.e) ET– y la extinción del contrato de trabajo por ineptitud sobrevenida del trabajador –artículo 52.a) ET–. Esta causa justa de despido es totalmente diferente a la ineptitud aunque sus efectos son similares¹⁸⁸¹: la disminución del rendimiento con las consecuencias que ello implica. Encontramos dos discernimientos que permiten diferenciar ambas figuras¹⁸⁸²:

En primer lugar, si el rendimiento del trabajador resulta defectuoso desde el inicio de la relación laboral, lo que existe es un supuesto de ineptitud y no de disminución voluntaria y continuada en el rendimiento: la disminución –a diferencia de la ineptitud– es siempre sobrevenida. Esta causa justa de despido disciplinario supone una minoración en el rendimiento ulterior a la celebración del contrato de trabajo mientras que la ineptitud puede ser originaria o sobrevenida. Es por ello que la ineptitud siempre lleva consigo la falta de rendimiento sin que pueda asentirse lo inverso¹⁸⁸³. En segundo lugar, la existencia o no de voluntariedad en la defectuosa ocupación de las tareas se convierte en elemento esencial con el que poder diferenciar ambas figuras. El despido disciplinario implica un incumplimiento grave y culpable del trabajador; en otros términos, una mengua voluntaria de su rendimiento. Sin embargo, la ineptitud – como causa objetiva de la extinción de la relación laboral– es involuntaria¹⁸⁸⁴. Por tanto, el inepto lo es a su pesar –se podría decir que involuntariamente–. Por el contrario, en la

¹⁸⁷⁹ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., p. 287.

¹⁸⁸⁰ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Disminución continuada y voluntaria en el rendimiento normal o pactado”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 121 y 122.

¹⁸⁸¹ STSJ Andalucía/Granada 9 de julio de 2015 [JUR 2015, 221642].

¹⁸⁸² ALZAGA RUIZ, I.: “La disminución voluntaria y continuada en el rendimiento de trabajo normal o pactado”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagaroy Bengoechea*, cit., pp. 186 y ss.

¹⁸⁸³ SAGARDOY BENGOCHEA, J. A.: “La disminución del rendimiento como causa de despido”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, cit., p. 420.

¹⁸⁸⁴ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y SASTRE IBARRECHE, R.: “Artículo 54. Despido disciplinario”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 662. SASTRE IBARRECHE, R.: “Artículo 54. Despido disciplinario”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al: El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 771.

disminución de rentabilidad, el trabajador se encuentra totalmente capacitado para trabajar pero no quiere. Frente a la ineptitud que presupone pérdida de las condiciones para desarrollar la actividad profesional, la disminución de rendimiento sancionable parte de la base de una perfecta aptitud para la labor encomendada que se deja de desarrollar de manera intencionada¹⁸⁸⁵; para que el apartado e) del artículo 54.2 ET sea causa justa de despido disciplinario es el trabajador el que voluntaria y facultativamente mengua de forma continuada su rendimiento en el trabajo aun cuando posee toda la formación y adaptación necesaria que requiere el puesto profesado; a diferencia de la ineptitud donde no se posee esa formación, exigencia o adaptación requerida¹⁸⁸⁶. En suma, aun cuando la consecuencia es una producción insuficiente, el origen de cada uno de los supuestos es diferente: la intencionalidad –que es consustancial con la disminución del rendimiento– no existe en la ineptitud que es una circunstancia ajena a la voluntad de quien se halla incurso en la misma; en efecto, lo absolutamente relevante es la presencia o ausencia del factor intencional¹⁸⁸⁷.

También debe distinguirse la figura del despido disciplinario por disminución voluntaria y continuada en el rendimiento de la disminución del trabajador derivada de la falta de aclimatación a modificaciones técnicas, causa contemplada en el artículo 52.b) ET. En este último –falta de aclimatación– los cambios se producen no en el trabajador sino en el puesto de trabajo mientras que en el primer caso –disminución voluntaria– la inadecuación del trabajador con el puesto de trabajo se produce sin que haya existido cambio alguno en la situación laboral, por lo que es achacable directamente al empleado, o lo que es lo mismo, a su voluntad maliciosa de disminuir su rendimiento intencionadamente. Además, en los supuestos en los que la empresa inyecte nuevos métodos productivos con los que el trabajador no se encuentra familiarizado, se origina una novación objetiva del contrato de trabajo, siendo ineludible otorgar un plazo mínimo al trabajador que le permita habituarse a los cambios realizados en el sistema productivo de la empresa¹⁸⁸⁸.

En alguna ocasión los tribunales han aplicado el artículo 54.2.e) ET a supuestos en los que no se concreta el rendimiento cuantitativamente, ya que, lo que realmente sancionan es la comisión de diferentes irregularidades en sus respectivos puestos de trabajo¹⁸⁸⁹. Así se ha declarado procedente el despido del trabajador que comete defectos u omisiones en la elaboración de un proyecto: la falta de diligencia como incumplimiento contractual ha de ser la tipificada en el apartado e) del artículo 54.2 ET –disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado– en la que debe incardinarse la conducta del trabajador, ya que en ella concurren los dos requisitos establecidos en ese precepto, cuales son, que “*la disminución sea continuada y voluntaria*” puesto que “*el estudio que le fue encomendado elaborar*” dada “*su condición de ingeniero industrial, exigía que resultara efectivo para los fines para los que había sido concebido y lejos de ello, resultó defectuoso, motivando su rechazo, por*

¹⁸⁸⁵ GÁRATE CASTRO, J.: “La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 271.

¹⁸⁸⁶ TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.: “El despido disciplinario”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 71.

¹⁸⁸⁷ CARRO IGELMO, A. J.: *El despido disciplinario*, cit., p. 106.

¹⁸⁸⁸ ALZAGA RUIZ, I.: “La disminución voluntaria y continuada en el rendimiento de trabajo normal o pactado”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 186.

¹⁸⁸⁹ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., pp. 279 y 280.

lo que es claro que el tiempo invertido resultara estéril y de ese modo se perfila” una “disminución de rendimiento que por el tiempo dedicado” goza de la suficiente “continuidad y voluntariedad”¹⁸⁹⁰. Pero estos supuestos son exiguos, y aunque en un principio todo trabajo negligente acarrea disminución del rendimiento, lo lógico es que cuando la cuantificación no pueda ser posible, sean reconducidos y sancionados con transgresión de la buena fe contractual¹⁸⁹¹.

Sobre la posibilidad de despedir a un empleado por disminución del rendimiento normal o pactado en supuestos en los que su productividad, a pesar de la disminución, sigue siendo superior a la media, varía según se utilice como término de comparación el rendimiento objetivo o subjetivo. Teóricamente, con el criterio subjetivo se obtiene una disminución cuantificable de la productividad del trabajador al comparar su rendimiento actual con el obtenido hasta la fecha: en este caso, estamos ante un control del rendimiento más severo que el resultante de la valoración objetiva, en la medida en que el trabajador se verá forzado a conservar un rendimiento habitual superior al inicialmente previsto por los contratantes. Por el contrario, si se recurre al criterio objetivo, el empleado no podrá ser despedido puesto que, aunque su productividad haya disminuido, continuará siendo superior al pactado o al de los restantes compañeros¹⁸⁹².

En la ejecución continuada de la prestación, el esfuerzo personal del empleado se plasma en la obtención de un determinado rendimiento que de resultar superior al previsto al tiempo de celebrar el contrato puede suscitar la confianza del empresario en su mantenimiento¹⁸⁹³. Algunos autores han estimado que cuando el empleado ha obtenido un nivel de rendimiento superior al previsto queda obligado a conservarlo, salvo que medien circunstancias excepcionales que justifiquen un cambio en su disposición, puesto que el empleado habrá creado en el empresario la confianza y seguridad de que así será¹⁸⁹⁴. Esta confianza se amparará en la buena fe que debe proyectarse en toda relación contractual y que lleva a calificar de normal el rendimiento superior que ha obtenido el trabajador. Por tanto, de acuerdo con esta doctrina, una disminución en el rendimiento obtenido con anterioridad podrá ser causa de despido aunque el cómputo en la determinación de la minoración de la productividad se ampare en un rendimiento superior al inicialmente previsto al suscribir el contrato de trabajo¹⁸⁹⁵. No obstante, otros autores –con mejor criterio– han defendido la posición contraria al apreciar que no deben penalizarse a aquellos trabajadores que adopten voluntariamente una actitud de máximo celo y esfuerzo en el trabajo¹⁸⁹⁶.

En lo que concierne a los tribunales, éstos han mantenido una posición variable así como un vivo debate práctico que finalizó con la doctrina del Tribunal Supremo al

¹⁸⁹⁰ STS 22 de diciembre de 1983 [RJ 1983, 6430].

¹⁸⁹¹ STS 31 de enero de 1986 [RJ 1986, 307].

¹⁸⁹² ALZAGA RUIZ, I.: “La disminución voluntaria y continuada en el rendimiento de trabajo normal o pactado”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 194.

¹⁸⁹³ GÁRATE CASTRO, J.: “La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento normal o pactado”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 259.

¹⁸⁹⁴ BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *Diligencia y negligencia en el cumplimiento: un estudio sobre la prestación de trabajo debida por el trabajador*, cit., p. 316.

¹⁸⁹⁵ ALZAGA RUIZ, I.: “La disminución voluntaria y continuada en el rendimiento de trabajo normal o pactado”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 194.

¹⁸⁹⁶ GÁRATE CASTRO, J.: “La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento normal o pactado”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 263.

sostener que mientras el trabajador mantenga su rendimiento dentro del nivel pactado como normal, “*su conducta no es sancionable, cualquiera que sea la causa de la oscilación en el rendimiento, pues dichas oscilaciones de los rendimientos laborales han de ser contempladas por las partes mediante el convenio colectivo de que se trate como normales, pues siempre habrá un margen dentro del cual el trabajador puede moverse en el desempeño de su cometido laboral en garantía de sus derechos sociales*”. A mayor abundamiento, “*no se puede olvidar que no es lícito imponer genéricamente, un rendimiento mayor al normal, pues pretender tal cosa, incluso bajo sanción, sería tan injusto que sus propios efectos materiales serían contraproducentes al propio objeto y fin pretendido con el sistema del salario que prevenía el abono de tiempo que el trabajador podía obtener por la intensidad de su trabajo, siendo algo así como convertir en exigencia obligatoria un esfuerzo humano superior al normal pues si este esfuerzo superior puede valorarse llevando ello un premio, su no realización no puede aparejar una sanción, en cuanto que si bien es cierto que puede presumirse una conducta que exceda de lo normalmente exigible, sin embargo no puede sancionarse a quienes, realizado este esfuerzo premiado, esfuerzo superior al normal, no sigan realizándolo, ya que ello implicaría exigir conductas laureables cada día, una vez realizada una acción premiada, interpretación que no es posible, ni somática ni intelectualmente hablando*”¹⁸⁹⁷.

El parámetro de rendimiento subjetivo plantea problemas cuando no se asocia de elementos que permitan extraer el rendimiento normal o pactado, ya que, no será válido aquel componente de rendimiento subjetivo basado en el rendimiento previo que el trabajador ha podido lograr en un determinado momento. El trabajador que rinde menos que antes no puede ser sancionado desde el momento en que se respetan y cumplen las exigencias básicas del contrato de trabajo, siendo la única consecuencia de la disminución del rendimiento, “*la del no abono del incentivo que se tuviera pactado para retribuir un rendimiento superior al mínimo exigible*”¹⁸⁹⁸. Una disminución del rendimiento que consistiera en descender desde lo inmejorable u óptimo a lo normal no sería sancionable¹⁸⁹⁹. El criterio del rendimiento subjetivo sólo podrá utilizarse si la rentabilidad alcanzada hasta la fecha por el trabajador hubiera sido la normal, pues si hubiera sido inferior nos encontraríamos ante un supuesto de ineptitud y si fuera superior su descenso solo autorizará a reducir el salario pero no a despedir¹⁹⁰⁰.

En definitiva, la conducta del trabajador que aminora su rendimiento no puede ser sancionable con el despido disciplinario, siempre y cuando se respeten y se cumplan las exigencias básicas de la relación laboral¹⁹⁰¹. El trabajador cumple con la prestación de servicios desde el instante en que llegue al rendimiento que, como normal o mínimo exigible, señale la correspondiente disposición legal, o pacto individual o colectivo, aunque represente disminución del rendimiento alcanzado habitual y voluntariamente¹⁹⁰². En otros términos, de no concurrir otras circunstancias agravantes,

¹⁸⁹⁷ STS 10 de octubre de 1980 [RJ 1980, 3742].

¹⁸⁹⁸ STSJ Comunidad Valenciana 22 de junio de 2000 [JUR 2001, 2149].

¹⁸⁹⁹ ORTÍZ LALLANA, M^a. C.: “Causas, forma y efectos del despido disciplinario”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, 2, 2000, p. 1138.

¹⁹⁰⁰ ALZAGA RUIZ, I.: “La disminución voluntaria y continuada en el rendimiento de trabajo normal o pactado”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al*: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 190.

¹⁹⁰¹ *Ibidem*, p. 196.

¹⁹⁰² GÁRATE CASTRO, J.: “La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 267.

una disminución que consista en descender de lo óptimo a lo normal no es sancionable¹⁹⁰³. Serán las circunstancias de cada caso concreto las que decidirán si la disminución del rendimiento es susceptible de despido: en este contexto, reducir el mayor rendimiento personal no equivale a que el trabajador se convierta en acreedor de sanción disciplinaria. Habrá que estar a las razones que justifican el cambio en la actitud del empleado, así como en la disminución misma, pues disminuir su más elevado rendimiento no significa incurrir automáticamente en incumplimiento contractual.

5.4 Valoración de la gravedad y culpabilidad

En la valoración de la gravedad, una vez que se ha reconocido que el término de comparación es adecuado y puede constatarse que el rendimiento del trabajador es inferior al habitual –ya sea el rendimiento pactado o el rendimiento extraído de la realidad empresarial y laboral– para que el despido pueda ser declarado procedente, aún se deben reunir dos requisitos más, a saber: a) que el descenso del rendimiento del trabajador sea considerable¹⁹⁰⁴; y b) que dicho descenso sea continuado, manteniéndose por un período razonable de tiempo¹⁹⁰⁵.

La entidad o importancia de la disminución del rendimiento suele calcularse en términos cuantitativos. No existe una regla general que determine un porcentaje exacto, por debajo del cual, una disminución del rendimiento es considerado importante o de gravedad suficiente para argumentar el despido disciplinario y, por ende, declararlo procedente. Del desarrollo de las sentencias de nuestros tribunales, podemos extraer cierto criterio orientativo, en virtud del cual, disminuciones del rendimiento en el trabajo inferiores al 10 por ciento, respecto de un rendimiento medio, no suelen reunir los requisitos necesarios de la gravedad que se exige. Por contra, cuando la disminución del rendimiento supera un 20 por ciento, sí se reúnen los requisitos necesarios para calificar esta minoración de gravedad suficiente¹⁹⁰⁶. Si una trabajadora “*situándose la mayor parte de las veces en valores que han oscilado entre 90 a 96*”, su rendimiento se califica “*ligeramente inferior al normal establecido en 100*”, pero en cuanto esta misma trabajadora experimenta un descenso “*para situarse en valores que han oscilado entre 65 y 76*”, el despido se considera ya procedente¹⁹⁰⁷. También son procedentes los siguientes despidos: “*por cifrar el trabajo de los demás trabajadores en un 95%*” y el del despido “*en un 30 o 40%*”¹⁹⁰⁸; por consumir sólo 5 ventas de inmuebles en un año frente a una media de 20 por cada uno de los otros cuatro trabajadores comparables¹⁹⁰⁹; porque no se alcancen “*los objetivos señalados en clientes y en pesetas, al presentar unos resultados del 81,2% en clientes y 89,63% en pesetas y sensiblemente inferiores a los promedios de su grupo, el 116,56% en clientes y el 92,09% en pesetas. Cita también los parámetros en relación con los clientes potenciales, inferiores, a la media de su grupo 43,93% en clientes y 56,49% en pesetas frente al 150,63% en clientes y al 154,51% en pesetas*”¹⁹¹⁰; o porque tratándose de una

¹⁹⁰³ ORTÍZ LALLANA, M^a. C.: “Causas, forma y efectos del despido disciplinario”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, cit., p. 1138.

¹⁹⁰⁴ STSJ Andalucía/Málaga 8 de noviembre de 2012 [JUR 2013, 251504].

¹⁹⁰⁵ STSJ Comunidad Valenciana 20 de julio de 2017 [JUR 2017, 295123].

¹⁹⁰⁶ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., pp. 212 y 213.

¹⁹⁰⁷ STSJ Castilla-La Mancha 30 de enero de 2003 [JUR 2003, 128590].

¹⁹⁰⁸ STSJ Andalucía/Sevilla 19 de febrero de 1999 [AS 1999, 5720].

¹⁹⁰⁹ STSJ Canarias/Tenerife 12 de mayo de 2002 [AS 2002, 2087].

¹⁹¹⁰ STSJ Cataluña 2 de febrero de 1999 [AS 1999, 5736].

cuadrilla de construcción de dos oficiales y un peón alcanzan rendimientos inferiores al 50 por 100 de lo normal¹⁹¹¹.

Criterio trascendental con el que poder apreciar la gravedad de la disminución del rendimiento y, por ende, reconocer el incumplimiento contractual, es el referido a la prolongación del comportamiento incumplidor. Pero para que la disminución de rendimiento del trabajador pueda considerarse causa justa de despido disciplinario ha de desarrollarse de modo continuado. Por tanto, se excluye de la posibilidad de sancionar con despido aquellos descensos de rendimiento que sean esporádicos, eventuales, ocasionales, aislados, fortuitos o de corta duración¹⁹¹². Además, no puede concretarse medida alguna pues el tiempo necesario para configurar el supuesto es algo que no se dice en el artículo 54 ET sino que queda al arbitrio judicial¹⁹¹³. Por disminución continuada podemos entender aquella minoración de la productividad laboral que se prolonga en un espacio de tiempo más que suficiente y razonable, por lo que, de esta forma, no podrá imputarse dicha disminución a una situación eventual o a la que dura un breve lapso de tiempo: “*la apreciación de una constante disminución del rendimiento en el trabajo, es una tendencia –y conducta continuada se podría añadir– que solo puede apreciarse en relación con lapsos de tiempo extensos reveladores de un perfil en la actitud del trabajador*”¹⁹¹⁴. El problema radica en que la ley no proporciona elementos de medición de tal continuidad¹⁹¹⁵: no encontramos en el ET referencia al período de tiempo que debe durar la disminución del rendimiento pero la regla general se recoge en la doctrina jurisprudencial cuando se aclara que la continuidad en la disminución ha de producirse durante un período de tiempo suficiente para desvelar que no es ocasional¹⁹¹⁶. La doctrina judicial opera con parámetros de flexibilidad y ductilidad: por ejemplo, en actividades comerciales¹⁹¹⁷ o el trabajo en fábricas¹⁹¹⁸, los períodos de tiempo tomados en consideración han de ser de algunos meses; en sectores de obras y construcción¹⁹¹⁹ o en trabajos de pastelero¹⁹²⁰, es suficiente la disminución del rendimiento valorado en lapsos de tiempo más breves, en concreto, de algunas semanas. En suma, la disminución continuada en el rendimiento será aquella que se prolongue durante espacio prudencial y no aquella de carácter fortuita, aislada o puntual, por lo que, en consecuencia, el cumplimiento defectuoso no podrá ser eventual, ocasional o temporal¹⁹²¹.

El término continuado presupone una persistencia en el hacer, en la pasividad laboral o perseverancia en el tiempo de un determinado comportamiento. En carencia de convenio colectivo corresponderá a los tribunales decidir si el período de tiempo

¹⁹¹¹ STSJ Aragón 22 de septiembre de 1993 [AS 1993, 407].

¹⁹¹² GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 43.

¹⁹¹³ ALBIOL MONTESINOS, I.: *El despido disciplinario y otras sanciones en la empresa*, cit., p. 61.

¹⁹¹⁴ STS 30 de noviembre de 1987 [RJ 1987, 8088].

¹⁹¹⁵ CARRO IGELMO, A. J.: *El despido disciplinario*, cit., p. 175.

¹⁹¹⁶ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 951.

¹⁹¹⁷ STSJ Canarias/Tenerife 12 de mayo de 2002 [AS 2002, 3139].

¹⁹¹⁸ STSJ Castilla y León/Valladolid 28 de mayo de 2001 [AS 2001, 2486].

¹⁹¹⁹ STSJ Aragón 22 de septiembre de 1993 [AS 1993, 4071].

¹⁹²⁰ STSJ Cantabria 30 de mayo de 2001 [JUR 2001, 215449].

¹⁹²¹ ALZAGA RUIZ, I.: “La disminución voluntaria y continuada en el rendimiento de trabajo normal o pactado”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 197.

acontecido es suficiente o no para constatar esa prolongación, aunque no suele exigirse un período de tiempo muy dilatado¹⁹²².

La exigencia de continuidad en la disminución del rendimiento está conectada no sólo con la gravedad del incumplimiento sino también con la voluntariedad en la disminución que deberá producirse durante todo el espacio de tiempo al que se refiere esta disminución. Aunque el período de tiempo en el que se produce la disminución parezca suficientemente dilatado para implicar continuidad, sin embargo, se le niega ese carácter al faltar la voluntariedad: la extinción de la relación laboral se declara improcedente “*al tomarse la decisión de despedir por el empresario después de tres meses de disminución, siendo en el mes de septiembre, mínima y el período contemplado inmediatamente posterior al de reiteradas bajas por las secuelas derivadas del accidente de trabajo sufrido*”¹⁹²³. En efecto, además de la gravedad de la continuidad de la disminución se ha de valorar la gravedad atendiendo a la intensidad de ésta —en referencia a la disminución—¹⁹²⁴ y a la voluntariedad.

Nuestros tribunales han estimado que el término “*continuo*” o “*continuado*”, “*participio pasivo del verbo continuar*”, quiere decir “*durar*”, “*seguir*”, “*persistir*” o “*suceder*”¹⁹²⁵. Ninguno de estos vocablos lleva consigo la idea de interrupción o suspensión y sí, en cambio, la de prosecución con intermitencias. De lo anterior se deduce que el requisito de la continuidad no implica que la conducta deba ser ininterrumpida sino que bastará con que sea persistente y reiterada en el tiempo¹⁹²⁶. O dicho en palabras de los tribunales, “*no debe tratarse de algo ocasional, accidental o momentáneo, sino que ha de durar cierto tiempo revelador de esa continuidad*”¹⁹²⁷. La apreciación de una constante disminución del rendimiento en el trabajo “*sólo puede apreciarse en relación con lapsos de tiempo extensos, reveladores de un perfil en la actitud del trabajador*”¹⁹²⁸. En este sentido, la doctrina jurisprudencial es muy variada; es complicado encontrar una cierta homogeneidad en la jurisprudencia debiendo el juez resolver cada caso concreto de acuerdo a las circunstancias concurrentes. Los tribunales han considerado procedente el despido no sólo de períodos prolongados de meses¹⁹²⁹ — “*se constata la realidad del bajo rendimiento, reiterada a lo largo de cuatro meses y voluntaria ya que no consta mejoría alguna en su actuación a pesar de los cursos individuales de formación*”¹⁹³⁰—, sino también de semanas o días¹⁹³¹; no obstante, en otras ocasiones y aún tratándose del mismo período de tiempo, los tribunales han declarado el despido improcedente por entender que no concurre el requisito de la continuidad cuando la disminución de rendimiento dura cuatro días¹⁹³², durante diez días por tratarse de un modelo nuevo en el mercado¹⁹³³ o incluso durante meses¹⁹³⁴. Por

¹⁹²² STSJ País Vasco 14 de septiembre de 2004 [AS 2004, 3984].

¹⁹²³ STSJ Madrid 19 de octubre de 2004 [AS 2004, 2846].

¹⁹²⁴ GÁRATE CASTRO, J.: “La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 289.

¹⁹²⁵ STSJ Andalucía/Málaga 3 de julio de 1992 [AS 1992, 3571].

¹⁹²⁶ ALZAGA RUIZ, I.: “La disminución voluntaria y continuada en el rendimiento de trabajo normal o pactado”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 197.

¹⁹²⁷ STSJ Andalucía/Málaga 3 de julio de 1992 [AS 1992, 3571].

¹⁹²⁸ STS 30 de noviembre de 1987 [RJ 1987, 8088].

¹⁹²⁹ STS 6 de octubre de 1987 [RJ 1987, 6835].

¹⁹³⁰ STSJ Galicia 25 de septiembre de 2013 [JUR 2013, 321897].

¹⁹³¹ STS 30 de septiembre de 1982 [RJ 1982, 5323].

¹⁹³² STS 8 de julio de 1982 [RJ 1982, 4573].

¹⁹³³ STS 13 de febrero de 1990 [RJ 1990, 913].

ejemplo, no son suficientes tres días para evidenciar un descenso continuado de rendimiento¹⁹³⁵; tampoco evidencia continuidad la disminución del rendimiento durante un período de tiempo de diez días¹⁹³⁶; no existirá continuidad en el descenso del rendimiento si sólo se produce durante un mes, teniendo en cuenta que además ha sido minúsculo respecto de meses anteriores¹⁹³⁷.

De lo que no cabe duda es que la disminución del rendimiento un solo día no puede justificar el despido al no reunir el requisito de la continuidad¹⁹³⁸. Si en convenio colectivo o pacto individual se ha establecido la duración que ha de perdurar la conducta de bajo rendimiento habrá de estarse a lo convenido. En contra, la jurisprudencia ha establecido unas condiciones que ayudan en su determinación. En todo caso, lo determinante es tener en cuenta todos los factores y circunstancias externas que concurren y participan en cada caso concreto¹⁹³⁹: por ejemplo, contornos y actuaciones de indisciplina en la disminución del rendimiento agravan la calificación del despido y abrevian, por ello, el tiempo exigido de continuidad en la disminución de rendimiento¹⁹⁴⁰. En suma, lo que se valora es la existencia de una disminución, objetivamente considerable y su continuidad¹⁹⁴¹.

En la valoración de la culpabilidad para que la disminución en el rendimiento del trabajador pueda considerarse como causa justa de despido ésta ha de ser voluntaria. Esta exigencia deviene del propio apartado e) del artículo 54.2 ET. El Tribunal Supremo ha tenido la ocasión de manifestarse al respecto destacando que la voluntariedad se presume “*de la conducta humana*” cuando “*por acción u omisión, salvo constatación expresa en contra*” se convierte en “*elemento constitutivo de la misma*”¹⁹⁴². De acuerdo con lo manifestado también se presume “*la voluntariedad de la conducta en cuanto no conste motivo impediendo ajeno al trabajador*”¹⁹⁴³. Una vez se constate la disminución del rendimiento del trabajador con las notas de gravedad requeridas, y salvo existencia de algún elemento justificativo que pueda exonerar dicha minoración y decadencia de la productividad, el despido habrá de ser calificado procedente. En consecuencia, el bajo rendimiento acreditado y prolongado es causa suficiente para justificar el despido salvo que el trabajador pruebe “*la existencia de alguna causa justificativa*”¹⁹⁴⁴. Las causas justificativas que pudiera alegar el empleado no han podido ser estimuladas por él mismo, por lo que dichas situaciones han de ser “*ajenas al trabajador*”, pudiendo proceder tales causas justificativas “*de un tercero, de la otra parte contratante, del caso*”

¹⁹³⁴ STSJ Castilla y León/Valladolid 26 de enero de 2004 [JUR 2004, 70605].

¹⁹³⁵ STS 7 de mayo de 1990 [RJ 1990, 3971].

¹⁹³⁶ STS 13 de febrero de 1990 [RJ 1990, 913].

¹⁹³⁷ STSJ Castilla y León/Valladolid 26 de enero de 2004 [JUR 2004, 70605].

¹⁹³⁸ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., p. 300.

¹⁹³⁹ STSJ Castilla y León/Valladolid 17 de marzo de 1998 [AS 1998, 5833] y STSJ Baleares 13 de febrero de 1996 [AS 1996, 257].

¹⁹⁴⁰ GIL ALZAGA RUIZ, I.: “La disminución voluntaria y continuada en el rendimiento de trabajo normal o pactado”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., pp. 197 y ss. GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 214.

¹⁹⁴¹ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., p. 299.

¹⁹⁴² STS 20 de junio de 1988 [RJ 1988, 5430].

¹⁹⁴³ STS 31 de enero de 1986 [RJ 1986, 307].

¹⁹⁴⁴ STSJ Canarias/Tenerife 12 de mayo de 2002 [AS 2002, 2087].

fortuito o de la fuerza mayor”¹⁹⁴⁵, tolerándose como causas excluyentes de la disminución del rendimiento, tanto las causas objetivas o extrínsecas al trabajador, como las subjetivas o intrínsecas del propio empleado¹⁹⁴⁶.

Los incumplimientos voluntarios son aquellos que se producen por una actitud premeditada y facultativa o, al menos, de manera consciente siendo posible que el trabajador aumente su rendimiento si se lo propusiera¹⁹⁴⁷. El que la disminución de rendimiento deba imputarse a la conducta voluntaria del trabajador no significa que se exija dolo o ánimo de dañar, sino que incurre también en esta justa causa de despido quien actúa con falta de diligencia en el desempeño de sus ocupaciones. Por tanto, la voluntariedad se entiende como sinónimo de imputabilidad¹⁹⁴⁸, atribuyéndose al trabajador la disminución tanto en supuestos de dolo como de negligencia desprovista de toda intención de ocasionar un daño a la empresa¹⁹⁴⁹. En otros términos, el incumplimiento culpable es, por esencia, un incumplimiento voluntario¹⁹⁵⁰. Abarca no sólo las situaciones conflictivas correspondientes a la insatisfacción del trabajador con sus condiciones de trabajo sino también otros casos en los que no pone el interés y magnitud necesarios¹⁹⁵¹.

Actualmente los tribunales vienen siendo inflexibles en materia de prueba que demuestren la implicación voluntaria del trabajador en la conducta imputada. La disminución continuada del rendimiento normal no debida a la actuación voluntaria del trabajador nunca podrá entenderse sancionable¹⁹⁵². De este modo, si se le imputa al trabajador una falta continuada de rendimiento por el hecho de que desde su extensión telefónica se han consumado llamadas excesivas, el empresario ha de probar que fue ese mismo trabajador quién realizó tales llamadas¹⁹⁵³. En el mismo sentido, se aprecia voluntariedad y continuidad en el descenso del rendimiento cuando los empleados se presentan al trabajo en condiciones “*de falta de descanso –determinante de un bajo rendimiento– por su libre decisión de dedicarse a actividades de la construcción en las horas libres*”¹⁹⁵⁴. Semejante situación ocurre cuando se imputa rendimiento reducido al trabajador que navegó por internet en tiempo de trabajo¹⁹⁵⁵. No obstante, “*lo que no es posible, porque no existe amparo normativo alguno para ello, es exigir una concentración mental exhaustiva y permanente en todo tipo de tareas laborales, de*

¹⁹⁴⁵ STS 12 de julio de 1983 [RJ 1983, 3774].

¹⁹⁴⁶ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 214.

¹⁹⁴⁷ OJEDA AVILÉS, A.: “El despido por bajo rendimiento: un análisis comparado”, en *Revista Laboral*, núm. 1, 1993, p. 353.

¹⁹⁴⁸ MONTOYA MELGAR, A.: “Dirección y control de la actividad laboral”, en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.) *et al: Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 292.

¹⁹⁴⁹ GÁRATE CASTRO, J.: “La voluntariedad como nota definitoria del despido por disminución del rendimiento”, en *Revista de Política Social*, núm. 130, 1981, p. 237.

¹⁹⁵⁰ STSJ Galicia 19 de diciembre de 2014 [AS 2014, 276].

¹⁹⁵¹ ALZAGA RUIZ, I.: “La disminución voluntaria y continuada en el rendimiento de trabajo normal o pactado”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 199.

¹⁹⁵² GÁRATE CASTRO, J.: “La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento normal o pactado”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 270.

¹⁹⁵³ ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al: Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 266.

¹⁹⁵⁴ STS 28 de marzo de 1985 [RJ 1985, 1405].

¹⁹⁵⁵ STSJ País Vasco 14 de septiembre de 2004 [AS 2004, 3984].

*manera que cualquier tipo de distracción respecto a las mismas en tiempo y lugar de trabajo se constituya en causa justificativa de despido*¹⁹⁵⁶.

La voluntariedad en la minoración del rendimiento del trabajador va a quedar descartada en una serie de supuestos¹⁹⁵⁷:

- Cuando el rendimiento del trabajador decrece pero por motivos extraños al mismo tales como defectos en la estructura productiva de la empresa.

Entre las causas frecuentes del defectuoso rendimiento imputable al empresario, figuran las deficiencias de la maquinaria, instalaciones, materias primas, fuerza motriz y otras similares. Si la disminución del rendimiento se ocasiona no por la actuación voluntaria y consciente de los empleados, sino por defecto o averías de los reactores, calderas, maquinarias, —etcétera—, el despido llevado a efecto es improcedente. Igual conclusión rige respecto a las deficiencias de material, utillaje y materias primas independientes de la voluntad del empresario. Y otro tanto sucede si la disminución procede de cambios en el sistema de trabajo, reducción del número de horas de trabajo, empleo del trabajador en servicios distintos del contratado o cambios reiterados de puestos¹⁹⁵⁸. En suma, la liquidación de los reembolsos del mes anterior por el trabajador, *“no puede considerarse expresiva de una voluntad específica de incumplir las instrucciones que le habían impartido sus superiores en materia de reembolsos”* sino que *“constituye una irregularidad más de las varias que lastraban el correcto funcionamiento de la oficina”* debiendo, el trabajador, *“afrontar una sobrecarga de trabajo que no podía sacar adelante en el horario laboral y, en suma, que el retraso era consecuencia de una deficiente organización”*, por lo que la *“conducta profesional de trabajador no puede considerarse el factor, principal siquiera, causante del retraso en la llevanza de la oficina ni, por ende, merecedora de despido”*¹⁹⁵⁹. En este mismo sentido, la no obtención de las ventas mínimas tampoco es causa justa de despido disciplinario cuando la empleada, *“dedicaba a la venta de máquinas de vapor domésticas, se ha encontrado en los últimos tiempos con unas circunstancias desfavorables para la realización de ventas, como han sido la introducción de un nuevo modelo que ha causado numerosos problemas por averías, la disolución del equipo de ventas en el que estaba integrada (que contaba con un jefe de equipo y un automóvil, lo que la ha perjudicado notablemente por carecer de permiso de conducir) y la propia saturación del mercado después de años de actividad, circunstancias todas ellas ajenas a la voluntad de la trabajadora que provocaron una caída de las ventas que ha afectado a ésta y a otros compañeros de trabajo”*, pudiéndose concluir que *“no se da el elemento subjetivo de la condición resolutoria pactada, pues la no obtención de las ventas mínimas pactadas se debió a causas no imputables a la trabajadora”*¹⁹⁶⁰.

Si el empresario es responsable del menor rendimiento ocasionado por las coyunturas que le son objetivamente imputables, también lo será cuando ese resultado se deba a su voluntaria y culpable actuación. No obstante, el deficiente funcionamiento

¹⁹⁵⁶ STSJ Castilla y León/Valladolid 28 de febrero de 2005 [JUR 2005, 90795].

¹⁹⁵⁷ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al*: *Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 949.

¹⁹⁵⁸ GÁRATE CASTRO, J.: “La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., pp. 277 y 278.

¹⁹⁵⁹ STSJ Baleares 28 de junio de 2004 [AS 2004, 2121].

¹⁹⁶⁰ STSJ Canarias/Las Palmas 3 de mayo de 2004 [AS 2004, 2030].

de la maquinaria o las irregularidades en la entrega de la materia prima pueden ser ajenas a la voluntad del empresario; pero desde el instante en que el empresario, por negligencia o incluso intencionadamente, puede remediarlas y no lo hace, incurre con ello en una falta de colaboración en la ejecución de la prestación y, en definitiva, en mora *accipiendi*, lo que traerá como consecuencia la declaración de improcedencia del despido¹⁹⁶¹.

- La falta de voluntariedad también se repudia cuando el rendimiento desciende por eventualidades personales e individuales del trabajador pero independientes de su voluntad.

Quien no posee habilidad suficiente para prestar el servicio del trabajo comprometido solo podrá proporcionar una prestación defectuosa en resultado. No obstante, no existe voluntariedad en la disminución del rendimiento si el empresario, que conocía desde el origen la minusvalía del trabajador, le va delegando funciones diferentes a las pactadas en el comienzo de la relación laboral¹⁹⁶². Tampoco existe voluntariedad en la disminución de la productividad cuando se debe a la enfermedad del trabajador¹⁹⁶³; o cuando el descenso de rendimiento del trabajador se produce por las consecuencias y secuelas de un accidente sufrido anteriormente¹⁹⁶⁴. La ineptitud no es otra cosa que *“una inhabilidad, una falta de aptitud, preparación, suficiencia o idoneidad para desarrollar de manera útil y provechosa la prestación de trabajo que se obligó a ejecutar”*¹⁹⁶⁵.

- La falta de voluntariedad en la disminución del rendimiento también es respetable en supuestos en los que su origen se encuentra vinculado a decisiones empresariales en materia de movilidad funcional, sin otorgar al trabajador un período de adaptación suficiente y adecuado a sus nuevas tareas.

No puede obviarse que al producirse un cambio en las labores del puesto de trabajo, parece lógico pensar que se produce una cierta resistencia –humanamente disculpable– hasta el momento en el que trabajador se habitúa al cambio efectuado¹⁹⁶⁶. Tampoco puede exigirse a un trabajador, *“tras más de 18 años de desempeñar una misma actividad como conductor de máquinas automóviles”*, que en un plazo mínimo *“de dos meses”*, esté plenamente adaptado al desempeño de otra actividad radicalmente distinta como *“la de producción en una cadena de montaje, realizando una función completamente ajena a la anterior, y exigírsele igual responsabilidad que a sus compañeros”*, concluyéndose que las deficiencias y equivocaciones del trabajador pueden considerarse normales atendiendo a las circunstancias concurrentes, sin que la disminución se considere voluntaria debiendo examinarse *“a la luz de la doctrina gradualista de nuestro Tribunal Supremo”*¹⁹⁶⁷.

¹⁹⁶¹ GÁRATE CASTRO, J.: “La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 280.

¹⁹⁶² STSJ Castilla-La Mancha 28 de septiembre de 2004 [JUR 2004, 314728].

¹⁹⁶³ STSJ Cantabria 29 de abril de 2005 [JUR 2005, 113362].

¹⁹⁶⁴ STSJ Madrid 19 de octubre de 2004 [AS 2004, 2846].

¹⁹⁶⁵ STS 5 de octubre de 1984 [RJ 1984, 5240].

¹⁹⁶⁶ STS 18 de abril de 1991 [RJ 1991, 3375].

¹⁹⁶⁷ STSJ Madrid 5 de abril de 2005 [AS 2005, 754].

Por último, existe una notable regla general en materia de voluntariedad en la disminución del rendimiento: “*sólo factores personales, intrínsecos al propio desarrollo del trabajo productivo o extrínsecos al mismo, que repercutan desfavorablemente, en forma ostensible y justificada, puede hacer que disminuya la exigencia del nivel de resultados esperados, según el desarrollo comercial normal*”. Si la disminución del rendimiento no se acredita que obedece a ninguna de estas causas ha de suponerse que “*se debe a la falta de diligencia del trabajador y si se extiende a un período largo de tiempo, revela las notas de continuidad y voluntariedad exigidos en la tipificación de la causa del despido*”¹⁹⁶⁸. Además, hay que tener en cuenta que las causas que pueden justificar una disminución en el rendimiento no han podido ser estimuladas por el propio trabajador que en ellas busca amparo¹⁹⁶⁹, por lo que habrán de ser neutrales e independientes de su voluntad, aunque podrán referirse a su persona. Asimismo, pueden proceder de un tercero, de la otra parte, del caso fortuito o de la fuerza mayor¹⁹⁷⁰.

En suma, los tribunales justifican las disminuciones de los rendimientos bajo circunstancias objetivas o extrínsecas en fundamentos como los siguientes: evolución económica o comercial del sector¹⁹⁷¹; cambios estructurales en la empresa –por ejemplo, la introducción comercial en una nueva zona¹⁹⁷²–; la variación de las condiciones de trabajo impuestas por la empresa¹⁹⁷³; causas circunstanciales o coyunturales que ocasionan disminución general de ventas en un sector¹⁹⁷⁴; la concurrencia en el mercado con otras empresas de la competencia¹⁹⁷⁵; la escasez de medios de trabajo¹⁹⁷⁶; las restricciones que la propia empresa le ha venido imponiendo al trabajador en la realización de su actividad¹⁹⁷⁷; la pérdida de un importante cliente de la empresa¹⁹⁷⁸; o el impago de salarios por la empresa¹⁹⁷⁹. Del mismo modo, los tribunales justifican las disminuciones de los rendimientos bajo circunstancias subjetivas o intrínsecas, en fundamentos como los siguientes: no haber concluido el período de tiempo destinado al aprendizaje¹⁹⁸⁰; situaciones anómalas o patológicas –por ejemplo, dependencia a opiáceos¹⁹⁸¹–; estado depresivo por padecimientos físicos entre períodos de baja por incapacidad temporal¹⁹⁸²; enfermedad diagnosticada por depresión mayor¹⁹⁸³; por depresión endógena recurrente¹⁹⁸⁴; o cefaleas y depresiones¹⁹⁸⁵.

¹⁹⁶⁸ STSJ Castilla y León/Burgos 13 de enero de 2005 [JUR 2005, 71503].

¹⁹⁶⁹ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 214.

¹⁹⁷⁰ ALZAGA RUIZ, I.: “La disminución voluntaria y continuada en el rendimiento de trabajo normal o pactado”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 200.

¹⁹⁷¹ STSJ Cataluña 12 de junio de 2002 [AS 2002, 2684].

¹⁹⁷² STSJ Madrid 23 de febrero de 2001 [AS 2001, 1333].

¹⁹⁷³ STSJ País Vasco 24 de octubre de 2000 [JUR 2001, 44965].

¹⁹⁷⁴ STSJ Castilla y León/Valladolid 14 de junio de 1999 [AS 1999, 6163].

¹⁹⁷⁵ STSJ Castilla y León/Valladolid 17 de mayo de 1999 [AS 1999, 2283].

¹⁹⁷⁶ STSJ Comunidad Valenciana 16 de marzo de 2001 [AS 2001, 3160].

¹⁹⁷⁷ STSJ Cataluña 12 de enero de 1999 [AS 1999, 309].

¹⁹⁷⁸ STSJ Murcia 9 de julio de 2002 [JUR 2002, 227404].

¹⁹⁷⁹ STSJ Andalucía/Sevilla 20 de mayo de 1992 [AS 1992, 6513].

¹⁹⁸⁰ STSJ Castilla y León/Burgos 11 de febrero de 2002 [AS 2002, 339].

¹⁹⁸¹ STSJ País Vasco 18 de diciembre de 2001 [AS 2002, 1240].

¹⁹⁸² STSJ Cataluña 13 de marzo de 2002 [AS 2002, 1572].

¹⁹⁸³ STSJ Cataluña 3 de abril de 1997 [AS 1997, 1398].

¹⁹⁸⁴ STSJ Castilla y León/Burgos 10 de noviembre de 2016 [JUR 2016, 259968].

¹⁹⁸⁵ STSJ Castilla-La Mancha 30 de diciembre de 1992 [AS 1992, 6318].

Lo cierto es que el empleador tiene complicado poder probar la existencia de una circunstancia subjetiva en el ánimo del empleado. Por la complejidad de la prueba, la jurisprudencia viene admitiendo que le es suficiente al empresario con la demostración de que se ha producido una disminución en el rendimiento del trabajador. A partir de aquí, le corresponderá al empleado demostrar la existencia de causas ajenas a su voluntad que justifican la falta de rendimiento, de forma que si no consigue demostrarlas, se presumirá la voluntariedad del trabajador. Por tanto, nos encontramos ante una presunción en la que se aligeran las dificultades probatorias, puesto que al empresario le incumbe probar la existencia de una disminución en el rendimiento – posición acorde con el actual artículo 105 LRJS–. Una vez probada la disminución en el rendimiento se presumirá la voluntariedad del trabajador, correspondiéndole a éste último, la prueba de que dicho incumplimiento no le es imputable. Si éste último no demuestra la existencia de causas justificativas –causas imputables al empresario o al funcionamiento de la empresa; o causas ajenas al empresario y al trabajador; o causas imputables al trabajador pero no a su voluntad– se presumirá que la disminución del rendimiento es voluntaria.

Aunque la extinción de la relación laboral pueda ser el resultado final de cualquier disminución de rendimiento del trabajador es importante el proceso por el que se acometa la resolución del contrato de trabajo: si la ausencia de rendimiento es voluntaria, la extinción se desarrollará de acuerdo a los requisitos del despido disciplinario; sin embargo, si la falta de rendimiento es involuntaria, la extinción del contrato de trabajo se ejecutará de acuerdo a las consecuencias –entre ellas, económicas– del despido objetivo –por ineptitud o falta de adaptación–¹⁹⁸⁶.

6. La embriaguez habitual o toxicomanía con repercusión negativa en el trabajo

El artículo 54.2.f) ET considera incumplimiento contractual del trabajador a efectos de su despido, “*la embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo*”.

6.1 Concepto y fundamento

El fundamento de la causa del despido disciplinario recogida en el apartado f) del artículo 54.2 ET no debe ampararse en la recriminación que conforme ciertos códigos éticos pueden merecer el alcohólico o el toxicómano. El bien jurídico que se tutela en este apartado no es la moral, ni las buenas costumbres, sino la empresa en cuanto estructura organizada de trabajo. La repercusión negativa en el trabajo es el componente clave para la comprensión y entendimiento de esta causa justa de despido. Se manifiesta cómo esta causa concreta guarda una relación indirecta con el comportamiento del trabajador y directa con las consecuencias que tenga esta desobediencia en el ámbito laboral u ocupacional¹⁹⁸⁷. Este es el supuesto más claro de la interdependencia de la vida privada y profesional del trabajador, debiéndose delimitar

¹⁹⁸⁶ GÁRATE CASTRO, J.: “La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., pp. 282 y 283.

¹⁹⁸⁷ TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.: “El despido disciplinario”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 71.

con meticulosa escrupulosidad a fin de evitar inadmisibles injerencias en la intimidad de la persona¹⁹⁸⁸.

La embriaguez habitual constituye causa justa de despido disciplinario en nuestro ordenamiento jurídico laboral desde la Ley de 6 de noviembre de 1941 por la que se modificaba el artículo 89 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931, pasando sin ninguna modificación a la Ley de Contrato de Trabajo del año 1944. El Estatuto de los Trabajadores de 1980, al regularla en el artículo 54.2.f), introduce algunas novedades al ampliar y completar la formulación de esta causa a través de dos elementos: por un lado, incorpora junto al tradicional concepto de embriaguez, la noción de toxicomanía como consecuencia de la relevancia social y jurídica que este fenómeno ha alcanzado en nuestros días; y por otro lado, exige expresamente que la embriaguez o toxicomanía repercutan negativamente en el trabajo, de modo que en cualquier otro caso, dichas conductas devienen irrelevantes –nótese la mayor concreción de este incumplimiento frente a la mayoría de los regulados en el artículo 54 ET¹⁹⁸⁹–.

El dato de la repercusión negativa en el trabajo se convierte en elemento clave tanto en la embriaguez habitual como en la toxicomanía: el hecho de consumir drogas o alcohol fuera del lugar de trabajo, de entrada, debe considerarse irrelevante para la empresa y, por lo tanto, no debe dar lugar al despido. Nos encontramos ante conductas privadas que no deben tener trascendencia a nivel laboral cuando no supongan una repercusión negativa en el trabajo¹⁹⁹⁰. Pero esta causa de despido disciplinario conecta con otras también previstas en el artículo 54 ET. Ocurre con la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza¹⁹⁹¹, al poder considerarse a la embriaguez habitual y a la toxicomanía como modalidades de transgresión de la buena fe contractual¹⁹⁹² y del deber de diligencia¹⁹⁹³; o calificarse también “*como un defecto de conducta o como una infracción de deberes conexos con el de disciplina en el trabajo*”, considerándose, en alguna ocasión, “*como un defecto de conducta derivado de la conculcación de los mínimos deberes de convivencia y comportamiento decoroso dentro de la empresa que obligan a los trabajadores a la no realización de conductas molestas o inadecuadas en el ámbito laboral*”¹⁹⁹⁴. A consecuencia de la embriaguez habitual o la toxicomanía, es normal que el trabajador incurra en otros tipos de incumplimientos como las ofensas verbales o físicas al empresario o a los compañeros

¹⁹⁸⁸ CARRO IGELMO, A. J.: *El despido disciplinario*, cit., p. 189.

¹⁹⁸⁹ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y SASTRE IBARRECHE, R.: “Artículo 54. Despido disciplinario”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 662. SASTRE IBARRECHE, R.: “Artículo 54. Despido disciplinario”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al: El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 771.

¹⁹⁹⁰ STSJ Castilla-La Mancha 7 de junio de 2001 [AS 2001, 2638].

¹⁹⁹¹ VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: “Embriaguez habitual y toxicomanía”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 302.

¹⁹⁹² STSJ Canarias/Tenerife 4 de octubre de 2001 [AS 2001, 4644]. “*Cierto es que la embriaguez aquí tipificada como causa legal de despido exige un doble requisito: la habitualidad y la repercusión negativa en el trabajo*”, y en este supuesto “*la habitualidad existe*”, pero además, “*el incumplimiento grave y culpable lo es a través del apartado 2 d) del precepto, pues no cabe duda que el trabajar en estas condiciones, no sólo constituye una infracción del reglamento, sino que es una modalidad de deslealtad y violación de la buena fe que el artículo 5 del ET impone a todo trabajador*”.

¹⁹⁹³ STSJ Madrid 11 de julio de 2001 [AS 2001, 3862].

¹⁹⁹⁴ STSJ Andalucía/Málaga 9 de junio de 2000 [AS 2000, 3501] y STSJ Asturias 9 de julio de 2004 [AS 2004, 2539].

de trabajo, faltas de asistencia, impuntualidad al trabajo, disminución del rendimiento o –la ya mencionada– buena fe contractual.

Hay ocasiones en las que el empresario, en virtud de una serie de elementos que desincentivan la utilización del apartado f) del artículo 54.2 ET, prefiere utilizar otra de las causas justas de las establecidas en el citado precepto¹⁹⁹⁵: verbigracia, por la indeterminación del artículo en cuanto a los elementos requeridos –habitualidad para la embriaguez y repercusión negativa en el trabajo tanto para la embriaguez como para la toxicomanía– siendo preceptivo demostrar el nexo común entre causa y efecto así como la necesidad de prueba de la habitualidad de la embriaguez en el lugar de trabajo y durante el tiempo de trabajo –lo que se sanciona es la embriaguez habitual y no beber de forma habitual al poder ser el trabajador alcohólico y no ir embriagado a trabajar–; también por la desconexión de la embriaguez habitual o toxicomanía con el requisito del incumplimiento grave y culpable del trabajador, dificultándose el análisis de la voluntariedad cuando nos encontramos ante una verdadera enfermedad en cualquiera de los dos supuestos; o por la complejidad y dificultad de la prueba en ambas circunstancias.

Adentrándonos en los conceptos teóricos, por embriaguez se entiende la turbación pasajera de las potencias, consecuencia del exceso con el que se ha bebido vino u otro licor¹⁹⁹⁶. La embriaguez es diferenciada del alcoholismo en cuanto esta última es una enfermedad crónica. No quiere esto decir que el alcoholismo no quede comprendido en la causa del artículo 54.2.f) ET, sea por la vía de subsumir el alcoholismo en la toxicomanía, sea en aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁹⁹⁷. La embriaguez no es el mero consumo de alcohol: lo fundamental para encontrarnos en esta causa justa de despido es la consecuencia de la acción de consumir alcohol pero no el consumo en sí mismo.

Durante la vigencia de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, se planteó por la jurisprudencia el problema de resolver si la embriaguez a la que se refería el artículo 77.h) de la precitada norma incluía también el alcoholismo. Hasta el año 1963 los tribunales defendieron que el alcoholismo era un supuesto del artículo 79 de la Ley de Contrato de Trabajo, porque al ser una enfermedad reunía los requisitos de la suspensión del contrato de trabajo. Pero es a partir del año 1963 cuando el Tribunal Supremo cambia de doctrina jurisprudencial, manteniendo una postura opuesta y equiparando a efectos laborales embriaguez y alcoholismo¹⁹⁹⁸. Es claro que, en el lenguaje común, ambas expresiones se entienden diversas, otorgándose al alcoholismo un componente patológico. En efecto, si bien el alcoholismo no sería recogido en la legislación anterior –ni en el actual texto del ET– como causa de despido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo venía y viene equiparando dichos estados –pese a conocerse el alcoholismo como enfermedad– a los fines de entender al trabajador incurso en la causa de despido aludida en una solución que, como hemos mencionado, tiene su arranque en una relevante sentencia de la Sala de lo Social¹⁹⁹⁹, la cual,

¹⁹⁹⁵ RODRÍGUEZ RAMOS, M^a. J.: “Embriaguez habitual o toxicomanía”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al*: *El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., pp. 133 y 134.

¹⁹⁹⁶ Según diccionario de la Real Academia Española (RAE).

¹⁹⁹⁷ STS 3 de junio de 1963 [RJ 1963, 2655] recogida en la STSJ Extremadura 2 de julio de 1996 [AS 1996, 2732].

¹⁹⁹⁸ Para mayor abundamiento, *vid.* CARRO IGELMO, A. J.: *El despido disciplinario*, cit., pp. 196 y 197.

¹⁹⁹⁹ STS 3 de junio de 1963 [RJ 1963, 2655] recogida en la STSJ Extremadura 2 de julio de 1996 [AS 1996, 2732].

resolviendo un recurso en interés de ley, vino a sentar una trascendental doctrina jurisprudencial en la materia al tiempo que supuso un importante punto de inflexión en el hasta entonces tratamiento del problema del alcoholismo a efectos de su consideración como causa justificativa del despido disciplinario del trabajador alcohólico.

Con anterioridad a la sentencia antes aludida se habían dictado otras resoluciones en las que se distinguían netamente ambas situaciones, embriaguez y alcoholismo, derivándose de dicha diferenciación, la notable consecuencia de que el alcoholismo entendido como enfermedad no justificaba el despido. Pero desde la citada sentencia hasta hoy, tal solución resulta rechazable de modo que embriaguez habitual y alcoholismo se convierten –entonces– en un mismo comportamiento merecedor de la resolución contractual por incumplimiento. Equiparación jurídico-laboral de ambas circunstancias que responde a las razones que la propia sentencia del Tribunal Supremo antes citada expone en los términos siguientes: “*si bien el diagnóstico, pronóstico y tratamiento son diferentes, según se trate de una intoxicación pasajera o de otra crónica, en el área del Derecho Laboral no es posible establecer una seria diferencia entre ambas situaciones a los efectos de la resolución justificada de un contrato de trabajo, ya que los dos implican perturbaciones sensibles en la producción. Aún admitiendo que el alcoholismo crónico sea una enfermedad, lo que no puede ponerse en duda es que su origen obedece siempre a la ingestión prolongada en el tiempo de bebidas etílicas, causa imputable a quien la sufra, y que por eso mismo no puede ampararse en ella para conseguir que se declare injustificado el despido*”²⁰⁰⁰. De este modo, el ámbito de la embriaguez no queda reducido al supuesto establecido en la ley, sino que la doctrina jurisprudencial lo ha extendido a la enfermedad del alcoholismo al entenderse que el comportamiento del trabajador hasta contraer la enfermedad es voluntario. Además, ha de tenerse también en cuenta la disminución del rendimiento que dicha situación provoca²⁰⁰¹.

La averiguación de la embriaguez del trabajador no pasa por controles de alcoholemia, pero sí por los signos visibles, externos y aparentes del sujeto que llega ebrio a trabajar²⁰⁰². Se exige una persistencia, un cierto arraigo en la vida del individuo; en otros términos, una más o menos continuidad en la práctica de que se trate²⁰⁰³. El artículo 54.2.f) ET no está sancionando la conducta de beber o consumir alcohol de modo habitual sino la embriaguez usual y común; o lo que es lo mismo, embriagarse asiduamente. En nuestro derecho positivo no se tipifica la noción de habitualidad a través de la fijación de un número de veces en las que se realiza el hecho de consumir alcohol²⁰⁰⁴, sino que es suficiente con una efectiva constatación de la asiduidad en la embriaguez²⁰⁰⁵. La embriaguez debe manifestar una costumbre o hábito en el comportamiento del trabajador, una práctica adquirida por la reiteración de actos de la

²⁰⁰⁰ STSJ Extremadura 2 de julio de 1996 [AS 1996, 2732] en referencia a la STS 3 de junio de 1963 [RJ 1963, 2655].

²⁰⁰¹ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., pp. 225 y 226.

²⁰⁰² GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 216.

²⁰⁰³ ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al: Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 268.

²⁰⁰⁴ RODRÍGUEZ RAMOS, M^a. J.: “Embriaguez habitual o toxicomanía”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 136.

²⁰⁰⁵ TOLOSA TRIBIÑO, C.: *Despido: comentarios, jurisprudencia, formularios*, cit., p. 157.

misma especie. Lo sancionado no es beber de forma habitual sino la embriaguez habitual –turbación pasajera de las potencias– siendo evidente que esta expresión equivale al hecho de embriagarse con frecuencia²⁰⁰⁶. La habitualidad exige una persistencia, un cierto enraizamiento en la vida del individuo; es decir, una más o menos continuidad en la práctica de que se trate aunque con intervalos más o menos regulares²⁰⁰⁷.

Al no estipularse el número de ocasiones en que ha de manifestarse la embriaguez para poder considerarse habitual, la jurisprudencia viene atendiendo a una serie de pautas²⁰⁰⁸: a) una actuación aislada del trabajador no es causa de despido por embriaguez habitual²⁰⁰⁹; b) tampoco denota habitualidad concurrir dos veces embriagado al trabajo; aunque uno de los modos más frecuentes de manifestarse la habitualidad de la embriaguez como causa de despido está en el hecho de reincidir en este comportamiento después de que el trabajador haya sido advertido de las consecuencias que pudieran derivarse de dicha actuación²⁰¹⁰.

Por toxicomanía se entiende el hábito patológico de intoxicarse con sustancias que procuran sensaciones que suprimen el dolor²⁰¹¹. Entre tales sustancias, los tribunales vienen incluyendo todo tipo de drogas, sin que resulte significativo, a efectos legales, la diferencia entre drogas blandas y drogas duras, y sin que los tribunales²⁰¹² se detengan “en la determinación o examen del tipo de droga a la que el trabajador es adicto”²⁰¹³. De este modo, la toxicomanía presupone de por sí la habitualidad²⁰¹⁴. Razón por la que si se carece de esa habitualidad, no es conducta tipificada en la causa del artículo 54.2.f) ET, siendo improcedente el despido fundamentado por el hecho de haber fumado hachís un solo día en el lugar de trabajo²⁰¹⁵. Si lo único que se declara probado es que el trabajador despedido fumaba hachís “de forma aislada y esporádica por la tarde y al finalizar la jornada laboral”, resulta que falta el elemento de que el trabajador sea toxicómano²⁰¹⁶.

Pero conviene tener en cuenta que, al igual que la habitualidad en la embriaguez, en la toxicomanía existen sentencias en las que el mero hecho de provocar una situación de peligro en el trabajo por haber ingerido droga podría ser causa justa de despido disciplinario, aunque el trabajador no fuera toxicómano²⁰¹⁷. El consumo de drogas habitual pero no dependiente parece que no encaja en el término toxicomanía pues se refiere a comportamientos que médicamente pueden definirse como hábitos patológicos: por tanto, si el consumo es esporádico el despido se declara improcedente; pero si tiene

²⁰⁰⁶ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 47.

²⁰⁰⁷ STS 4 de febrero de 1984 [RJ 1984, 831].

²⁰⁰⁸ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 958.

²⁰⁰⁹ STSJ País Vasco 26 de octubre de 2004 [AS 2004, 3585].

²⁰¹⁰ STSJ Cantabria 21 de enero de 2004 [JUR 2004, 80446].

²⁰¹¹ Según diccionario de la Real Academia Española (RAE).

²⁰¹² STSJ Cantabria 7 de diciembre de 1999 [AS 1999, 4450].

²⁰¹³ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 216.

²⁰¹⁴ STSJ Canarias/Tenerife 11 de noviembre de 2016 [JUR 2017, 222666].

²⁰¹⁵ STSJ Andalucía/Sevilla 10 de enero de 2007 [JUR 2007, 116616].

²⁰¹⁶ STSJ Cataluña 27 de junio de 2003 [AS 2003, 2284].

²⁰¹⁷ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 961.

lugar en varias ocasiones, en unos casos se analizará la repercusión negativa que tiene en el trabajo y, en otros, si las circunstancias pueden considerarse suficiente para proceder al despido del trabajador²⁰¹⁸.

6.2 La influencia del trabajo desempeñado y la matización de la habitualidad: negociación colectiva en la embriaguez o toxicomanía

La habitualidad no se exige por nuestros tribunales cuando la repercusión negativa en el trabajo es de tal trascendencia que resulta inalcanzable que el trabajador pueda continuar ejerciendo sus funciones en la empresa.

Por tanto, esta exigencia de habitualidad se suaviza en supuestos en los que los trabajadores desempeñan ocupaciones que pueden implicar daño a terceras personas: en estos casos se justifica la máxima sanción disciplinaria aunque la embriaguez haya incurrido una sola vez²⁰¹⁹.

Ocurre con los casos de pilotos de líneas aéreas, los conductores de vehículos de servicios públicos o privados, o los transportistas, donde las consecuencias negativas de la embriaguez o toxicomanía pueden repercutir en terceros implicados. También ocurre con empleados que poseen una especial responsabilidad en el ejercicio de sus funciones, afectando a la salud y/o seguridad suya, de sus compañeros o terceras personas –como el personal sanitario–. A los supuestos anteriores también han de añadirse aquellos en los que queda cuestionada la imagen de la empresa –trabajador que profesa su trabajo ante el público–. Y supuestos en los que el empleado desempeña funciones de autoridad –como vigilante de seguridad donde los tribunales suavizan el requisito de la habitualidad al ser un trabajador que desempeña un servicio uniformado y portando armas por lo que el encontrarse en estado de embriaguez es un agravante mayor que en el resto de profesiones–²⁰²⁰.

Desempeñar funciones de conducción de vehículos en estado de embriaguez tiene consecuencias peligrosas: la doctrina jurisprudencial se posiciona en el sentido de destacar que estas ocupaciones obligan –tanto por razones de seguridad como de elemental evitación de daños– a llevar a sus más amplios extremos la exigibilidad de los deberes de buena fe, probidad, lealtad y diligencia que recogen los artículos 5.a) y 20.2 ET, en relación con el artículo 1104 del Código Civil, de forma tal que “*si dichas reglas se omiten o quebrantan por el trabajador, ha de tenerse por incurso en el ilícito laboral para el que el legislador faculta al empresario a sancionar con despido*”²⁰²¹. A estos trabajadores se les exige un deber absoluto de abstinencia alcohólica o de consumo de cualquier tipo de estupefaciente al poner en peligro a terceras personas o a la propia carga que transportan²⁰²². Con estas declaraciones podemos concluir que la habitualidad en el estado de embriaguez no es exigible –como regla general– cuando se trata de conductor de cualquier medio de transporte²⁰²³. En estos casos, la extinción de la relación laboral entre el trabajador y empresario puede sostenerse, bien por transgresión

²⁰¹⁸ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., p. 229.

²⁰¹⁹ STSJ Canarias/Tenerife 4 de octubre de 2001 [AS 2001, 4644].

²⁰²⁰ RODRÍGUEZ RAMOS, M^a. J.: “Embriaguez habitual o toxicomanía”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al*: *El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 140.

²⁰²¹ STSJ Cataluña 24 de octubre de 2000 [JUR 2001, 11401].

²⁰²² STSJ Cataluña 21 de marzo de 2016 [JUR 2016, 121586].

²⁰²³ STSJ Madrid 5 de julio de 1994 [AS 1994, 3136].

de la buena fe contractual o abuso de confianza –al haberse vulnerado el deber de abstinencia alcohólica o de consumo de drogas–, bien porque la repercusión negativa en el trabajo sea de tal importancia que con una sola vez puede ser suficiente para alegar el apartado f) del artículo 54 –embriaguez habitual o toxicomanía–. Para el primero de los casos –vulneración del deber de abstinencia alcohólica– es indiferente el grado de alcohol consumido. Para el caso de embriaguez o toxicomanía en el desempeño del trabajo se han de superar los límites permitidos de alcoholemia²⁰²⁴, sin ser éste un elemento decisivo, pues debe tenerse en cuenta la repercusión negativa para la empresa. Por otro lado, es importante que el empleado haya sido prevenido o sancionado anteriormente por el empresario en cualquiera de las modalidades verbales o escritas²⁰²⁵: si el trabajador que desarrolla funciones de conducción no ha sido sancionado, ni advertido por el empresario, ni condenado en vía penal, el despido podrá ser declarado improcedente²⁰²⁶: *“resulta discutible el hecho de que el trabajador estuviese embriagado por dar en un control rutinario de alcoholemia, no motivado por deficiencias en la conducción, una tasa ligeramente superior a la legalmente permitida, ni tampoco puede entenderse que su conducta pusiera en peligro la circulación, ya que el mismo únicamente ha sido sancionado en vía administrativa”*, sin que exista *“propuesta de retirada temporal de su permiso de conducción, por lo que su conducta no constituye la infracción muy grave antes reseñada consistente en la imprudencia o negligencia en acto de servicio si implicase riesgo de accidentes o peligro de avería a la maquinaria, vehículo o instalaciones”*. Además, *“no consta que haya sido sancionado en ninguna ocasión anterior, ni haya incumplido su contrato de trabajo en los veinticinco años de relación laboral con la empresa, por lo que siendo reprobables los hechos que le son imputados no llegan a constituir ninguna de las causas justas de despido disciplinario”*²⁰²⁷.

Esta línea interpretativa de no exigencia de habitualidad puede dejar sin contenido la exigencia legal al requerirse la habitualidad dependiendo del tipo de trabajo desarrollado. Para que la embriaguez o toxicomanía pueda ser causa justa de despido, deben cumplirse los dos requisitos exigidos por la ley: habitualidad y repercusión negativa en el trabajo²⁰²⁸. El hecho de que el trabajador se presente en estado de embriaguez o embriagarse durante su jornada, de forma esporádica, no cumple con el requisito de la habitualidad exigido por el apartado f) del artículo 54.2 ET²⁰²⁹: quizás por ello, cuando se trata de un hecho aislado, lo más adecuado sea que dicha conducta quede encuadrada en el apartado d) del citado precepto, como una forma de transgresión de la buena fe contractual²⁰³⁰, en cuanto que el trabajador *“faltó al deber de fidelidad con su empresario, ya que debía de acudir al trabajo, en perfectas condiciones físicas y psíquicas de realizarlo, lo contrario supone quebrantar el deber laboral básico recogido en el artículo 5.a) ET”*²⁰³¹.

²⁰²⁴ STSJ Aragón 17 de junio de 2002 [AS 1998, 2622].

²⁰²⁵ STSJ Asturias 3 de octubre de 2017 [JUR 2017, 256841].

²⁰²⁶ RODRÍGUEZ RAMOS, M^a. J.: “Embriaguez habitual o toxicomanía”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al.*: *El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., pp. 141 y 142.

²⁰²⁷ STSJ Cataluña 16 de abril de 2002 [AS 2002, 1988].

²⁰²⁸ STSJ Baleares 12 de noviembre de 2012 [JUR 2013, 7033].

²⁰²⁹ STSJ Baleares 4 de marzo de 2016 [JUR 2016, 108410].

²⁰³⁰ NORES TORRES, L. E.: “La embriaguez y la toxicomanía como causas de despido disciplinario”, en *Revista española de drogodependencias*, núm. 3 y 4, 2004, p. 281.

²⁰³¹ STSJ Cataluña 5 de marzo de 1992 [AS 1992, 1680].

En la negociación colectiva, la exigencia legal de habitualidad de la embriaguez implica que aunque el convenio colectivo juzgue como falta muy grave susceptible de ser sancionada con despido la simple embriaguez, no cabría estimarla si no se diera aquella nota característica de habitualidad. Cuando existe una expresa tipificación de faltas y sanciones en el convenio colectivo, la calificación de las sanciones –incluido el despido– ha de atenerse a la misma, salvo que se estableciesen normas punitivas más desfavorables que las que resultarían de la aplicación del artículo 54 ET²⁰³². De este modo, resultaría que una simple embriaguez no podría ser sancionada con despido disciplinario en ninguno de los casos. Sin embargo, la jurisprudencia ha puesto de relieve cómo –en algunos casos– se ha apaciguado el requisito de la habitualidad con objeto de considerar este incumplimiento como una situación de peligro potencial que acompaña a la actividad del trabajador embriagado, de modo que los estados de embriaguez y toxicomanía van a operar con más severidad para determinadas profesiones –verbigracia, en el transporte público–²⁰³³. La postura se ha generalizado, pues la razón última que justifica el que la embriaguez y la toxicomanía se configuren como causas de despido es la repercusión negativa que tales situaciones tienen sobre la específica y concreta actividad laboral que se desempeña, siendo así que, en determinadas situaciones, lo que se reprocha al trabajador es el propio quebranto que la actuación negligente ocasiona en la confianza depositada en él por el empresario²⁰³⁴. En definitiva, en los supuestos de actividad productiva peligrosa en función de tipo de actividad realizada²⁰³⁵, las normas sectoriales pueden prever la existencia de falta muy grave la simple embriaguez, sin exigencia de requerir su habitualidad en la medida en que se constate que tal embriaguez damnifica como riesgo patente a la prevención de accidentes²⁰³⁶.

Encontramos otras ocasiones en la que no se cuestiona la codificación del convenio colectivo que considera falta extremadamente grave sancionable con despido la simple embriaguez dado el contacto directo con el público que la actividad del trabajador exige²⁰³⁷: *“el presupuesto fáctico de la sanción de despido se encuentra expresamente regulado en los artículos 39 y 40 del acuerdo laboral de ámbito estatal para el sector de la hostelería, donde la situación de embriaguez tiene un tratamiento más estricto dado el necesario contacto directo con el público”*²⁰³⁸. O bien existen ocasiones en las que una aislada situación de embriaguez se considera causa justa de despido, pero no por la vía del artículo 54.2.f) ET sino por reconducirla a otros supuestos de este mismo precepto, específicamente, el relativo a la transgresión de la buena fe contractual. Ocurre en casos en los que el trabajador ha exhibido un grado peligroso de riesgo o cuando el embriagado se encuentra en estrecho contacto con los clientes: *“no concurre la nota de habitualidad”* siendo *“posible la subsunción de la conducta desplegada en el supuesto de hecho contemplado en el artículo 54.2.d) ET, como constitutiva de transgresión de la buena fe contractual, y justificativa del despido*

²⁰³² STSJ Cantabria 17 de junio de 2004 [AS 2004, 1903].

²⁰³³ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 959.

²⁰³⁴ STSJ Castilla-La Mancha 20 de enero de 2004 [AS 2004, 67].

²⁰³⁵ STSJ Castilla-La Mancha 24 de febrero de 2012 [JUR 2012, 87557] y STSJ Comunidad Valenciana 5 de julio de 2012 [JUR 2011, 338906].

²⁰³⁶ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 49.

²⁰³⁷ ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al: Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 269.

²⁰³⁸ STSJ Comunidad Valenciana 14 de septiembre de 2004 [AS 2004, 3482].

*acordado*²⁰³⁹. No obstante, algunos tribunales son reticentes a admitir la situación de riesgo o peligro y, por ende, la posibilidad de despedir al trabajador: ocurre en el catálogo de faltas laborales de un determinado convenio colectivo que “*contempla como falta meramente grave, y no muy grave, la embriaguez no habitual cuando constituya un perjuicio o peligro en el nivel de protección de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo. Guste o no, los interlocutores sociales que pactaron ese texto rebajaron al nivel de falta grave, no susceptible de ser sancionada con despido, la conducta consistente en embriaguez generadora de riesgo*”, de tal forma que la empresa “*solamente podría imponer al trabajador una suspensión de empleo y sueldo*” aunque el hecho constitutivo de sanción fuera “*la conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas del vehículo de la empresa, poniendo en riesgo la vida e integridad física propia y la de los pasajeros*”²⁰⁴⁰.

En suma, los convenios colectivos contemplan dentro del régimen sancionador de la empresa, la embriaguez habitual o toxicomanía, bien como faltas graves –no sancionables con el despido– o como faltas muy graves –con posibilidad de sancionarse con despido–. Como regla general, los convenios colectivos suelen ratificar lo establecido en el ET, o en su defecto, no establecer nada sobre esta causa justa de despido –siendo de aplicación el apartado f) del artículo 54.2 ET–. Pero existen supuestos en donde las exigencias preceptuadas en el convenio van más allá de las establecidas en la ley: en estos casos, es doctrina jurisprudencial consolidada la que establece que el artículo 54.2.f) ET es un mínimo de derecho necesario, sin que sea posible que el convenio colectivo requiera mayores exigencias, pues estaría contraviniendo a la propia Constitución Española –artículo 9.3–²⁰⁴¹. Sin embargo, existen determinados casos en los que la jurisprudencia ha considerado lícita la regulación convencional en base a la singularidad y especialidad de determinados sectores: “*nadie puede dudar de la mayor trascendencia que existe entre una embriaguez en un conductor de un vehículo, camión, autobús*” que la misma situación en un “*vendedor, oficial administrativo*” o similares puestos de trabajo, siendo éste el motivo por el que “*los convenios colectivos que regulan los distintos sectores de trabajo productivo en su concreta especificidad*” deban “*adecuar las faltas y sanciones a la concreta realización de la prestación laboral*”²⁰⁴².

Conforme al anterior razonamiento, “*el convenio colectivo del sector de la seguridad privada*” establece como falta muy grave “*la embriaguez probada, vistiendo uniforme*”. Tal especificidad del convenio colectivo no contradice ni agrava el genérico incumplimiento del artículo 54.2 ET, “*en cuanto que éste regula la embriaguez habitual, cuestión distinta de la regulada en el convenio colectivo*”. Es evidente que la actuación del trabajador “*acudiendo vestido con el correspondiente uniforme a su puesto de trabajo en estado de embriaguez*”, es perfectamente subsumible en el dictado del convenio colectivo y, por lo tanto, el empleado “*es responsable de haber cometido una falta muy grave*” que se divide “*en tres apartados, correspondiendo al empresario*

²⁰³⁹ STSJ Castilla-La Mancha 20 de enero de 2004 [AS 2004, 67].

²⁰⁴⁰ STSJ Cantabria 17 de junio de 2004 [AS 2004, 1903].

²⁰⁴¹ Auto TS 13 de octubre de 2009 [JUR 2009, 467646]. En el mismo sentido, STSJ Madrid 27 de enero de 1998 [AS 1998, 259].

²⁰⁴² STSJ Cataluña 21 de marzo de 2000 [AS 2000, 5537].

*el derecho de elección a imponer cualquiera de ellas, habiendo elegido la de la letra c)” referida al “despido” aplicándose correctamente la “normativa convencional”*²⁰⁴³.

6.3 La repercusión negativa en el trabajo

La repercusión negativa en el trabajo es elemento decisivo de esta causa justa de despido, pues ni la embriaguez habitual, ni la toxicomanía del trabajador, son conductas que, por sí mismas, justifiquen el despido. Se trata de un requisito exigido por la vigente regulación –tanto en relación a la embriaguez como a la toxicomanía– que, sin embargo, no era exigido ni en la Ley de 6 de noviembre de 1941 por la que se modificaba el artículo 89 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931, ni la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, ni en la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, requiriéndose sólo que la embriaguez fuera habitual y presuponiéndose que la conducta de un trabajador que desempeñaba sus ocupaciones en estado de embriaguez automáticamente repercutía de forma negativa en el trabajo. Respecto a la toxicomanía, los textos anteriores no planteaban esta cuestión por ser una causa posterior de despido disciplinario.

El artículo 54.2.f) ET se refiere a las causas de despido disciplinario como incumplimientos contractuales siempre que repercutan negativamente en el trabajo, consecuencia que se ha considerado como el fundamento último para que la embriaguez o toxicomanía se constituyan en justa causa de despido. Puede darse la casualidad de que la embriaguez, aún siendo habitual, no repercuta negativamente en el trabajo, por lo que no supondría causa justa de despido disciplinario. Por el contrario, puede darse la circunstancia de una embriaguez no habitual cuyas repercusiones en el trabajo sean tan negativas que justifique el despido en base a esta causa. En efecto, deducimos que la repercusión negativa en el trabajo es el elemento fundamental para determinar si existe o no justa causa de despido. Aunque eso sí, en términos generales, ambos requisitos deberán ser exigidos²⁰⁴⁴.

La influencia negativa del consumo de drogas o estupefacientes sobre la actividad de trabajo ha de ser real, no meramente hipotética, y materializarse de algún modo en perjuicio de la calidad del servicio que presta el trabajador o bien afectar al nivel de su rendimiento, siendo la repercusión negativa, elemento normativo imprescindible que supone, en definitiva, una prestación laboral deficiente y que entraña –más que el consumo de alcohol o de sustancias psicotrópicas en sí– la auténtica razón que faculta a resolver la relación de trabajo. En este sentido, se declara el despido disciplinario improcedente, aun cuando se demuestra que el trabajador “*se hallaba en el patio de carrillos del aeropuerto fumando cannabis en horario laboral*”, cuando no queda probado que “*ese comportamiento tuviera incidencia alguna en el desempeño de las tareas que realizaba en esa fecha. Tal circunstancia, manifestada en algún error, torpeza o mala práctica en la ejecución del trabajo, ni se le imputa ni, menos, aparece acreditada*”²⁰⁴⁵.

²⁰⁴³ STSJ Cataluña 21 de marzo de 2000 [AS 2000, 5537].

²⁰⁴⁴ RODRÍGUEZ RAMOS, M^a. J.: “Embriaguez habitual o toxicomanía”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al.*: *El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 143.

²⁰⁴⁵ STSJ Baleares 22 de mayo de 2006 [AS 2006, 1941].

La repercusión negativa en el trabajo, normalmente, estará acompañada de disminución del rendimiento²⁰⁴⁶, aumento de la siniestralidad²⁰⁴⁷ o peligro para la salud o seguridad de terceros²⁰⁴⁸. Es más, puede incluirse el hecho de que ni el empresario, ni los compañeros de trabajo, tienen obligación alguna de soportar el estado de embriaguez o drogadicción de otro trabajador²⁰⁴⁹: la repercusión negativa de la embriaguez habitual o toxicomanía del empleado puede exteriorizarse a través de las quejas que su conducta pueda provocar entre los propios compañeros²⁰⁵⁰. Reivindicaciones que pueden derivar no solo del bajo rendimiento del trabajador sino del peligro que puede suponer trabajar junto a él –probabilidad de aumentar el número de accidentes o lesiones para sí o para terceros²⁰⁵¹– lo que genera malestar en la convivencia laboral²⁰⁵².

Otro factor importante para la repercusión negativa en el trabajo es el referido a la “*imagen de la empresa*” o su “*buen nombre*”, sin que pueda invocarse su protección en abstracto²⁰⁵³, pues de ese modo se podría fácilmente castigar la embriaguez del trabajador fuera del trabajo y en su tiempo libre. Lógicamente, todo dependerá del tipo de trabajo desarrollado porque existen supuestos en los que claramente la conducta privada del trabajador puede causar graves perjuicios a la imagen de la empresa y en los que, por tanto, está justificada la alegación del buen nombre o prestigio de aquella como modo de manifestación de la repercusión negativa de la embriaguez o toxicomanía en el trabajo. En cualquier caso, queda también justificada la invocación del buen nombre o prestigio de la empresa cuando nos encontramos ante trabajadores de las llamadas “*empresas ideológicas*” que están obligados –en su vida privada– a seguir un determinado patrón o comportamiento en función de la ideología de la empresa para la que prestan sus servicios –“*piénsese, por ejemplo, en el trabajador de una liga antialcohol que en sus ratos libres se embriaga*”–²⁰⁵⁴. También existe deterioro de la imagen de la empresa cuando la conducta observada “*manifiesta incumplimiento contractual, grave y culpable, pues no de otro modo puede ser calificada su actuación, realizada durante el vuelo, olvidando sus más elementales deberes con respecto a la empleadora, a la que perjudicó en su prestigio, así como con relación a los viajeros, a los que no proporcionó las atenciones obligadas, todo ello en circunstancias que exigen rigor máximo, por las implicaciones que tienen en un servicio de vuelo trasatlántico, en el que cualquier desvío puede afectar a su seguridad*”²⁰⁵⁵.

Otro supuesto es el de las empresas de servicios en donde el empleado tiene relación directa con los clientes²⁰⁵⁶: la repercusión negativa del estado de embriaguez o toxicomanía por parte del trabajador puede derivar en pérdida de clientela²⁰⁵⁷ o en un trato incorrecto hacia ellos²⁰⁵⁸. En estos casos, las quejas y reclamaciones de los clientes sobre el estado del trabajador son decisivas para que el despido sea declarado

²⁰⁴⁶ STSJ Canarias/Tenerife 28 de abril de 2005 [JUR 2005, 128937].

²⁰⁴⁷ STSJ Murcia 9 de febrero de 2004 [JUR 2004, 92206].

²⁰⁴⁸ STSJ Comunidad Valenciana 10 de mayo de 2000 [JUR 2000, 292646].

²⁰⁴⁹ STSJ Comunidad Valenciana 17 de noviembre de 1999 [AS 1999, 7489].

²⁰⁵⁰ STSJ Galicia 8 de noviembre de 2013 [AS 2014, 100].

²⁰⁵¹ STSJ Murcia 9 de febrero de 2004 [JUR 2004, 92206].

²⁰⁵² AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, cit., p. 236.

²⁰⁵³ STSJ Andalucía/Granada 6 de julio de 2011 [JUR 2011, 331357].

²⁰⁵⁴ STSJ Andalucía/Málaga 9 de junio de 2000 [AS 2000, 3501].

²⁰⁵⁵ STS 26 de octubre de 1989 [RJ 1989, 7443].

²⁰⁵⁶ STSJ Murcia 18 de mayo de 1992 [AS 1992, 2416].

²⁰⁵⁷ STSJ Andalucía/Málaga 9 de junio de 2000 [AS 2000, 3501].

²⁰⁵⁸ STSJ Asturias 3 de octubre de 2017 [JUR 2017, 256841].

procedente²⁰⁵⁹. No obstante, es normal que la repercusión negativa en el trabajo se reconduzca a la vulneración del deber de disciplina en la empresa con independencia del grado de repercusión que haya podido existir sobre el rendimiento: “*la embriaguez habitual o toxicomanía debe repercutir negativamente en el trabajo, repercusión que en muchos casos se manifiesta a través de una disminución del rendimiento. Sin embargo, en cuanto a la naturaleza jurídica de este incumplimiento contractual lo más correcto es considerar vulnerado el deber de disciplina, ya que aunque esta falta puede implicar un defecto en la prestación de trabajo, y por tanto una infracción del deber de diligencia, en función de los efectos que la embriaguez o toxicomanía provocan en la empresa, el fundamento de la misma debe ser más genérico y sea cual sea el modo en que se manifieste la repercusión negativa en el trabajo si ésta se produce, en todo caso implicará una inobservancia de las reglas que garantizan la normalidad en la actividad laboral, es decir, una conducta indisciplinada*”²⁰⁶⁰.

Cuestión importante es la referida a si la causa del apartado f) del artículo 54.2 ET –embriaguez habitual o toxicomanía– ha de producirse en el lugar de trabajo y durante el tiempo de trabajo. En este sentido, el catálogo de supuestos y las consecuencias que pueden derivarse del mismo son muy variados: que suceda en el lugar de trabajo y dentro de la jornada laboral o que ocurra fuera del lugar de trabajo y de la jornada laboral. En cualquier caso, habrá que estarse al tipo de trabajo que desarrolla el empleado: en función de la actividad ejercida podrá el empleador controlar dicha actuación y sancionarla con el despido –verbigracia, deportista profesional en relación a las repercusiones en la imagen del club o entidad deportiva–; o que se produzca fuera del lugar de trabajo pero en horas de trabajo –por ejemplo, desplazamiento por acto de servicio–; o que se produzca en el lugar de trabajo pero fuera de las horas de trabajo al encontrarse el empleado en el centro de trabajo por motivos ajenos a la prestación de servicio.

Todas las circunstancias anteriores han de ser tenidas en cuenta siendo indiferente el grado de alcoholemia del trabajador²⁰⁶¹, pues si el empleado consumiera alcohol fuera de las horas de trabajo y centro de trabajo, nos encontraríamos ante una actuación dentro del ámbito privado, debiéndose proteger la intimidad del trabajador. Los poderes de dirección y sanción del empresario no pueden ni deben vigilar la conducta extralaboral del empleado, a excepción de una serie de supuestos en los que tales poderes pueden ejercitarse más allá del ámbito de la empresa y de la jornada laboral. La regla general es que si la embriaguez habitual o toxicomanía del trabajador se produce fuera del horario de trabajo y del centro de trabajo no podrá ser controlada por el empresario ni por sus poderes de dirección²⁰⁶².

Pero hay que recordar que el incumplimiento contractual del trabajador no es la embriaguez habitual o toxicomanía en el ambiente privado del trabajador sino su trascendencia negativa en su ocupación laboral. Por tanto, la exigencia de consecuencias negativas en el trabajo no implica que tal embriaguez o toxicomanía haya de constituirse dentro del horario de trabajo; puede ocurrir fuera del mismo pero con

²⁰⁵⁹ RODRÍGUEZ RAMOS, M^a. J.: “Embriaguez habitual o toxicomanía”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) et al: *El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 144.

²⁰⁶⁰ STSJ Asturias 9 de julio de 2004 [AS 2004, 2539].

²⁰⁶¹ STSJ Canarias/Tenerife 4 de octubre de 2001 [AS 2001, 4644].

²⁰⁶² RODRÍGUEZ RAMOS, M^a. J.: “Embriaguez habitual o toxicomanía”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) et al: *El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 145.

repercusiones negativas en el trabajo por los efectos que puedan derivarse de tales hábitos²⁰⁶³: la causa de despido contenida en el artículo 54.2.f) ET, “*es aplicable a supuestos de embriaguez habitual o toxicomanía que tienen lugar no sólo dentro del horario de trabajo, sino también fuera del mismo, pero con repercusiones en éste por secuelas que puedan derivarse de aquel hábito, de manera que este requisito juega como límite a interpretaciones excesivamente amplias que pudieran hacerse de este precepto*”²⁰⁶⁴. Si fuera de los horarios de trabajo estas prácticas no fuesen asiduas y no tuviesen efectos sobre su jornada laboral o la prestación de sus servicios, no tendría fundamento alguno para ser causa extintiva: no se estaría repercutiendo negativamente en sus compromisos²⁰⁶⁵. Además, el incumplimiento contractual ha de ser grave, no bastando cualquier repercusión negativa en el trabajo. Se requiere que posea cierta trascendencia: “*lo esencial es que se trate de consecuencias de cierta entidad, gravedad o persistencia*”²⁰⁶⁶.

6.4 Valoración de la gravedad y culpabilidad

Para que la conducta del apartado f) del artículo 54.2 ET adquiriera la relevancia pertinente –valoración de la gravedad– con la que constituir causa justa de despido deben reunirse dos requisitos: habitualidad y repercusión negativa en el trabajo. Requisitos –ambos– que deberán ser probados por el empleador al recaer la carga probatoria sobre él.

La habitualidad debe ir conectada a la embriaguez. Esta habitualidad podemos localizarla en los comportamientos de los trabajadores ebrios que reiteran su conducta durante un determinado período de tiempo continuado. Los tribunales se refieren a los términos de “*persistencia con intervalos normales más o menos regulares*”²⁰⁶⁷; en consonancia, podemos relacionar la habitualidad cuando por espacios de varios años, “*en numerosas ocasiones, casi diarias*”, el empleado acudía a trabajar “*habiendo ingerido bebidas alcohólicas, lo que era apreciado por sus compañeros, y a lo largo de la jornada bebía vino de botellas que había en la nevera del centro de trabajo, quedando en estado de embriaguez*”²⁰⁶⁸; o cuando en una relación laboral por un período de tiempo de tres meses se ha descubierto al trabajador en tres ocasiones en situación de embriaguez²⁰⁶⁹. Por el contrario, no puede hablarse del requisito de habitualidad cuando nos encontramos ante “*dos episodios de embriaguez en un período de once meses y otro más de un año y medio antes*”²⁰⁷⁰. En el caso de trabajadores que sufren de alcoholismo, la habitualidad debe también ir referida a episodios de embriaguez, por lo que si un trabajador alcohólico expuesto a tratamiento, aparece embriagado en escasas ocasiones en un largo período de tiempo, no existe la habitualidad²⁰⁷¹. En suma, la habitualidad en trabajadores alcohólicos debe también ir

²⁰⁶³ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al*: *Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 961.

²⁰⁶⁴ STSJ Asturias 9 de julio de 2004 [AS 2004, 2539].

²⁰⁶⁵ TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.: “El despido disciplinario”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al*: *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 71.

²⁰⁶⁶ STSJ Cantabria 17 de junio de 2004 [AS 2004, 1903].

²⁰⁶⁷ STSJ Madrid 10 de abril de 2003 [AS 2003, 3086].

²⁰⁶⁸ STSJ Aragón 12 de marzo de 2001 [JUR 2001, 151966].

²⁰⁶⁹ STSJ Comunidad Valenciana 27 de julio de 2001 [JUR 2001, 57815].

²⁰⁷⁰ STSJ Extremadura 9 de abril de 2002 [AS 2002, 2152].

²⁰⁷¹ STSJ Madrid 27 de diciembre de 2002 [AS 2003, 1756].

referida a incidentes de embriaguez que podríamos denominar como manifestaciones agudas del alcoholismo²⁰⁷².

En el caso de la toxicomanía, el reproche de gravedad se localiza en el consumo habitual de drogas más que en episodios habituales de pérdida de control o deterioro de ciertas facultades. Los tribunales consideran que la pérdida o deterioro de facultades se produce automáticamente una vez consumida la droga. Fumar tres cigarrillos de marihuana en el trabajo en un espacio de poco más de un mes de contrato “*revela un hábito*”²⁰⁷³, así como que ser toxicómano “*podría ser interpretado flexiblemente en el sentido de consumidor más o menos habitual de hachís*”²⁰⁷⁴. No dándose estas circunstancias compete probar al empresario tanto la habitualidad como la transcendencia negativa en el trabajo. En definitiva, la esencia de la cuestión de esta causa justa de despido pivota en la repercusión negativa del empleado en el trabajo hasta el punto de que la habitualidad puede ser aminorada o aumentada.

La repercusión negativa incrementa su trascendencia en circunstancias en las que se considera muy grave la embriaguez o toxicomanía aunque se produzca una sola vez en la vida laboral del trabajador: ocurre cuando nos encontramos ante un conductor de transporte público que conduce embriagado²⁰⁷⁵, o conductores de trenes o metro²⁰⁷⁶, o con vigilantes de seguridad armados²⁰⁷⁷ o incluso con el jefe de sala de un establecimiento de hostelería abierto al público²⁰⁷⁸. Esto no es óbice para que, si en el caso de que el despido disciplinario no pudiera justificarse por el apartado f) del artículo 54.2 ET, pueda fundamentarse en otro de los apartados de este mismo precepto²⁰⁷⁹.

La repercusión negativa en el trabajo es una prueba que resulta fácil de demostrar por el empresario, sobre todo, cuando las situaciones de embriaguez sobrevienen durante la jornada laboral del trabajador. Las siguientes sentencias consideran que existe repercusión negativa en el trabajo: quejas de clientes respecto del olor o actitud del trabajador²⁰⁸⁰; generar conflictos con compañeros²⁰⁸¹; daños en elementos materiales de la empresa²⁰⁸²; desajustes en el horario y de conducta de trabajo²⁰⁸³; riesgos para la seguridad en caso de permitirse al trabajador embriagado desarrollar sus obligaciones²⁰⁸⁴; negligencia al no respetar reglas esenciales de su profesión o actividad²⁰⁸⁵; crear situaciones de riesgo para uno mismo²⁰⁸⁶; equivocación

²⁰⁷² GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 217.

²⁰⁷³ STSJ País Vasco 12 de diciembre de 2000 [AS 2001, 2974].

²⁰⁷⁴ STSJ Cataluña 27 de junio de 2003 [AS 2003, 2284].

²⁰⁷⁵ STSJ Cataluña 16 de abril de 2002 [AS 2002, 1988].

²⁰⁷⁶ STSJ Madrid 5 de julio de 1994 [AS 1994, 3136].

²⁰⁷⁷ STSJ Cataluña 21 de marzo de 2007 [AS 2000, 5537].

²⁰⁷⁸ STSJ Asturias 3 de octubre de 2017 [JUR 2017, 256841].

²⁰⁷⁹ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 218.

²⁰⁸⁰ STSJ Extremadura 9 de abril de 2002 [AS 2002, 2152].

²⁰⁸¹ STSJ País Vasco 12 de diciembre de 2000 [AS 2001, 2974].

²⁰⁸² STSJ Madrid 10 de enero de 2003 [AS 2003, 1464].

²⁰⁸³ STSJ Comunidad Valenciana 17 de noviembre de 1999 [AS 1999, 7486].

²⁰⁸⁴ STSJ Extremadura 27 de marzo de 1998 [AS 1998, 939] y STSJ Cantabria 17 de noviembre de 1993 [AS 1993, 4771].

²⁰⁸⁵ STSJ Extremadura 9 de abril de 2002 [AS 2002, 2152].

²⁰⁸⁶ STSJ País Vasco 12 de diciembre de 2000 [AS 2001, 2974].

en la prestación del servicio a realizar²⁰⁸⁷; o falta de rendimiento por emplear el tiempo de su jornada laboral en beber alcohol²⁰⁸⁸. Por el contrario, la flexibilidad empresarial hacia los trabajadores que consumen alcohol o drogas durante su jornada laboral es indicio de que tales acciones no afectan a la repercusión negativa en el trabajo: en supuestos de tolerancia empresarial se ha considerado improcedente el despido del trabajador por embriaguez o por consumo de drogas sin una previa advertencia o indicación cuando existía dicha tolerancia²⁰⁸⁹. En sentido opuesto, localizamos determinadas actividades en las que la repercusión negativa se presume automáticamente. Nos referimos a casos en los que se trabaja de cara al cliente con un contacto directo y estrecho²⁰⁹⁰ –verbigracia, camareros o conductores–. En caso de situaciones de embriaguez y toxicomanía fuera de la empresa y sin afectar a la jornada laboral, la doctrina de la repercusión negativa se torna mucho más precisa y exigente²⁰⁹¹. Ello se debe a que en estas situaciones se penetra en el espacio de la vida privada del empleado, por lo que sólo podría acreditarse el despido ante repercusiones indiscutibles e incuestionables de la conducta extralaboral del trabajador²⁰⁹².

En la valoración de la culpabilidad por esta causa justa de despido –embriaguez habitual y toxicomanía– localizamos una dificultad añadida: si el incumplimiento deviene por una conducta patológica, desde una perspectiva jurídica, resultará bastante complicado imputar a un enfermo. Por patología se entiende aquello “*que denota enfermedad o que la implica*”²⁰⁹³. Enfermedad es la “*alteración más o menos grave de la salud*”²⁰⁹⁴. El alcohólico es aquel “*que padece alcoholismo*”²⁰⁹⁵. Y por alcoholismo se entiende a la “*enfermedad ocasionada por el abuso de bebidas alcohólicas, que puede ser aguda, como la embriaguez, o crónica*”²⁰⁹⁶.

Esto no quiere decir que todas las situaciones de embriaguez o consumo habitual de drogas sean una enfermedad. Al encontrarnos ante personas que sin padecer alcoholismo o toxicomanía deciden libremente consumir alcohol o drogas, las repercusiones laborales de esta decisión le son –indudablemente– imputables²⁰⁹⁷. Es más, también podría llegar a estimarse conducta culpable la del sujeto que sometido a tratamiento, incluso con cooperación empresarial, quiebra dicho tratamiento voluntariamente dejando de acudir a éste²⁰⁹⁸.

Si la embriaguez habitual o toxicomanía deviene de una enfermedad incapacitante –reiteramos que no en todos los casos es así– normativamente no podría

²⁰⁸⁷ STSJ Extremadura 9 de abril de 2002 [AS 2002, 2152] y STSJ País Vasco 12 de diciembre de 2000 [AS 2001, 2974].

²⁰⁸⁸ STSJ País Vasco 22 de abril de 2000 [AS 2000, 3284].

²⁰⁸⁹ STSJ Cataluña 16 de noviembre de 2009 [AS 2010, 416], STSJ Cataluña 27 de junio de 2003 [AS 2003, 2284] y STSJ Canarias/Tenerife 30 de diciembre de 1993 [AS 1993, 5233].

²⁰⁹⁰ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 219.

²⁰⁹¹ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: *La causalidad del despido disciplinario*, cit., p. 228.

²⁰⁹² STSJ Comunidad Valenciana 27 de junio de 2001 [JUR 2001, 57815] y STSJ Andalucía/Málaga 9 de junio de 2000 [JUR 2001, 151966].

²⁰⁹³ Según diccionario de la Real Academia Española (RAE).

²⁰⁹⁴ Según diccionario de la Real Academia Española (RAE).

²⁰⁹⁵ Según diccionario de la Real Academia Española (RAE).

²⁰⁹⁶ Según diccionario de la Real Academia Española (RAE).

²⁰⁹⁷ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 220.

²⁰⁹⁸ STSJ Aragón 12 de marzo de 2001 [JUR 2001, 151966].

ser sancionada con despido disciplinario del apartado f), ya que, para la operatividad de las causas del artículo 54.2 ET, se exige una conducta auténticamente culpable. Si la embriaguez o el consumo de drogas no es patológico lo que se sanciona es la repercusión negativa en el trabajo, que además, puede reconducirse a otro de los apartados de este mismo artículo; por el contrario, si la embriaguez o el consumo de drogas trae causa de una patología, sus repercusiones negativas en el trabajo resultan no culpables –teóricamente y de acuerdo con el texto normativa y las definiciones de la Real Academia Española–. La embriaguez habitual o toxicomanía, cuando constituyen una enfermedad del empleado, debe ser detectada en los reconocimientos médicos, tanto previos como periódicos, que el empleador se encuentra obligado a realizar en el marco de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales –artículo 22–. Esta vigilancia de salud del empresario pone de manifiesto que, en aquellos supuestos en donde se localiza el alcoholismo o la toxicomanía como enfermedad²⁰⁹⁹, se ha de solicitar la baja del trabajador hasta su curación²¹⁰⁰.

Pero la realidad que asienten los tribunales judiciales en sus sentencias es otra totalmente diferente a la citada teoría: los jueces suelen resolver judicialmente estas causas de despido fundamentando que es ajeno “*a la norma legal como a la jurisprudencia, el origen patológico o no, de la conducta sancionable*”²¹⁰¹. Los tribunales fundamentan y defienden la citada doctrina –y quizás con razón y justificación suficiente– a través de la observancia de la empresa en términos meramente económicos. La situación de esta realidad jurídica puede recapitularse con el siguiente extracto de sentencia: la trabajadora “*padece toxicomanía de carácter etílico que le produce trastornos del carácter y conducta y una hepatología que está en tratamiento*”, triste situación “*que no permanece en la esfera privada de quien la sufre*”, sino que “*repercute de forma negativa en el trabajo*”. Es por ello que “*en numerosas ocasiones ha llegado tarde al trabajo, con las consecuentes amonestaciones*”, ha tenido “*en varias ocasiones desarreglos de conducta en el horario de trabajo*”, y “*en los últimos tres años ha estado de baja un número llamativo de días, si bien esto por sí sólo y a la vista del listado de enfermedades que hace constar la inspección, no implica sin más una consecuencia de la embriaguez*”. En resumen, ninguna duda ofrece la existencia del incumplimiento grave y culpable de la trabajadora a que se refiere el artículo 54.1 ET, por causa de embriaguez habitual o toxicomanía, “*que repercute negativamente en el trabajo, generando con ello una situación que no tiene por qué soportar el empresario ni el resto de compañeros de la trabajadora*”²¹⁰². Más recientemente se ha establecido que “*aun cuando es evidente que el alcoholismo es una enfermedad que incluso puede llegar a inhabilitar para ejercer una actividad laboral, también lo es que toda persona debe saber, en tanto no tenga alterada su capacidad de raciocinio, que no puede acudir a su puesto de trabajo en estado de embriaguez, más aun si la actividad que debe realizar es potencialmente peligrosa para su propia seguridad o para la de sus compañeros*”²¹⁰³.

Más detalladamente, sobre la toxicomanía, al igual que el alcoholismo, la jurisprudencia no recoge que sea una enfermedad con la que no pueda despedirse

²⁰⁹⁹ STSJ País Vasco 2 de febrero de 2016 [JUR 2016, 82369].

²¹⁰⁰ RODRÍGUEZ RAMOS, M^a. J.: “Embriaguez habitual o toxicomanía”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) et al: *El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 140.

²¹⁰¹ STSJ Aragón 12 de marzo de 2001 [JUR 2001, 151966].

²¹⁰² STSJ Comunidad Valenciana 17 de noviembre de 1999 [AS 1999, 7486].

²¹⁰³ STSJ Comunidad Valenciana 5 de julio de 2011 [JUR 2011, 338906].

disciplinariamente al trabajador, ya que *“la trabajadora pudo adoptar cualquier decisión para propiciar la desaparición de su adicción”*, drogodependencia que ya ha sido *“sancionada con suspensión de empleo y sueldo varias veces, con anterioridad a la drástica sanción de despido, que si puede comportar lamentable situación para ella evita, en cambio, las negativas consecuencias que pueda producir”* en el trabajo. Es evidente que *“el supuesto es incardinable en lo previsto en el artículo 54.2.f) ET y no en el de su artículo 52.a) que se refiere a ineptitud para el trabajo”*, ya que, aun cuando la ineptitud existe, ésta *“es resultado de la toxicomanía que repercute gravemente en el desempeño de su tarea y le es imputable”*, sin que *“haya pretendido por vía adecuada rectificación fáctica, y siendo evidente que la drogodependencia se refiere a momentos anteriores al despido”* no se ha acreditado que *“esté curada de su afección ni pueda presumirse su curación”*²¹⁰⁴.

Es evidente que la línea jurisprudencial seguida por los tribunales consiste en no valorar los factores subjetivos patológicos de esta causa disciplinaria contradiciendo la consideración de la embriaguez o toxicomanía como atenuante de muchas otras causas justas de despido: en efecto, su justifica la culpabilidad del trabajador en la quiebra voluntaria del interés para superar la patología²¹⁰⁵.

7. El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa

El artículo 54.2.g) ET considera incumplimiento contractual del trabajador a efectos de su despido, *“el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa”*.

7.1 Concepto y fundamento

Esta causa justa de despido disciplinario fue introducida –innecesariamente– por el artículo 37.5 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Que el legislador haya decidido introducir esta causa en el ordenamiento jurídico se argumenta en la aplicación de igualdad de trato y no por la discriminación en el trabajo. A su vez, este apartado trata de transponer a nuestro ordenamiento jurídico dos directivas comunitarias: Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000 y la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000.

De entrada, la Directiva 2000/78/CE del Consejo relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, establece en su artículo 2.3 que *“el acoso constituirá discriminación a efectos de lo dispuesto en el apartado 1 cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con alguno de los motivos indicados en el artículo 1 que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. A este respecto, podrá definirse el concepto de acoso de conformidad con las normativas y prácticas nacionales de cada Estado miembro”*. De otro lado, la Directiva 2000/43/CE del Consejo relativa a la aplicación

²¹⁰⁴ STS 3 de noviembre de 1988 [RJ 1988, 510].

²¹⁰⁵ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: *La causalidad del despido disciplinario*, cit., p. 230.

del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, establece una norma similar a la que acabamos de mencionar, con la diferencia de que las causas que motivan esta situación de acoso no son cualquiera de las generales de discriminación sino el origen racial o étnico²¹⁰⁶.

Pero el artículo 54.2 ET no ha sido la única novedad en materia de acoso. También ha sido alterado el artículo 4.2.e) ET en materia de derechos laborales. En concreto, este precepto estima que el trabajador tiene derecho *“al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo”*. También se modificó el hoy inexistente apartado 13.bis del artículo 8 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Este precepto establecía que se consideraba infracción de carácter muy grave, *“el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual y el acoso por razón de sexo, 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”*. Para terminar con el análisis de este conjunto normativo, acudir al artículo 28.1.d) de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que con carácter general define al acoso como la *“conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona”*, y que atenta contra la dignidad, creando un entorno intimidatorio, hostil, humillante u ofensivo.

Del análisis de esta letra g) es conveniente que resaltemos su innecesidad y deficiencia. Es innecesaria porque no añade nada desconocido al artículo 54.2 ET: la conducta que describe este apartado bien podría reconducirse e incluirse sin problemas interpretativos en las ofensas verbales o físicas –apartado b)– o en la transgresión de la buena fe –apartado d)–. Es deficiente al ser este apartado jurídicamente imperfecto por no haberse introducido todo aquello que se debiera. Aunque la letra g) de este artículo tipifique tan sólo el acoso por las razones que allí se enuncian y el acoso a las personas que allí se mencionan, es obvio que todo acoso producido en el ámbito laboral y realizado por un trabajador es causa justa de despido, aunque el sujeto pasivo no sea estrictamente el empresario o las personas que trabajan en la empresa. El acoso u hostigamiento que se tipifica con este apartado g) es el acoso basado en el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual²¹⁰⁷. Si se pretendía acertar más, quizás hubiera sido recomendable introducir alguna añadidura que dispusiera: *“y cualquier otro tipo de acoso no expresado en este precepto”*; y no haber mencionado explícitamente a los sujetos pasivos a los que se le puede acosar. ¿Qué ocurre si se acosa a un cliente, usuario o familiar del trabajador o empresario? Que no tendría cabida en este precepto, aunque fácilmente sería

²¹⁰⁶ Literalmente, el artículo 2.3 de la Directiva 2000/43/CE, dispone lo siguiente: *“el acoso constituirá discriminación a efectos de lo dispuesto en el apartado 1 cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con el origen racial o étnico que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante, u ofensivo. A este respecto, podrá definirse el concepto de acoso de conformidad con las normativas y prácticas nacionales de cada Estado miembro”*.

²¹⁰⁷ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, cit., pp. 221 y 222.

reconducible a otro de los apartados del artículo 54.2 ET, de ahí que reiteremos la innecesariedad, imperfección e ineficiencia de esta causa. En definitiva, la interpretación de las variadas razones de acoso que contempla el precepto, no plantea problemas en la práctica, entre otros motivos, porque lo que no pueda incluirse en la letra g) del artículo 54.2 será amparada en otra causa del mismo precepto, por lo que a efectos prácticos se refiere, no varía para nada la introducción de este apartado porque el despido será igualmente declarado procedente.

El sujeto activo del acoso debe ser un trabajador de la empresa siendo potenciales sujetos pasivos el empresario o personas que trabajan en dicha empresa. Esta afirmación engloba no solo a los empleados propios de la empresa en cuestión sino también a los que presten servicios en la misma, sean trabajadores de una empresa contratista o trabajadores autónomos que desarrollen en la empresa sus labores. Conforme el elemento subjetivo, el acosador ha de ser un trabajador, por lo que en caso contrario –si fuera el empresario– no podría existir el despido disciplinario. Esto no simboliza que el empresario no pueda ser sujeto activo del acoso sino que a efectos de despido, el sujeto activo solo puede serlo el trabajador o empleado²¹⁰⁸. Lo importante del acoso es preguntarse quién puede ser el acosado. El acoso puede ser proyectado a otro trabajador –lo que se denomina como acoso horizontal o entre compañeros, aunque sean de otras empresas–. Sin embargo –y aunque el caso precitado sea el más frecuente– el acoso también puede ser proyectado en la figura del empresario –lo que se denomina como acoso vertical o ascendente²¹⁰⁹–. Es decir, de un inferior o subordinado –trabajador– a un superior –empresario–²¹¹⁰.

Lo que se pretende con esta causa justa de despido disciplinario es garantizar los derechos a la intimidad y dignidad del sujeto acosado, siendo garante de los mismos el propio empresario al producirse el acoso en el ámbito de las relaciones laborales. Los derechos individuales y particulares que reconoce nuestra Constitución –integridad física y moral del artículo 15 CE o de la intimidad personal y familiar, honor y propia imagen del artículo 18 CE, en relación al artículo 4.2.e) ET– son el exponente de una concepción de la persona con una esfera inviolable, que si en los ámbitos impersonales de la sociedad se preservan frente a toda agresión, son igualmente tutelables dentro de aquellos vínculos y relaciones que en los ámbitos propios de los roles sociales –como en el trabajo– se adoptan por las personas. La protección propia de ese elemento sustancial prohíbe cualquier invasión o agresión que se lleve a cabo contra la voluntad o sin el consentimiento de quien resulte afectado. Es por ello que el mismo empresario se convierte en “*garante de los derechos del trabajador frente a las posibles conculcaciones que por otros operarios puedan realizarse, quedando dentro de su esfera de responsabilidad la protección a los trabajadores tanto en esos ámbitos genéricos de seguridad e higiene en el trabajo, como en los personales que implican*”

²¹⁰⁸ MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: “La discriminación por razón de edad vinculada al momento de la jubilación del trabajador: la objetividad, la razonabilidad y el juicio de proporcionalidad”, en *La Ley Unión Europea*, núm. 58, 2018, *passim*. STJUE 28 de febrero de 2018, asunto *Hubertus John y Freie Hansestadt Bremen*, C-46/17 [TJCE 2018, 36].

²¹⁰⁹ Sobre esta cuestión, *vid.* MELLA MÉNDEZ, L.: “El acoso psicológico en el Derecho del Trabajo”, en *Tribuna Social*, núm. 145, 2003, p. 16.

²¹¹⁰ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Despido por acoso”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al.*: *El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 158.

*esas manifestaciones del ser humano que le caracterizan, como el sexo, su intimidad moral, de pensamiento o ideología*²¹¹¹.

Es evidente la obligación del empresario de responder disciplinariamente contra el trabajador que acosa. Pero es que, en supuestos de pasividad o indolencia del empresario, podría el trabajador acosado demandar por violación de los derechos fundamentales tanto al empresario pasivo por su omisión de actuación, como al acosador por su ejercicio activo de acoso²¹¹², doctrina acogida por los tribunales, que solo discuten sobre el orden jurisdiccional competente²¹¹³. Precisamente, que el empresario no pueda permanecer pasivo ante una conocida situación de acoso producida por trabajadores de la empresa también explica que la LO 3/2007, de 22 de marzo, haya recogido en el artículo 8.13.bis del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, el acoso “*por razón de sexo, 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*”. Téngase en cuenta que el precepto citado – artículo 8.13.bis– alude exclusivamente al acoso por razón de sexo y no al acoso sexual. Este último –acoso por razón sexual– se sigue considerando como infracción laboral muy grave en el artículo 8.13 del mismo texto normativo cuando se produce “*dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo de la misma*” y cuya comisión no depende del conocimiento empresarial de su producción, pues lo que se está sancionando es la culpa *in vigilando* del empresario²¹¹⁴. El acoso sexual puede tener también una conexión o vínculo constitucional con la prohibición de la discriminación en el trabajo por razón de sexo, presente siempre en el trasfondo, por afectar manifiestamente con mayor asiduidad y magnitud a la mujer que al hombre como consecuencia de circunstancias históricas de inferioridad, subordinación o debilidad de ellas en el mercado de trabajo y en el lugar de su prestación²¹¹⁵.

Introduciéndonos en conceptos legales, el apartado g) del artículo 54.2 ET considera incumplimiento contractual la conducta de acoso del trabajador al empresario o a personas que trabajan en la empresa. Las razones del acoso sancionable son producto acumulativo de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, y de la LO 3/2007, de 22 de marzo, que dan, a su vez, las diversas nociones de acoso en gran parte –no en todo– coincidentes. El concepto de acoso en nuestra normativa desciende directamente de la regulación comunitaria existiendo similitud casi total entre los textos legales nacionales y las directivas comunitarias analizadas²¹¹⁶.

— Conforme el artículo 28.1.d) de la Ley 62/2003, acoso es “*toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la*

²¹¹¹ STSJ País Vasco 13 de enero de 2004 [AS 2004, 3].

²¹¹² ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al*: *Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 272.

²¹¹³ STSJ Madrid 10 de noviembre de 2004 [AS 2004, 3889].

²¹¹⁴ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al*: *Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 965.

²¹¹⁵ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 52.

²¹¹⁶ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Despido por acoso”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al*: *El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 151.

discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo”.

- Conforme el artículo 7 de la LO 3/2007, acoso sexual es “*cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo*”, mientras que acoso por razón de sexo es “*cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo*”.

Cualquiera de los acosos definidos se consideran –en todo caso– discriminatorios. A la vista de tales definiciones una noción global de acoso a los efectos que ahora interesa podría ser la siguiente²¹¹⁷: es acoso toda conducta del trabajador relacionada con alguno de los motivos que enumera el artículo 54.2.g) ET, que tenga como finalidad o intención, atentar contra la dignidad o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo para el empresario o personas que trabajan en la empresa; comprendiendo, por tanto, y al menos por lo que al acoso sexual se refiere, lo que se denomina acoso ambiental²¹¹⁸, así como el acoso en sentido propio²¹¹⁹ o de intercambio²¹²⁰. De acuerdo con lo expuesto, el acoso de intercambio es el que se produce cuando “*el trabajador es requerido sexualmente, explícitamente o implícitamente, por el empresario o un superior jerárquico, con la promesa de experimentar una mejora, o la amenaza de sufrir un mal, en sus condiciones y expectativas laborales, en función de que acepte o no al requerimiento formulado*”. El acoso sexual ambiental “*se produce cuando el sujeto activo del acoso sexual crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para el trabajador, sin que tal contaminación del ambiente de trabajo conlleve una específica repercusión negativa en la permanencia en el trabajo o en las condiciones laborales*”²¹²¹. Lo sancionable es la conducta del trabajador dirigida a producir aquellos resultados aunque de hecho no se produzcan; conducta que además para reconducirse al artículo 54.2.g) ET debe estar relacionada con cualquiera de las razones que en dicho precepto se menciona²¹²². Una definición muy completa de acoso sexual se localiza en la Recomendación de la Comisión de las Comunidades Europeas de 27 de noviembre de 1991, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo. Según el citado texto, por acoso sexual se entiende “*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*” y que “*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*

²¹¹⁷ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 963.

²¹¹⁸ STC 224/1999, de 13 de diciembre [RTC 1999, 224] y STSJ Madrid 2 de febrero de 2017 [AS 2017, 243].

²¹¹⁹ STSJ Canarias/Las Palmas 2 de marzo de 2005 [AS 2005, 871].

²¹²⁰ STSJ Comunidad Valenciana 7 de abril de 2004 [AS 2004, 1796].

²¹²¹ STSJ Galicia 27 de enero de 2005 [AS 2005, 268] y STSJ Madrid 2 de febrero de 2017 [AS 2017, 243].

²¹²² ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al: Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 271.

*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; y de que dicha conducta puede ser, en determinadas circunstancias, contraria al principio de igualdad de trato, tal como se define en los artículos 3, 4 y 5 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo*²¹²³.

La regulación nacional adopta una configuración del acoso prácticamente similar a la de discriminación. Tanto el artículo 28 de la Ley 62/2003, como el apartado g) del artículo 54.2 ET y el artículo 8.13.bis del Real Decreto Legislativo 5/2000, establecen una enumeración de causas o motivos de acoso prácticamente semejante al listado de causas de discriminación. Haciendo una sencilla comparación entre los preceptos citados y la redacción de los artículos 4.2.c) y 17.1 ET –reguladores de la prohibición de discriminación– puede verificarse las importantes similitudes entre dichas normas. Si nos fijamos con detenimiento puede observarse como el ordenamiento español se apoya en las mismas causas que las dispuestas por el ordenamiento comunitario. Más aún, esas causas de acoso del ordenamiento comunitario también se configuran como las causas propias de la discriminación. Si el ordenamiento español añade a esos motivos otras causas se debe a que el legislador decide ampliar al ordenamiento nacional, las causas procedentes de la normativa comunitario que aun no se habían recogido en la normativa española, provocando, en ocasiones, reiteraciones innecesarias²¹²⁴.

7.2 Conductas constitutivas de acoso: conocimiento empresarial y ejercicio de poderes disciplinarios

El proceder acosador comprende toda conducta no deseada que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo²¹²⁵. De esta definición pueden exteriorizarse las siguientes determinaciones²¹²⁶: en primer lugar, el propio precepto legal –artículo 28 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social– reconoce que los procederes del acoso pueden ser bastante amplios, ya que, se considera acoso a “*toda conducta*” que genere un trato intimidatorio, humillante u ofensivo y atente contra la dignidad del trabajador –de acuerdo con esta definición, la mayoría de los comportamientos pueden quedar acoplados en el denominado *mobbing* o acoso moral–. Por otro lado, el acoso sexual se caracteriza por un comportamiento homogéneo en su configuración. No obstante, el acoso no se cierra en un tipo concreto de conducta sino que puede tratarse de cualquier tipo de actuación que tenga como objetivo humillar u ofender. Lo más importante no es el medio utilizado para obtener el fin sino el propósito perseguido; en segundo lugar, ha de ser una conducta “*no deseada*”. El acoso consiste en el desarrollo de un comportamiento que tiene intención de incomodar a otro sujeto; obviamente, esta conducta ha de ser rechazada por la persona que la sufre. El acoso como causa de despido se constituirá como una actuación de un trabajador sobre

²¹²³ Artículo 1 de la Recomendación de la Comisión de las Comunidades Europeas de 27 de noviembre de 1991, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo.

²¹²⁴ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Despido por acoso”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al*: *El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., pp. 151 y 152.

²¹²⁵ STSJ Baleares 29 de marzo de 2016 [AS 2016, 782] y STSJ Andalucía/Málaga 12 de noviembre de 2015 [JUR 2016, 27787].

²¹²⁶ *Ibidem*, pp. 155 y ss.

otro sujeto –que normalmente no será el empresario sino algún compañero de trabajo– siendo lógico que los hechos se pongan a conocimiento del empresario por el propio acosado, lo que significa un expreso rechazo por parte de la persona que lo sufre.

Para la configuración del acoso es necesario conocer el objetivo o propósito que se persigue por parte del acosador. Con esta finalidad es fundamental destacar dos cuestiones: la primera cuestión, referida al resultado al que se pretende llegar con el acoso. En concreto, nos encontramos ante una conducta muy genérica que atenta contra la dignidad de la persona y que constituye un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo. El precepto es enormemente descriptivo por lo que sobra cualquier comentario al respecto. En cualquier caso, aclarar que en esta especificación se localizan dos elementos: el primero, una conducta en la que se persigue atentar contra la dignidad del trabajador afectado; la segunda, una conducta que constituye una situación intimidatoria, humillante u ofensiva. El problema principal que podemos encontrar en la definición del acoso es la conjunción “y”²¹²⁷, por lo que literalmente y de la lectura del precepto, puede parecer necesario que el acoso cumpla con los dos requisitos: atentar a la dignidad del trabajador “y” generar un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo. Sin embargo, la práctica judicial parece no exigir ambos requisitos. Es más, la doctrina científica defiende que todo tipo de conducta que genere un entorno de este tipo –en referencia a la situación intimidatoria, humillante u ofensiva– incardina una violación del derecho a la dignidad de la persona²¹²⁸. Además, aunque el precepto solo se encargue de señalar la dignidad de la persona, también es posible que este tipo de comportamientos supongan un ataque a los derechos a la integridad física y moral de quienes sufren tales conductas. Del mismo modo, esta conducta se vincula a la prohibición de discriminación hasta el punto de que existen ordenamientos jurídicos que regulan el acoso como elemento propio de la prohibición de discriminación²¹²⁹; la segunda cuestión, se refiere a la finalidad de la propia conducta: ha de tratarse de una conducta que persiga un propósito “*como objetivo o consecuencia*”. Esto significa que pueden localizarse tres tipos diferentes de situaciones: a) la que persigue la humillación del trabajador, cumpliendo este objetivo; b) aquellas conductas en las que persiguiendo el mismo objetivo anterior, no consiguen cumplirlo; o c) las que aun no teniendo la finalidad de humillar, el resultado producido es la transgresión de la dignidad del trabajador o su humillación. El problema se plantea en las dos últimas situaciones pues la primera situación es bastante clara –conductas que persiguen la humillación del trabajador, cumpliendo el objetivo–. En el segundo de los casos –conductas en las que persiguiendo el objetivo de humillar no consigue cumplirlo– puede alegarse por el acosador la inexistencia de perjuicio alguno al no sentirse intimidado el sujeto pasivo. En el último de los casos –la que no teniendo la finalidad de humillar, el resultado producido es la violación de la dignidad del trabajador o su humillación– se podría alegar la inexistencia de la intención. Sin embargo, la literalidad del precepto no permite ni otorga amparo al acosador, consintiendo el despido en los tres supuestos enunciados, pues hay causa de extinción no sólo cuando el trabajador sufre consecuencias negativas, también cuando ha sido blanco de una conducta que objetivamente podría haber causado estas consecuencias pero no se han producido por la propia resistencia del

²¹²⁷ Vid. artículo 28 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social.

²¹²⁸ Vid. GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Despido por acoso”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 156.

²¹²⁹ MOLERO MANGLANO, C.: “El acoso sexual: elementos sustantivos y problemas procesales: A propósito de la STC de 13 de diciembre de 1999”, en *Actualidad Laboral*, núm. 1, 2000, pp. 242 y ss.

empleado. Además, la protección al acosado se incrementa pues no se requiere la intencionalidad del acosador bastando con el hecho de que se haya creado ese entorno intimidatorio.

Es importante el elemento de reiteración de la conducta del acosador. Por definición, el acoso es una conducta que debe ser reiterada. Sin embargo, el legislador no hace referencia a la reiteración en el término de acoso: posiblemente, se deba al hecho de que en el acoso sexual –a diferencia del acoso moral– la reiteración no es significativa para su consideración. En efecto, la prohibición del acoso pretende eliminar aquellas conductas que generen, objetivamente y no sólo para el acosado, un ambiente en el trabajo incómodo: *“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, como la intensidad de la conducta, su reiteración, si se han producido contactos corporales humillantes o sólo un amago o quedó en licencias o excesos verbales y si el comportamiento ha afectado al cumplimiento de la prestación laboral, siendo por otra parte relevantes los efectos sobre el equilibrio psicológico de la víctima para determinar si encontró opresivo el ambiente en el trabajo. Así, fuera de tal concepto quedarían aquellas conductas que sean fruto de una relación libremente asumida, vale decir previamente deseadas y, en cualquier caso, consentidas o, al menos, toleradas”*²¹³⁰. Generalmente para que la conducta del trabajador sea justa causa de despido disciplinario no se requiere que sea insistente. Sin embargo, los tribunales suelen exigir en mayor medida esta reiteración cuando se trata de imputar al empresario una conducta de acoso moral o *mobbing*²¹³¹.

Y a la vista de las exigencias precitadas, veamos las siguientes resoluciones judiciales en las que el despido del empleado será declarado procedente, o no, según quede constatada la situación de acoso²¹³²:

1. El acoso exige intención de damnificar o perjudicar a la persona receptora del mismo, por lo que no nos encontramos ante acoso cuando nos referimos a simples bromas o inocentadas aunque sean de mal gusto²¹³³.
2. El acoso no existe si el sujeto liquida pronto su conducta, mediando disculpa, sin que llegue a constituirse un entorno laboral hostil o incómodo²¹³⁴.
3. No existe acoso si hay relación permitida y tolerada que tiene lugar fuera de horas de trabajo siendo ajeno al contrato laboral²¹³⁵.
4. Sí existe acoso cuando se produce un comportamiento de tendencia libidinosa, no deseada por las destinatarias²¹³⁶ y de entidad suficiente como para ocasionar un perímetro laboral denigrante²¹³⁷.

²¹³⁰ STC 224/1999, de 13 de diciembre [RTC 1999, 224] y STSJ Andalucía/Sevilla 29 de enero de 2004 [AS 2005, 462].

²¹³¹ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 51.

²¹³² ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, cit., pp. 969 y 970.

²¹³³ STSJ Galicia 27 de enero de 2005 [AS 2005, 268].

²¹³⁴ STSJ Madrid 25 de enero de 2005 [AS 2005, 22].

²¹³⁵ STSJ Madrid 25 de enero de 2005 [AS 2005, 24].

²¹³⁶ STSJ Galicia 26 de abril de 2017 [JUR 2017, 127757].

²¹³⁷ STSJ Andalucía/Sevilla 29 de enero de 2004 [AS 2005, 462].

5. Si la gravedad de la conducta es de trascendencia suficiente, no cabe considerar eventualidades del trabajador –como por ejemplo su antigüedad en la empresa– con objeto de aplicar la doctrina de la proporcionalidad y adecuación de la sanción²¹³⁸.

Para que el acoso sexual pueda tener la relevancia jurídica necesaria para declarar procedente el despido, según jurisprudencia, ha de poseer los siguientes requisitos²¹³⁹:

1. Solicitud en el entorno sexual.
2. Rechazo indiscutible e inequívoco en la persona receptora: “*lo que distingue al acoso sexual del comportamiento amistoso es que el primero es indeseado y el segundo aceptado y mutuo*”²¹⁴⁰.
3. Actitud abrumadora una vez conocida la oposición del receptor²¹⁴¹.
4. Que ocasione un ambiente laboral adverso, incómodo, hostil o intimidatorio no sólo desde la percepción subjetiva de quien lo padece sino objetivamente considerado.
5. La conducta laboralmente sancionable como acoso sexual no tiene porqué adquirir la gravedad del correlativo tipo penal sino que tiene un ámbito más extenso de conductas sancionables.

Detenemos en dos importantes particularidades con objeto de concretar si tras la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, éstos continúan siendo exigibles. En concreto, nos referimos al consentimiento –por parte del sujeto pasivo– y a la constitución de un contorno laboral humillante y degradante²¹⁴². En lo que respecta a la ausencia del consentimiento en el sujeto pasivo del acoso, la discusión surge porque tanto en el acoso sexual como el acoso por razón de sexo, la noción que ofrece el artículo 7 del citado texto normativo no lo advierte expresamente²¹⁴³. Sin embargo, no creemos que deba exagerarse la no expresa mención del carácter “*no deseado*” de la conducta acosadora por parte del sujeto pasivo, pues el comportamiento desarrollado consiste en “*atentar contra la dignidad de una persona*”, debiéndose traducir a una conducta no deseada y, mucho menos, consentida. En definitiva, tanto en uno como en el otro tipo de acoso, la intención debe ser atentar contra la dignidad del sujeto pasivo, exigiendo, por tanto, algún tipo de resistencia y entereza por parte de quien recibe el acoso. Sobre la exigencia de crear un entorno intimidatorio, injurioso y ofensivo, localizamos conclusiones diversas según el tipo de acoso al que nos enfrentemos. Por lo que al acoso sexual se refiere, la creación de este contexto implica, más bien, una razón que una evidencia del acoso sucedido, de tal

²¹³⁸ STSJ País Vasco 13 de enero de 2004 [AS 2004, 3].

²¹³⁹ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al*: *Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 968.

²¹⁴⁰ STSJ Andalucía/Sevilla 29 de enero de 2004 [AS 2005, 462].

²¹⁴¹ STSJ Galicia 27 de enero de 2005 [AS 2005, 268].

²¹⁴² *Vid.* al respecto, ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al*: *Extinción del contrato de trabajo*, cit., pp. 970 y 971.

²¹⁴³ “1. Sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal, a los efectos de esta ley constituye acoso sexual cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo. 2. Constituye acoso por razón de sexo cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”.

forma que podría darse la situación de acoso sexual sin menester de creación de aquel clima, y es que, la existencia de este ambiente reclama un comportamiento, en cierta medida, insistente del acosador, o la exigencia de favores sexuales al acosado a cambio de conservar el trabajo o la mejora de posiciones laborales que pudieran pender del acosador. Entretanto, en el acoso por razón de sexo, el tipo de infractor parece exigir la afluencia de dos eventualidades, a saber: el propósito de atentar contra la dignidad del hostigado y la creación del entorno intimidatorio, degradante u ofensivo. De tal modo, que sin la creación de ese entorno no parece que pueda hablarse de acoso u hostigamiento²¹⁴⁴.

Importante es el conocimiento que puede poseer el empresario y la consciencia de la existencia de comportamientos de acoso con objeto de ejercer y desarrollar sus poderes disciplinarios. Para que el empresario pueda ejercerlos –en referencia a los poderes disciplinarios– debe conocer la conducta del trabajador acosador. Tal conocimiento puede ser directo por parte del empresario –que el empresario haya sido el propio sujeto pasivo del acoso– o indirecto –cuando la situación de acoso sea puesta en conocimiento del empresario por parte del trabajador acosado–; consecuentemente, y como remedio a las dificultades prácticas que conlleva la denuncia en situaciones de acoso sexual y por razón de sexo, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres ha establecido los siguientes mecanismos²¹⁴⁵: de acuerdo con el artículo 48 del precitado texto normativo, las empresas deberán fomentar actuaciones específicas para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto de acoso; este mismo precepto encarga de modo específico a los representantes de los trabajadores, el deber de informar a la dirección de la empresa de las conductas o comportamientos de los que tuvieran conocimiento y que logren propiciar dichas modalidades de acoso; en el artículo 9 del mismo cuerpo legal se establece la garantía de indemnidad para la persona que presente queja, reclamación, denuncia, demanda, protesta o recurso de cualquier tipo destinado a imposibilitar su discriminación y a exigir el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres. Cualquier trato desfavorable o negativo que se produzca como corolario de ese comportamiento también será considerado discriminación por razón de sexo. En este sentido, se puede exigir responsabilidad a la empresa pues la misma se encuentra obligada a promover condiciones de trabajo con las que evitar cualquier tipo de acoso²¹⁴⁶.

El artículo 17.1 ET –modificado por la precitada Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo– califica de nulas “*las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación*”. La modificación de este precepto no ha sido relevante pues la jurisprudencia ya venía interpretando el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva de forma amplia y extensa, localizándose el punto de partida, en la imposibilidad, por parte del empresario, de adoptar decisiones represaliadoras derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos²¹⁴⁷, comprendiendo dentro de

²¹⁴⁴ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al*: *Extinción del contrato de trabajo*, cit., pp. 970 y 971.

²¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 966.

²¹⁴⁶ STSJ Galicia 9 de noviembre de 2017 [JUR 2017, 310424].

²¹⁴⁷ STC 138/2006, de 8 de mayo [RTC 2006, 138].

esta protección, reclamaciones judiciales o extrajudiciales del trabajador²¹⁴⁸, incluidas acciones administrativas y denuncias a la inspección de trabajo²¹⁴⁹. La modificación legislativa simplemente ha consistido en la introducción expresa de las acciones administrativas, además de las judiciales y reclamaciones efectuadas en la empresa a la que antes no se aludían. Notable envergadura posee el hecho de que el artículo 9 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, considere “*discriminación por razón de sexo cualquier trato adverso o efecto negativo que se produzca en una persona como consecuencia de la presentación por su parte de queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso, de cualquier tipo, destinados a impedir su discriminación y a exigir el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres*”. Obviamente, esto amplía las facultades procesales del trabajador que ante la conducta empresarial negativa puede demandarlo no sólo por violación de su derecho a la tutela judicial efectiva sino también por discriminación por razón de sexo²¹⁵⁰.

7.3 Especial atención al acoso sexual

Pese a la escasa atención que el derecho español había prestado al acoso, lo cierto es que a diferencia del acoso moral, el acoso sexual contaba en nuestro ordenamiento jurídico con una norma que lo contemplaba. En concreto, el artículo 4.2.e) de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores –en la redacción establecida por la Ley 3/1989, de 3 de marzo, por la que se amplía a dieciséis semanas el permiso por maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo– establecía que el trabajador tiene derecho “*al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual*”.

Se localizan entonces dos situaciones prohibidas²¹⁵¹: el acoso en el cual “*el sometimiento de la mujer o el hombre a tales requerimientos no queridos ni pedidos de empleadores o compañeros, se erige en un peligro de la estabilidad en el empleo, la promoción, o la formación profesional o cualesquiera otras condiciones en el trabajo o en el salario*”; y el acoso sexual consistente “*en un comportamiento de carácter libidinoso no deseado por generar un ambiente laboral desagradable, incómodo, intimidatorio, hostil, ofensivo o humillante para el trabajador*”²¹⁵². La primera conducta se refiere al chantaje sexual: amenaza de pérdida de empleo o de lesión de derechos o expectativas laborales si no se accede a los requerimientos del acosador. La segunda conducta alude a los comportamientos libidinosos que generan una situación laboral insostenible para quien la sufre, también conocida como acoso sexual ambiental.

La primera de las conductas –chantaje sexual– debe producirse en una posición de prevalencia del acosador sobre el acosado. En otros términos, el superior acosa al inferior o subordinado. La situación normal es la de que el empresario acosa a la trabajadora: en este caso no cabría el despido del propio empresario. Sin embargo,

²¹⁴⁸ STC 14/1993, de 18 de enero [RTC 1993, 14].

²¹⁴⁹ STC 138/2006, de 8 de mayo [RTC 2006, 138] y STC 120/2006, de 24 de abril [RTC 2006, 120].

²¹⁵⁰ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al*: *Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 967.

²¹⁵¹ Vid. Juzgado de lo Social de La Coruña 23 de enero de 2017 [AS 2017, 313].

²¹⁵² STC 224/1999, de 13 de diciembre [RTC 1999, 224], o STJS Comunidad Valenciana 29 de noviembre de 2005 [AS 2006, 3016].

podría ocurrir que un superior que no es el empresario acose a un trabajador de nivel inferior, siempre que las expectativas del subordinado dependan, en cierta medida, del superior: aquí sí cabría el despido disciplinario por acoso del empleado con rango jerárquico superior. En esta situación, *“constituye un elemento esencial que esa conducta sea lo suficientemente grave como para crear tal entorno negativo y lo sea, por otra parte, no sólo según la percepción subjetiva o la sensibilidad particular de quien lo padece, sino objetivamente considerada. Por tanto, en esta modalidad del acoso hay algo más que una repercusión negativa sobre una concreta condición de trabajo del acosado o una explícita discriminación en las condiciones de trabajo”*²¹⁵³. El chantaje sexual es, en sí mismo, lo suficientemente grave para considerar que con una única actuación es más que suficiente para proceder al despido disciplinario del trabajador acosador²¹⁵⁴.

La segunda conducta es la referida a la del acoso sexual ambiental. Para esta modalidad de acoso existen tres elementos esenciales que han de exteriorizarse: *“un comportamiento físico o verbal manifestado, en actos, gestos o palabras”*; comportamiento que ha de percibirse *“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”*²¹⁵⁵. En efecto, para que exista acoso sexual ambiental se requiere la concurrencia de tres elementos²¹⁵⁶: a) Que nos encontremos ante una conducta acosadora de naturaleza sexual. Se trata de una conducta consistente en comportamientos libidinosos, relativos a la intención de conseguir u obtener favores sexuales, pudiendo ser estas conductas verbales –solicitudes de naturaleza sexual– o físicas –roces, tocamientos, caricias indeseadas o comportamientos no casuales–. b) Que tales comportamientos no sean consentidos por parte del trabajador: la conducta perseguida y susceptible de ser sancionada con despido es la del comportamiento indeseado. *“En consecuencia, parece razonable que, salvo casos extremos, una señal del carácter no querido de tal conducta por parte de su destinataria sea conveniente para deshacer cualquier equívoco o ambigüedad al respecto, sin que en consecuencia quepa hablar de tolerancia por su parte”*²¹⁵⁷. Esto no supone que el acosado deba de reaccionar de modo inmediato y patente en contra del acoso sufrido²¹⁵⁸. No obstante, cuanto más claro e inmediato sea el rechazo del trabajador acosado más fácil será la prueba del carácter indeseado del acoso sexual –verbigracia, manifestar tal repudio a través de quejas a la empresa para que ésta tome conocimiento de la situación–²¹⁵⁹. c) Que la entidad del acoso genere gravedad suficiente capaz de derivar en una situación adecuadamente humillante u ofensiva. La cuestión de la gravedad habrá de ser valorada conforme a un criterio intermedio entre elementos objetivos y subjetivos. En efecto, *“la prohibición del acoso no pretende en absoluto un medio laboral aséptico y totalmente ajeno a tal dimensión de la persona, sino exclusivamente eliminar aquellas conductas que generen, objetivamente, y no sólo*

²¹⁵³ STC 224/1999, de 13 de diciembre [RTC 1999, 224].

²¹⁵⁴ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Despido por acoso”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 161.

²¹⁵⁵ STC 224/1999, de 13 de diciembre [RTC 1999, 224].

²¹⁵⁶ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Despido por acoso”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., pp. 160 y ss.

²¹⁵⁷ STC 224/1999, de 13 de diciembre [RTC 1999, 224].

²¹⁵⁸ STSJ Comunidad Valenciana 7 de marzo de 2017 [AS 2017, 75]. El hecho de sufrieran acoso *“durante más de siete años hasta que se decidieron a denunciarlo enerve en modo alguno la responsabilidad del demandante”*.

²¹⁵⁹ STSJ Madrid 26 de noviembre de 2002 [AS 2003, 1344].

para la acosada, un ambiente en el trabajo hosco e incómodo”²¹⁶⁰. Por otro lado, plantear de nuevo la necesidad de la reiteración en el acoso sexual: el elemento de la reiteración es importante para justificar un despido disciplinario, aunque no es el único a tener en cuenta. Cuando no existe reiteración pero se han producido contactos corporales, es más que suficiente con un único comportamiento de este tipo, más cuando haya existido violencia física o intimidación²¹⁶¹.

Efectuar un breve apunte sobre la carta de despido por razones de acoso sexual. Generalmente, en la carta de despido deben incorporarse –de acuerdo con el artículo 55.1 ET– los hechos que motivan la extinción de la relación laboral. Se viene considerando que la exigencia de constancia de los hechos no se cumple si solamente figuran imputaciones genéricas o indeterminadas²¹⁶²; pero cuando se ha tratado del despido de un trabajador por razones de acoso sexual, no es necesario que en la carta de despido figure la identidad de los acosados, bastando con que se les identifique con referencias muy genéricas²¹⁶³. La postura de esta corriente judicial –que se traduce como la no constancia de la identificación del sujeto pasivo en la carta de despido– es desplazable a cualquier incidente en el que exista acoso. No significa una liberalización de lo que es la doctrina tradicional en materia de requisitos y formalidades de la carta de despido²¹⁶⁴, ya que, una cosa es la constancia en la misma de los hechos con la adecuada y suficiente precisión, y otra muy diferente la demostración de los mismos por el empresario, que queda remitida a la fase probatoria del proceso, y sólo en esta última fase, será inevitable la identificación del sujeto pasivo del acoso, como testifical o por cualquier otro medio de prueba²¹⁶⁵.

7.4 Especial atención al acoso moral o *mobbing*

El acoso moral ha sido introducido en nuestra normativa laboral con posterioridad al acoso sexual. La regulación sumergida por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, es la primera que contiene una regulación expresa del acoso moral. La jurisprudencia que se refiere al acoso moral –más reciente que la sexual– se ha planteado la cuestión además de como una situación que puede constituir el despido del acosador, como un riesgo profesional a efectos de prestaciones de Seguridad Social –baja en la prestación de servicios–. A diferencia del acoso sexual, en el acoso moral la conducta que se configura como supuesto de hecho es más difícil de delimitar. Además, el acoso moral también puede ser cometido tanto por el empresario como por superiores del trabajador u otros compañeros del mismo rango jerárquico²¹⁶⁶. E incluso debe distinguirse de otros fenómenos que también pueden generar riesgos profesionales pero que no son constitutivos de acoso: el supuesto del *burnout* o síndrome del quemado consistente en la perturbación psicofísica o desgaste psicológico producido por el trabajo y originado

²¹⁶⁰ STC 224/1999, de 13 de diciembre [RTC 1999, 224].

²¹⁶¹ STSJ País Vasco 20 de junio de 2000 [JUR 2001, 37537].

²¹⁶² STS 28 de abril de 1997 [RJ 1997, 3584].

²¹⁶³ STSJ Comunidad Valenciana 7 de abril de 2004 [AS 2004, 1796].

²¹⁶⁴ STSJ Cataluña 12 de septiembre de 2017 [JUR 2017, 285705].

²¹⁶⁵ ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al*: *Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 273.

²¹⁶⁶ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Despido por acoso”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al*: *El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 162.

por la presión a la que el trabajador se encuentra sometido por causas derivadas de la relación laboral, sin que exista intento de humillar o degradar al trabajador²¹⁶⁷.

Por *mobbing* o acoso moral, entendemos aquella presión laboral tendente a la autoeliminación de un trabajador mediante su denigración²¹⁶⁸. Más detalladamente, puede entenderse aquella situación en la que una persona o, en ocasiones, un grupo de personas ejercen una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente, durante un tiempo prolongado, sobre otra persona o personas en el lugar de trabajo con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, arruinar su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr que finalmente esa persona o personas acaben abandonando el puesto de trabajo. El acoso moral se configura en torno a tres elementos: en primer lugar, las conductas o medios utilizados para importunar, molestar o perseguir; en segundo lugar, la realización de la conducta no de manera puntual sino de modo reiterado; por último y en tercer lugar, la intencionalidad o finalidad perseguida de ocasionar daño al trabajador²¹⁶⁹.

Lo primero que debe analizarse son los comportamientos humillantes o vejatorios. Ante todo, el acoso moral supone el desarrollo de tratos vejatorios o humillantes contra un concreto o concretos trabajadores. No es posible precisar cuáles son aquellos comportamientos que son capaces de originar una situación de acoso moral –una de las razones que dificulta la tipificación de esta figura jurídica–. Pueden consistir en maltratos verbales pero también es posible incluir todo tipo de comportamientos o actitudes que supongan una persecución del trabajador –por ello, es conveniente ser flexible y no cerrar el conjunto de comportamientos a tener en cuenta–. Por ejemplo: “*agresiones consistentes en bloquear o encerrar a los trabajadores víctimas del acoso*”; o agresiones verbales “*consistentes en gritar o insultar al trabajador, o dirigirle la palabra de manera claramente intimidante o amenazante, conducta normalmente acompañada de actuaciones gesticulantes nada tranquilizadoras, tratamientos que por lo impropio intimidan al trabajador*”. También puede consistir en un comportamiento dirigido a “*desacreditar al trabajador, con la difusión de críticas en público o rumores sobre su persona*”. Otra posibilidad podría ser la continua falta de respeto o educación, “*como ignorarle, no dirigirle la palabra*”; o comunicarse tan sólo para incitar al empleado “*a dejar el trabajo*”. Especialmente eficaces son las conductas tendentes a lograr el aislamiento del trabajador a través de la puesta en marcha de medidas de carácter organizativo como “*sacar al trabajador de su ámbito laboral y reubicarlo en otro puesto de trabajo en el que, dadas sus circunstancias, queda claro a todos que está recibiendo un castigo*”, por ejemplo, “*sacarlo de la zona noble y ubicarlo en el pasillo, en una mesa de cara a la pared, junto al vestíbulo*” o “*aislarlo dentro del centro de trabajo pero en un puesto prácticamente escondido entre cuatro paredes*”; evitar su presencia en actos comunes al resto de trabajadores como “*reuniones de trabajo, comidas, actos de celebración o de confraternización*”; también puede consistir en la negación del acceso “*a las comunicaciones o informaciones relevantes para el desarrollo de la actividad laboral; o bien impedirle el uso de los medios de trabajo habituales o los medios de comunicación*”; otro supuesto habitual consiste en “*negarle la ocupación al trabajador, ordenándole que cambie su puesto de trabajo a algún lugar aislado de la empresa, sin contacto con los demás y donde no realizará función laboral*”.

²¹⁶⁷ STSJ Aragón 30 de junio de 2003 [AS 2003, 2227].

²¹⁶⁸ STSJ Galicia 9 de noviembre de 2017 [JUR 2017, 310424].

²¹⁶⁹ A continuación, analizamos la sentencia del Juzgado de lo Social de Sevilla 26 de diciembre de 2002 [AS 2003, 3044].

alguna”; o bien ordenarle que “*no haga nada y esté permanentemente a disposición de la empresa*”. En otros casos, se pretende desacreditar su prestación de trabajo o minusvalorarla con “*críticas públicas y permanentes a su trabajo, quitándole las competencias o labores que venía desarrollando y encargarle labores del todo diferentes e inferiores, actitud que deja clara la opinión de los superiores sobre su escasa capacidad de trabajo*”; o “*prohibirle el contacto con el público cuando con anterioridad era el encargado de tales tareas*”; o encomendarle de modo permanente “*tareas de inferior categoría*”; o establecer mecanismos de seguimiento y control “*ad hoc*” y no generalizados, tales como el “*establecimiento de planes específicos de control o de seguimiento de las tareas del concreto trabajador, de manera que sólo él los sufra en la empresa*”; o un control tan exhaustivo de su prestación que conduce incluso a reprochar “*sus ausencias para acudir al lavabo, la restricción de acceso a determinados medios de trabajo o a determinados espacios físicos de la empresa*”; o también la asignación de tareas “*degradantes o imposibles de cumplir*”. En definitiva, las conductas descritas se pueden agrupar en distintos grupos más o menos homogéneos: “*a) acciones contra la reputación personal o autoestima del trabajador; b) acciones denigrantes de sus convicciones; c) actuaciones contra su dignidad profesional; d) actuaciones orientadas a romper las relaciones comunicativas en la empresa; e) inferencias en la vida privada; y f) actuaciones caracterizadas por efecto insultante o vejatorio*”. Todas estas conductas descritas tienen un elemento común: a través de las mismas puede originarse una degradación de las condiciones de trabajo del sujeto que las sufre. Pero tales comportamientos no tienen que configurarse necesariamente como actitudes ilícitas, sino que pueden obedecer al ejercicio legítimo de las facultades directivas del empresario –cambiar al trabajador del lugar de trabajo, modificar sus tareas, someter el resultado de su trabajo a control–; o bien se trata de comportamientos que evidencian la falta de educación o de buenos modales, lo que no es jurídicamente relevante. Justamente por el hecho de que estos comportamientos considerados de manera aislada no son necesariamente ilícitos, hay que preguntarse qué convierte a los mismos en un fenómeno jurídicamente relevante pues no todo abuso empresarial puede ser considerado acoso moral. La respuesta evidencia que las conductas deben configurarse objetivamente para causar un daño moral en el trabajador que lo sufre, debiendo de valorarse no de manera aislada, sino como una actuación dotada de cierta coherencia y que tengan carácter sistemático. Por ello, es primordial que las conductas acosadoras se reiteren a lo largo del tiempo. Pero es que, además, es necesario que a través de dichas conductas se plasme una determinada finalidad u objetivo perseguido por el acosador de dañar al acosado. Ambos elementos, la frecuencia y continuidad de los comportamientos y el elemento teleológico o intencional, son los que configuran las situaciones de acoso moral.

Lo segundo que debe analizarse es la reiteración de los comportamientos –humillantes y vejatorios–. Ciertamente debe existir continuidad en el comportamiento del acosador, o mejor, una continuidad en los comportamientos, pues los actos que determinan el acoso no necesariamente siempre han de ser idénticos. La reiteración en la conducta evidencia sin duda una actuación sistemática del sujeto activo: siguen un cierto plan predeterminado. Los estudios médicos y sociológicos –que no jurídicos– suelen coincidir en el hecho de que los comportamientos, para configurarse como una situación de acoso moral, han de mantenerse durante un plazo de tiempo prolongado –al menos durante 6 meses– reiterándose dentro de ese plazo de referencia de modo

persistente –al menos con carácter semanal–²¹⁷⁰. No obstante, los planteamientos jurídicos deben ser más flexibles, de manera que no deben estar sujetos a plazos o períodos fijos, modulando el supuesto de hecho en función de las diferentes circunstancias y la gravedad del acoso; por tanto, no es conveniente una predeterminación temporal. Con independencia de la existencia de plazos mínimos, si el *iter* de la conducta del presunto acosador evidencia, a través de la reiteración, la existencia de una actuación sistemática estaremos en el ámbito del acoso moral.

Lo tercero que ha de examinarse es la referencia al último elemento configurador del acoso moral: la intencionalidad o finalidad perseguida que no es otra que la de causar un mal o un daño al trabajador acosado. Para la existencia de una situación de auténtico acoso moral, la intención del acosador ha de consistir en minar la moral del trabajador y desestabilizarlo, marginándole o causándole un perjuicio o daño. Ahora bien, esta es una cuestión que puede analizarse desde diferentes puntos de vista: en función de criterios subjetivos u objetivos. Si utilizamos una perspectiva subjetiva, será esencial tanto analizar los motivos o la finalidad que persigue el acosador, como las circunstancias personales del acosado que pueden hacerlo más o menos sensible a las maquinaciones del acosador en comparación con otros sujetos. Hay que tener en cuenta que la interpretación subjetiva genera importantes problemas de carácter probatorio que hacen difícilmente demostrable una situación de acoso. Por contra, en un planteamiento objetivo de la cuestión, lo esencial consiste en constatar que los comportamientos del acosador son idóneos para causar una lesión en los bienes jurídicos del acosado –su dignidad personal o profesional– con independencia del motivo que genera la situación de persecución. Con autonomía de la finalidad subjetiva perseguida por el acosador, si su conducta ha sido de tales características como para crear un ambiente suficientemente hostil, podrá considerarse que estamos ante una situación de acoso moral. Al optar por una interpretación objetiva, la cuestión radica fundamentalmente en determinar si es o no necesario que tales conductas –que constituyen un deterioro en las condiciones de trabajo de quien las sufre– generen un daño evaluable. El criterio objetivo permite entender que producidos de manera reiterada determinados comportamientos objetivamente lesivos –aunque aún no se haya provocado una lesión a su estabilidad psíquica u otra consecuencia patológica– estamos ante una situación de acoso: el hecho de que no haya un daño patológicamente evaluable no implica que el comportamiento del acosador sea jurídicamente irrelevante.

Haciendo acopio jurisprudencial sobre el acoso moral o *mobbing* y un detenido análisis de la terminología y requisitos conceptuales, se desarrolla una excelente teoría que puede exponerse de la siguiente forma²¹⁷¹:

Lo primero que ha de tratarse es el concepto de “*presión*”. Para que podamos hablar de *mobbing* es necesario que se ejerza presión sobre la víctima. ¿Y qué se entiende por presión? Por presión se entiende toda conducta que –desde un punto de

²¹⁷⁰ Juzgado de lo Social de Santander 15 de octubre de 2009 [AS 2009, 2602]. En este punto “*parece importante rechazar de forma franca la exigencia temporal de uno de los pioneros en la divulgación del mobbing, Heinz Leymann. Para el profesor Leymann, era necesario que se tratase de una conducta repetida de forma sistemática y recurrente –al menos una vez por semana– y durante un tiempo prolongado –más de seis meses–. Pero esto era una valoración clínica, es decir, de la depresión reactiva a conflicto laboral en los casos patológicos, y no del mobbing*”.

²¹⁷¹ A continuación, analizamos la sentencia del Juzgado de lo Social de Santander 15 de octubre de 2009 [AS 2009, 2602]. Sentencia del Juzgado de lo Social que debe ponerse en relación con la STSJ Galicia 20 de octubre de 2014 [AS 2015, 282].

vista objetivo— puede ser percibida como un ataque. A efectos de declarar la existencia de esta presión, es irrelevante que ésta haya llegado a generar bajas laborales en la víctima —u otros estigmas— pues la consecuencia tiene aquí un carácter accesorio. No obstante, tiene importancia para otras vertientes del problema como es la prueba o la cuantificación de la indemnización resarcitoria, pero no para afirmar que ha existido un ataque a la persona. Si ha existido dicho ataque sobre la víctima, se habrá producido una presión laboral tendenciosa. La contundencia semántica anterior obliga a descartar supuestos de roces laborales que por su nimiedad no pueden ser aquí incardinados. La presión requiere un comportamiento severo con peso específico propio, y por ende, una simple broma —incluso de mal gusto— no quedaría aquí incluida. Tampoco quedarían incluidos los supuestos que podríamos denominar de presión frustrada o en grado de tentativa en los que el sujeto destinatario —por cualquier motivo— no llega a experimentar la presión a la que nos referimos. El *mobbing* exige una víctima —un presionado— porque si éste no existe, lo único que tendremos será un comportamiento malintencionado o maledicente por parte del sujeto activo pero no una presión. La presión puede ser explícita o implícita. Tanto si ésta se produce mediante malas palabras como si se produce mediante miradas o risas estamos ante una presión. La presión normalmente es sin contacto físico pero también puede darse el caso de que sea con contacto físico: *“actitudes repetidas de un trabajador sobre otro, como puede ser el estirón de orejas respecto a quien es objeto de mofa por las mismas, el pisotón o la colleja diaria a quien se le dice que está siempre en medio, u otras conductas similares, entran de lleno en lo que es presión, y por lo tanto pueden dar lugar a mobbing. El mobbing físico existe, y tiene que estar previsto en la normativa, y en la mente del jurista”*.

Lo segundo que habrá que analizarse es el lugar en donde se ha de sufrir la presión. La presión sufrida debe ser consecuencia de la actividad laboral que se lleva a cabo por lo que ha de producirse en el lugar de trabajo. Que sea consecuencia de la actividad laboral implica que la presión sea cometida por miembros de la empresa: personas que dependan funcionalmente de la empresa aunque orgánicamente dependan de otra entidad. Que la presión se realice en el lugar de trabajo supone un límite geográfico a su comisión: fuera de la empresa, la persona no solo tiene mayor libertad, sino que además, quedaría fuera del ámbito de organización y dirección, y de la capacidad de supervisión y reacción empresarial.

En tercer lugar, habrá que desarrollar el concepto de tendenciosidad. Este es sin duda el requisito más importante al adjetivar toda la expresión y conceptuar —más nítidamente— cuál es el verdadero problema: la no admisibilidad por la conciencia social de dicha presión laboral. La tendenciosidad, tanto en su vertiente finalista, como en su vertiente de comportamiento abyecto, se convierte en la columna vertebral del *mobbing*. Tendenciosidad significa —en su acepción finalista— que la presión laboral *“tiende a”*; en otros términos, que responde a un plan —explícito o implícito—. Habrá casos en los que el mismo sea manifestado al sujeto pasivo mediante frases como *“te voy/vamos a hacer la vida imposible”* o *“si no te vas, te arrepentirás”*. Son casos en los que existe un plan que responde a una finalidad manifestada. Pero ello no siempre es así: en ocasiones la víctima no es comunicada de dicha finalidad sino que ve un cambio de actitud cuyo origen desconoce o simplemente intuye pero sobre el que nadie le da certeza. El carácter explícito o implícito de dicho plan es indiferente pues lo relevante es su existencia. Además, este plan requiere de una permanencia en el tiempo. Pero para que se pueda hablar de un comportamiento *“tendente a”*, es necesario que tales manifestaciones de

voluntad se repitan a lo largo de un período; de lo contrario, estaríamos ante un hecho puntual y no ante una situación de *mobbing*: sin embargo, los planteamientos jurídicos no deben estar sujetos a plazos o períodos fijos. En caso contrario, la exigencia temporal sería arbitraria e injustificada. Arbitraria porque es un plazo de tiempo que no responde a razonamiento alguno. —¿O es qué acaso dicha conducta de acoso deja de ser *mobbing* por el hecho de que durante una semana la víctima haya dejado de ser el punto de atención de los hostigadores o porque dicho comportamiento sólo haya perdurado unos meses?—. Pero además es injustificada respecto a la víctima pues se obliga al sujeto pasivo a que aguante demasiado tiempo para poder declarar que existe *mobbing*. En fin, una cosa es que se lleguen a apreciar casos especialmente graves o finales de *mobbing*, y otra cosa es defender que, hasta que no se llega a ese punto, no estamos ante una situación de *mobbing*. La presión laboral tendenciosa se produce tras un cierto tiempo que requiere de un plan pero sin necesidad de un tiempo concreto.

Además, este plan precisa de una reiteración de comportamientos. Las diferencias entre el conflicto laboral simple y el *mobbing* consiste en que el primero es puntual y el segundo reiterado; y que por otro lado, se rechazan exigencias numéricas de justificación, como que el mismo se lleve a cabo, al menos, una vez por semana. La reiteración de comportamientos no es más que la consecuencia lógica de un plan —de una actitud tendente a un resultado— pero será en el caso concreto, y sólo en él, donde se analizará esa reiteración de comportamientos que evidenciaran el fin perseguido. Dicho plan certifica que el *mobbing* es doloso. El *mobbing* es un conjunto de comportamientos destinados a un fin realizados consciente y voluntariamente. Independiente de que su origen sea accidental o empresarialmente ordenado, iniciado éste nos encontramos ante un comportamiento reiterado, sistematizado, del que es consciente el sujeto activo y que pese a ello lo mantiene voluntariamente. Por tanto, se rechaza la concepción objetiva del *mobbing* que no posee intención. El *mobbing* no es algo ajeno a la conciencia y voluntad del sujeto activo: es una conducta intencionada. El *mobbing* es doloso y este dolo no tiene por qué acreditarse con la confesión del sujeto activo: bastará que se desprenda de los hechos acaecidos.

Para muchos autores, lo que se pretende con el *mobbing* es provocar el vacío al trabajador, en la idea de que no lo resistirá psicológicamente y así se marchará de la empresa. Para otros autores, lo tendencioso del *mobbing* es que busca dañar la salud psicológica del trabajador; una vez más estamos muy cerca de qué es la tendenciosidad, pero en puridad el *mobbing* no busca el daño por el daño, busca que ese daño genere un resultado. La esencia del *mobbing*, la tendenciosidad de este comportamiento abyecto, es la búsqueda de la autoeliminación del trabajador —abandono laboral o en su defecto baja médica— mediante su denigración. Si alguna característica del *mobbing* resalta por su exactitud esta es la del objetivo pretendido: que la persona se elimine laboralmente mediante su ataque psicológico.

El repudio por parte de la conciencia socio-laboral deriva de dos vías: por buscar la “*autoeliminación de un trabajador*” como por realizarlo mediante su “*denigración laboral*”. La “*autoeliminación laboral*” es entendida como aquella decisión del trabajador tomada tras haberse exteriorizado una realidad que conlleva a renunciar a su puesto de trabajo. Este es su aspecto esencial, su fin —con dolo directo o dolo eventual— y es especialmente repugnante para la colectividad moral. En lugar de plantear el conflicto de forma que se resuelva con las reglas laborales vigentes —indemnización por despido improcedente o acuerdo pactado para la extinción de la relación laboral— se

busca alcanzar un acto unilateral del adversario con la obvia pretensión de sortear su amparo legal. Una vez que es el propio sujeto pasivo de la presión quien solicita el abandono del puesto de trabajo, el objetivo se ha cumplido y el fraude a la ley se ha consumado. La denigración laboral es la herramienta o mecanismo para alcanzar el objetivo. La denigración laboral –en otros términos, la ofensa severa de la opinión o fama de alguien– es el mecanismo y con él se cierra el círculo de lo que es la quiebra de un derecho fundamental constitucional: la integridad moral –artículo 15 CE– entendido como el derecho de toda persona, por el hecho de serlo, a desarrollarse libremente en su actividad quedando protegido frente a comportamientos que transmitan sensación de envilecimiento o humillación. Resumiendo en una frase todo el contenido anterior de la sentencia comentada, el *mobbing* es “*la presión laboral tendente a la autoeliminación de un trabajador mediante su denigración*”.

Por último, la reciente jurisprudencia ha esquematizado y ordenado los elementos que deben concurrir a la hora de definir una situación como de acoso moral señalando la concurrencia de las siguientes características²¹⁷²:

1) El hostigamiento, persecución o violencia psicológica contra una persona o conjunto de personas lo que debe diferenciarse de la conflictividad laboral al no ser realidades correlativas²¹⁷³ –situaciones esporádicas de defensa de intereses contrapuestos, de estado de agotamiento provocado por el estrés profesional, de breve maltrato o de sometimiento a inadecuadas condiciones de trabajo²¹⁷⁴–. Para que concurra este primer elemento, es necesario que la víctima sea objeto de un conjunto de actuaciones que configuran, en su conjunto, un panorama de maltrato psíquico o moral, una denigración o vejación del trabajador: en este sentido, “*la violencia puede manifestarse de distintas formas, consistiendo básicamente en acciones tendentes a aislar al empleado de su ámbito laboral, privándole de trabajo efectivo o asignándole tareas excesivas o manifiestamente imposibles de realizar, para agobiarlo, desacreditando al trabajador como inútil o incompetente, impidiéndole la comunicación con sus compañeros de trabajo, privándole de los medios de trabajo, deteriorando su entorno físico, como mantenerle en una estancia inadecuada y aislada del resto*”, entre otras muchas actuaciones.

2) El carácter intenso de la violencia psicológica. Se viene exigiendo una violencia intensa o extrema. Por tanto, no es suficiente con la existencia de una violencia psicológica leve sino que se requiere que el hostigamiento tenga un alto grado de intensidad. En caso de que no concurra tal intensidad y la persona resulte afectada, la patología tendría ver más con la propia personalidad del sujeto afectado que con la real hostilidad del entorno laboral.

3) Debe ser una conducta prolongada en el tiempo²¹⁷⁵. En efecto, no basta con que la violencia se manifieste como un mero episodio aislado y se produzca en un momento muy concreto o de forma esporádica. Para que se aprecie la existencia de

²¹⁷² STSJ Castilla y León/Burgos 26 de junio de 2014 [JUR 2014, 191332], STSJ Galicia 20 de octubre de 2014 [AS 2015, 282] y STJS Comunidad Valenciana 14 de febrero de 2017 [AS 2017, 663].

²¹⁷³ STSJ Cataluña 8 de junio de 2015 [AS 2015, 1490].

²¹⁷⁴ STSJ Canarias/Las Palmas 22 de mayo de 2017 [AS 2017, 1997], STSJ Galicia 28 de julio de 2017 [AS 2017, 1621], STSJ Cantabria 11 de mayo de 2017 [AS 2017, 645] o STSJ Andalucía/Granada 28 de junio de 2017 [AS 2017, 1970].

²¹⁷⁵ STSJ Extremadura 4 de agosto de 2017 [JUR 2017, 249316].

acoso es preciso que el hostigamiento intenso o extremo tenga una determinada duración²¹⁷⁶.

4) Que tenga como finalidad dañar psíquica o moralmente al trabajador para marginarlo de su entorno laboral²¹⁷⁷.

5) Existe un quinto elemento discrepante entre la propia doctrina y jurisprudencia. Dicho elemento se refiere a si es exigible o no que se produzcan daños psíquicos en el trabajador afectado.

²¹⁷⁶ STSJ La Rioja 10 de noviembre de 2017 [JUR 2017, 311440]. “*Intencionalidad y sistemática reiteración de la presión (Leymann, en términos generales lo concreta en una vez por semana durante al menos seis meses) son requisitos necesarios para poder hablar de acoso moral en el trabajo, en el que, a semejanza del reino animal, miembros débiles de una misma especie se coaligan contra un individuo más fuerte al que, por diversos motivos, se ataca y excluye de la Comunidad*”.

²¹⁷⁷ STSJ Canarias/Tenerife 27 de septiembre de 2016 [AS 2017, 149].

CAPÍTULO III. CONFIGURACIÓN Y FORMALIDADES DEL DESPIDO DISCIPLINARIO

SUMARIO. CAPÍTULO III. CONFIGURACIÓN Y FORMALIDADES DEL DESPIDO DISCIPLINARIO. 1. La modalidad procesal del despido disciplinario y recurso de suplicación: un recorrido general e introductorio sobre el procedimiento extintivo disciplinario. 2. Requisitos formales necesarios a todo despido disciplinario. 2.1 Origen y evolución de la comunicación escrita. 2.2 La carta de despido disciplinario. 2.2.1 Contenido mínimo e idoneidad de los hechos. 2.2.2 Notificación del despido: prueba, receptores de la comunicación escrita y naturaleza recepticia. 3. El despido tácito. 3.1 Despido tácito: carácter recepticio, efectos generales, virtualidad jurídica, corriente jurisprudencial, impugnación y caducidad. 3.2 La posible confluencia de figuras afines: criterios diferenciadores entre el despido tácito, la extinción contractual por voluntad del trabajador y el abandono del empleado. 4. Singularidad del despido disciplinario de los trabajadores afiliados a un sindicato. 5. Particularidades del despido disciplinario de empleados públicos. 6. Particularidades del despido disciplinario de los representantes de los trabajadores. 6.1 La exigencia necesaria de tramitar expediente contradictorio previo a la imposición de la sanción de despido: descripción de la garantía del expediente, ámbito subjetivo y extensión temporal. 6.1.1 El expediente contradictorio y sus fases. 6.1.2. Descripción de la garantía del expediente contradictorio. 6.1.3 Ámbito subjetivo y extensión temporal. 6.2 Terminación del expediente: secuelas por omisión o cumplimiento defectuoso y efectos de la tramitación. Principio de permanencia, garantía de inmunidad y garantía de indemnidad. 6.2.1 Omisión del expediente y efectos de su tramitación. 6.2.2 El principio de permanencia y las garantías de indemnidad e inmunidad en las funciones representativas. 7. Formalidades singulares establecidas por convenio colectivo. 8. Formalidad general complementaria: la propuesta de liquidación de cantidades pendientes de pago. 9. Formalidades de tiempo: plazo para despedir y prescripción de las faltas laborales. 10. Defectos de forma y nuevo despido. 10.1 Rectificaciones de defectos formales. 10.1.1 Primera oportunidad. 10.1.2 Segunda oportunidad. 10.2 Los despidos sucesivos. 11. La impugnación del despido: caducidad. 11.1 La naturaleza de derecho necesario del plazo establecido: comienzo del cómputo del plazo de caducidad. 11.1.1 El plazo de caducidad de la acción contra el despido. 11.1.2 Particularidades en la caducidad del despido. 11.1.3 No pronunciamiento sobre el fondo en la caducidad: la no interpretación extensiva. 11.1.4 Los días hábiles e inhábiles en la caducidad del despido. 11.2 La suspensión del plazo de caducidad. 12. La consecuencia de una posterior sentencia penal que se pronuncia sobre la causa de despido.

La normativa laboral establece límites a la manifestación del poder disciplinario del empresario que pretende sancionar al trabajador con la pena más grave y traumática de todas: la extinción del contrato de trabajo. Estos límites existen para facilitar el conocimiento de las razones concretas por las que se toma la decisión de despedir. Consecuentemente se pretende favorecer la defensa judicial del empleado frente a la extinción de la relación laboral. Para que el despido goce de efectos extintivos el empresario debe poner en conocimiento del trabajador la extinción de su relación laboral con la correcta consumación de una serie de formalidades establecidas en la propia normativa. Todo este catálogo de condiciones se justifica desde el momento en

que el legislador concede al despido la categoría de sanción máxima²¹⁷⁸. Pero cualquier otra formalidad exigida por negociación colectiva en garantía del trabajador también debe ser respetada²¹⁷⁹.

Nuestra legislación laboral es palmariamente formalista. A lo largo de la promulgación de las diferentes leyes los requisitos de forma para la validez del despido disciplinario se han ido suavizando; no obstante, la extinción aún se constituye como un acto de voluntad empresarial de carácter causal que debe ser correctamente comunicada al trabajador facilitándole el ejercicio legítimo y adecuado de su derecho de defensa. Se requiere de un acto de voluntad empresarial que exprese el afán de finalizar la relación laboral, así como un elenco de requisitos formales con los que exteriorizar la voluntad del empresario²¹⁸⁰. Se trata de un sistema formal de despido conocido como “*despido directo*” en donde frente al “*despido propuesto*” se le otorga a la voluntad del empleador el valor suficiente y la virtualidad necesaria para alcanzar la extinción de la relación de trabajo²¹⁸¹. Pero aunque baste con la expresión de voluntad del empleador de dar por terminada la relación laboral, la decisión del empresario se constituye como instituto formal, otorgando la jurisprudencia a las condiciones formales legales el título de requisitos *ad solemnitatem*²¹⁸².

La regulada formalización de la sanción no debe contemplarse como una disminución propia del poder del empresario; más bien debe observarse como un fundamental mecanismo con el que persuadirse –y resguardarse– de futuros incumplimientos. Una sanción impuesta al trabajador por un incumplimiento contractual grave y culpable debe desarrollarse de manera que se suprima cualquier elemento que presente una mínima arbitrariedad, siendo la decisión disciplinaria ejecutada un mal inevitable con el que obtener un mejor funcionamiento de la empresa²¹⁸³.

Por tanto, un despido formalmente perfecto además de no ocasionar indefensión al empleado e impartir justicia por el empresario goza de un importante efecto: el empleador enriquece su imagen ante el personal de la empresa²¹⁸⁴.

1. La modalidad procesal del despido disciplinario y recurso de suplicación: un recorrido general e introductorio sobre el procedimiento extintivo disciplinario

La LRJS establece un proceso ordinario en el Título I del Libro II –artículo 76 y siguientes LRJS– y específicas modalidades procesales en el Título II del Libro II –artículo 102 y siguientes LRJS–.

²¹⁷⁸ MELLA MÉNDEZ, L.: *La formalización del despido disciplinario. Un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 15.

²¹⁷⁹ TOLOSA TRIBIÑO, C.: *Despido: comentarios, jurisprudencia, formularios*, cit., p. 83.

²¹⁸⁰ SAGARDOY DE SIMÓN, I.: “La forma del despido disciplinario”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 206.

²¹⁸¹ ORTÍZ LALLANA, M^a. C.: “Causas, forma y efecto del despido disciplinario”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, 2, 2000, pp. 1114 y ss.

²¹⁸² CRUZ VILLALÓN, J.: “Requisitos ordinarios: la carta de despido”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 174.

²¹⁸³ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a. F.: *El poder disciplinario en la empresa*, cit., p. 330.

²¹⁸⁴ MELLA MÉNDEZ, L.: *La formalización del despido disciplinario. Un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 16.

El empleado disconforme con la decisión resolutoria del contrato de trabajo puede reaccionar impugnándola ante el órgano judicial correspondiente mediante el ejercicio de la pertinente acción interpuesta en plazo oportuno a través de la demanda que abre la modalidad procesal del despido, regulada en los artículos 103 y siguientes LRJS. Estas modalidades singulares son procesos especiales en razón del fundamento jurídico material que deba discutirse –artículo 102.1 LRJS– rigiendo para todo lo demás las reglas del proceso ordinario: en otros términos, en lo no regulado por la modalidad procesal especial que deba desarrollarse se aplicará el proceso común laboral²¹⁸⁵.

Es criterio jurisprudencial que el artículo 24 de la Constitución Española no incluye un derecho fundamental a procesos determinados sino que son los propios tribunales ordinarios quienes aplicando las normas competenciales –y de otra índole– han de encauzar cada pretensión por el procedimiento adecuado sea éste o no el elegido por la parte actora²¹⁸⁶. Por tanto, se dará al procedimiento que se esté juzgando la tramitación que resulte conforme a la modalidad procesal expresada en la demanda. No obstante, si en cualquier momento se advirtiere la inadecuación del procedimiento seguido, los jueces o tribunales procederán a dar al asunto la tramitación que corresponda a la naturaleza de las pretensiones ejercitadas sin vinculación necesaria a la modalidad elegida por las partes y completando los trámites que fueran pertinentes de acuerdo con la modalidad procesal oportuna con aplicación del régimen de recursos que corresponda a la misma. Igualmente no podrá dictarse el sobreseimiento del proceso o la absolución en la instancia por la inadecuación de la modalidad procesal, salvo cuando no sea posible completar la tramitación seguida hasta ese momento o cuando el demandante persista en la modalidad procesal inadecuada –artículo 102.2 LRJS–. En efecto el artículo 102 LRJS pone de manifiesto el carácter supletorio que posee el proceso ordinario frente a las modalidades procesales especiales en aquello que no esté específicamente previsto en la especialidad²¹⁸⁷.

La modalidad procesal oportuna afecta de modo directo a la impugnación de los actos disciplinarios del empleador. Una vez ejecutado el despido surge el ejercicio del poder de impugnación judicial del trabajador. El objeto del proceso interpuesto por el empleado reside en la pretensión de que el despido sea declarado nulo o improcedente. Esta reclamación se realiza por medio de demanda en el plazo de caducidad de veinte días hábiles que comienzan a computarse desde el día siguiente en el que se ha producido el despido –artículo 103.1 LRJS–. Dicho plazo será de caducidad a todos los efectos y no se computarán los sábados, domingos y los festivos en la sede del órgano jurisdiccional. Una vez iniciado el proceso mediante interposición de demanda por despido, le corresponde al juez efectuar un control *ex post* de la decisión extintiva revisando el acto de autotutela empresarial pues hasta este momento la voluntad resolutoria del empresario ha sido la única voluntad que se ha tenido en cuenta para

²¹⁸⁵ MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: “Derecho a un proceso justo o equitativo a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: especial incidencia en las condenas a España”, en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 34, 2017. MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: “Derecho a un proceso equitativo”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dirs. y Coords.) *et al: La garantía multinivel de los Derechos Fundamentales en el Consejo de Europa*, Comares, Granada, 2017, pp. 59 y ss.

²¹⁸⁶ STC 2/1986, de 13 de enero [RTC 1986, 2].

²¹⁸⁷ MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N. y GARCÍA VALVERDE, M^a. D.: “Artículo 102. Modalidades procesales”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al: Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, Granada, Comares, 2013, p. 576.

decidir el teórico incumplimiento del trabajador y, por ende, la ruptura de su relación laboral²¹⁸⁸. Asimismo, la caducidad de la acción del despido puede ser apreciada de oficio²¹⁸⁹.

En efecto, la demanda por despido ha de cumplir con las exigencias del proceso ordinario del artículo 80 LRJS y también las especialidades sobreañadidas del artículo 104 LRJS. La exigencia de requisitos especiales en la demanda de despido pretende delimitar la existencia de relación laboral y las circunstancias concretas de la misma facilitando el relato histórico de la sentencia²¹⁹⁰. Sobre la forma y contenido de la demanda, de acuerdo con el artículo 80 LRJS²¹⁹¹, la misma se formulará por escrito debiendo de contener los siguientes requisitos generales:

a) La designación del órgano ante quien se presenta la demanda que necesariamente será el Juzgado de lo Social, así como la expresión de la modalidad procesal a través de la cual entienda que deba enjuiciarse su pretensión.

b) La designación del demandante con expresión del número del documento nacional de identidad o del número y tipo de documento de identificación de los ciudadanos extranjeros y de aquellos otros interesados que deban ser llamados al proceso y sus domicilios indicando el nombre y apellidos de las personas físicas y la denominación social de las personas jurídicas. Al encontrarnos analizando un despido el demandante obligatoriamente tendrá que ser el trabajador despedido y nunca el empleador o empresario. Si la demanda se dirigiese contra una masa patrimonial, patrimonio separado, entidad o grupo carente de personalidad habrá de hacerse constar el nombre y apellidos de quienes aparezcan como administradores, organizadores, directores, gestores, socios o partícipes y sus respectivos domicilios.

c) La enumeración clara y concreta de los hechos sobre los que verse la pretensión y de todos aquellos que de acuerdo con la legislación sustantiva resulten imprescindibles para resolver las cuestiones planteadas. En ningún caso podrán alegarse hechos distintos de los manifestados en conciliación o mediación²¹⁹², ni introducirse respecto de la vía administrativa previas variaciones sustanciales en los términos, salvo los hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad.

d) La súplica correspondiente en los términos adecuados al contenido de la pretensión ejercitada. Obviamente la súplica del trabajador que reclama contra el

²¹⁸⁸ MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N. y GARCÍA VALVERDE, M^a. D.: “Artículo 103. Presentación de la demanda por despido”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al*: *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, cit., p. 579.

²¹⁸⁹ STS 21 de julio de 1997 [RJ 1997, 5872].

²¹⁹⁰ MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N. y GARCÍA VALVERDE, M^a. D.: “Artículo 104. Requisitos de la demanda por despido”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al*: *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, cit., p. 584.

²¹⁹¹ Vid. VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Artículo 80. Forma y contenido de la demanda”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al*: *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, cit., pp. 427 y ss.

²¹⁹² Vid. GUINDO MORALES, S.: “La mediación laboral como procedimiento de solución extrajudicial”, en CABRERA MERCADO, R. (Dir.) y QUESADA LÓPEZ, P. M. (Coord.) *et al*: *La mediación como método para la resolución de conflictos*, Madrid, Dykinson, 2017, pp. 477 y ss.

despido solicitará la improcedencia o nulidad del mismo así como la readmisión o la indemnización y –si los hubiera– los salarios de tramitación.

e) Si el demandante litigase por sí mismo designará un domicilio de ser posible en la localidad donde resida el juzgado o tribunal en el que se practicarán todas las diligencias que hayan de entenderse con él. Si designa letrado, graduado social colegiado o procurador la demanda deberá ir suscrita por el profesional que se entenderá asume su representación con plenas facultades procesales y facilitará los mismos datos.

f) La demanda deberá contener la fecha y firma.

g) Por último, de la demanda y de los documentos que la acompañen se presentarán tantas copias como demandados y demás interesados en el proceso haya así como para el Ministerio Fiscal en los casos en que legalmente deba intervenir: en materia de despidos solo intervendrá cuando el mismo constituye una lesión a los derechos de libertad sindical o un atentado contra cualquiera de los derechos fundamentales.

Además de los requisitos generales previstos del proceso ordinario –artículo 80 LRJS– deberán cumplirse los siguientes requisitos del proceso por despido disciplinario –artículo 104 LRJS–:

a) Antigüedad –concretando los períodos en que hayan sido prestados los servicios–, categoría profesional, salario, tiempo y forma de pago, lugar de trabajo, modalidad y duración del contrato, jornada, categoría profesional y características particulares –si las hubiere– del trabajo que se realizaba antes de producirse el despido. Se trata de describir la relación laboral rota por el despido del empresario.

b) Fecha de efectividad del despido –trascendente para el inicio del plazo de caducidad y comienzo de salarios de tramitación–, forma en que se produjo y hechos alegados por el empresario acompañando la comunicación recibida si existiese –la carta de despido es imprescindible pues al empresario no se le admitirán en el juicio otros motivos de despido que los contenidos en la misiva resolutoria– o haciendo mención suficiente de su contenido.

c) Si el trabajador ostenta o ha ostentado en el año anterior al despido la cualidad de representante legal o sindical de los trabajadores –que gozan de singular privilegio– así como cualquier otra circunstancia relevante para la declaración de nulidad o improcedencia o para la titularidad de la opción derivada. En efecto, para los representantes de los trabajadores que hayan sido despedidos se procederá a la apertura de expediente contradictorio en el que serán oídos, además del interesado, los restantes miembros de la representación a que perteneciere –si los hubiese–.

d) Si el trabajador se encuentra afiliado a algún sindicato. En efecto, si el trabajador estuviera afiliado a un sindicato y al empresario le constase, deberá dar audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical correspondiente a dicho sindicato. La audiencia previa al delegado del sindicato constituye una garantía singular del trabajador sindicado que no tiene cualquier otro trabajador despedido o sancionado. Su razón de ser se encuentra en la conveniencia apreciada por el legislador

de que los trabajadores sindicados tengan una reforzada protección frente al poder disciplinario del empresario²¹⁹³.

Por otro lado, a la demanda se le acompañará la documentación justificativa de haber intentado la previa conciliación o mediación²¹⁹⁴, o de haber transcurrido el plazo exigible para su realización sin que se hubiese celebrado, o del agotamiento de la vía administrativa cuando proceda o alegación de no ser necesarias éstas, así como los restantes documentos de aportación preceptiva con la demanda según la modalidad procesal aplicable –artículo 80.3 LRJS–. Si el demandante no aporta justificante del acto de conciliación el juez tiene la obligación de advertirle de la necesidad de acreditar su celebración o su intento de celebración –es un auténtico presupuesto para la tramitación del proceso–²¹⁹⁵. Asimismo, en los despidos de miembros del comité de empresa, delegados de personal o delegados sindicales habrá de aportarse por la parte demandada el expediente contradictorio legalmente exigido –artículo 106.2 LRJS–: se trata de una garantía formal añadida en los despidos de los representantes de los trabajadores.

Sobre las deficiencias de los requisitos no toda irregularidad formal puede convertirse en un obstáculo insalvable para su prosecución con repudio, por lo tanto, de formalismos enervantes contrarios al espíritu y finalidad de la norma. Cuando las exigencias formales obstaculicen de modo excesivo o irrazonable el ejercicio del derecho o bien esos requisitos hayan perdido su finalidad o su incumplimiento pueda convertirse en una falta subsanable es cuando la inadmisión de la demanda puede resultar desmesurada y vulneradora del derecho fundamental en juego. En suma cuando la omisión de algún requisito en la demanda de despido es intrascendente para los resultados del juicio sin que se produzca indefensión, la inadmisión de la demanda y el archivo de las actuaciones resultarán manifiestamente desproporcionados²¹⁹⁶. De todos modos es obvio que los apartados a) y b) del artículo 104 LRJS son imprescindibles para resolver adecuadamente cualquier reclamación de despido disciplinario. Por el contrario, los puntos c) y d) del precepto citado sólo son necesarios si el trabajador despedido quiere que se le reconozcan las especiales consecuencias que esa representación conlleva²¹⁹⁷. Igualmente deben tenerse en cuenta las exigencias que se hubieran formalizado por convenio colectivo –artículo 55.1 ET – así como las garantías especiales de las demandas de despido fundadas en la lesión de derechos fundamentales –que analizaremos más adelante–.

El artículo 81 LRJS regula la actuación judicial respecto a la demanda²¹⁹⁸. En este sentido el secretario judicial dentro de los tres días siguientes a la recepción de la

²¹⁹³ STS 23 de mayo de 1995 [RJ 1995, 5897].

²¹⁹⁴ ORTEGA LOZANO, P. G.: “La mediación en el acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales (ASAC)”, en CABRERA MERCADO, R. (Dir.) y QUESADA LÓPEZ, P. M. (Coord.) *et al*: *La mediación como método para la resolución de conflictos*, cit., pp. 461 y ss. GUINDO MORALES, S.: “La mediación laboral como procedimiento de solución extrajudicial”, en CABRERA MERCADO, R. (Dir.) y QUESADA LÓPEZ, P. M. (Coord.) *et al*: *La mediación como método para la resolución de conflictos*, cit., pp. 477 y ss.

²¹⁹⁵ Vid. SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, J.: *Los plazos en el proceso de despido disciplinario*, cit., p. 154.

²¹⁹⁶ STC 118/1987, de 8 de julio [RTC 1987, 118].

²¹⁹⁷ MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N. y GARCÍA VALVERDE, M^a. D.: “Artículo 104. Requisitos de la demanda por despido”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al*: *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, cit., p. 586.

²¹⁹⁸ Vid. VALDÉS DAL-RE, F. y GARCÍA QUIÑONES, J. C.: “Artículo 81. Admisión de la demanda”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO

misma informará al juez o tribunal si entendiera que concurren los supuestos de falta de jurisdicción o competencia, o sin perjuicio de los procedimientos de señalamiento inmediato que puedan establecerse resolverá sobre la admisión a trámite de aquélla con señalamiento de juicio en la forma prevista en el artículo 82 LRJS, o advertirá a la parte de los defectos u omisiones en que haya incurrido al redactar la demanda en relación con los presupuestos procesales necesarios que pudieran impedir la válida prosecución y término del proceso²¹⁹⁹. Todo lo anterior a fin de que el trabajador demandante subsane los citados defectos dentro del plazo de cuatro días. Lo mismo ocurre en relación con los documentos de preceptiva aportación con la demanda salvo para la conciliación o mediación previa en la que advertirá al demandante que ha de acreditar la celebración o el intento del expresado acto en el plazo de quince días –artículo 81.3 LRJS–²²⁰⁰. Realizada la subsanación, el secretario judicial dentro de los tres días siguientes admitirá la demanda. En otro caso dará cuenta al juez o tribunal para que por el mismo se resuelva –dentro de los tres días siguientes– su admisibilidad. Si la demanda fuera admisible –o una vez subsanada la misma– y en ella se solicitasen diligencias de preparación de la prueba a practicar en juicio, así como en los casos de solicitud posterior dentro del plazo legal de tales diligencias o de cualquier otra diligencia de anticipación o aseguramiento de la prueba, se dará cuenta al juez o tribunal para que resuelva lo procedente dentro de los tres días siguientes debiendo notificarse la resolución correspondiente junto con la admisión a trámite de la demanda y la notificación del señalamiento –artículo 81.4 LRJS–. La conciliación judicial se realizará una vez admitida la demanda cuando se haya verificado la concurrencia de los requisitos exigidos. En la misma resolución de admisión a trámite, el secretario judicial señalará el día y la hora en que hayan de tener lugar sucesivamente los actos de conciliación y juicio debiendo mediar un mínimo de diez días entre la citación y la efectiva celebración de dichos actos, salvo en los supuestos en que la ley disponga otro distinto –artículo 82.1 LRJS–. Sólo a petición de ambas partes o por motivos justificados acreditados ante el secretario judicial podrá –éste mismo– suspender por una sola vez los actos de conciliación y juicio. Excepcionalmente y por circunstancias trascendentes adecuadamente probadas podrá acordarse una segunda suspensión –artículo 83 LRJS–.

El procedimiento para la celebración del acto de conciliación judicial se regula en los artículos 84 y siguientes LRJS²²⁰¹. En este acto el secretario judicial intentará la conciliación de las partes llevando a cabo la labor mediadora que le es propia y advirtiendo de los derechos y obligaciones que pudieran corresponderles. Si las partes alcanzan la avenencia dictará decreto aprobándola y acordando el archivo de las actuaciones. Del mismo modo, corresponderá al secretario judicial la aprobación del acuerdo alcanzado por las partes antes del día señalado para los actos de conciliación y juicio. La conciliación alcanzada ante el secretario judicial y los acuerdos logrados entre

MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al*: *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, cit., pp. 437 y ss.

²¹⁹⁹ Sobre subsanación de la demanda, *vid.* SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, J.: *Los plazos en el proceso de despido disciplinario*, cit., pp. 238 y ss.

²²⁰⁰ ORTEGA LOZANO, P. G.: “La mediación en el acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales (ASAC)”, en CABRERA MERCADO, R. (Dir.) y QUESADA LÓPEZ, P. M. (Coord.) *et al*: *La mediación como método para la resolución de conflictos*, cit., pp. 461 y ss.

²²⁰¹ *Vid.* VALDÉS DAL-RE, F. y GARCÍA QUIÑONES, J. C.: “Conciliación y juicio”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. Mª. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al*: *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, cit., pp. 454 y ss.

las partes aprobados por aquél tendrán –a todos los efectos legales– la consideración de conciliación judicial. No obstante, si el secretario judicial estimara que lo convenido es constitutivo de lesión grave para alguna de las partes o para terceros, de fraude de ley o de abuso de derecho o contrario al interés público, no aprobará el acuerdo advirtiendo a las partes que deben comparecer a presencia judicial para la celebración del acto del juicio. En caso de no haber avenencia ante el secretario judicial y procederse a la celebración del juicio, si las partes alcanzasen en éste momento procesal un acuerdo conciliatorio su resolución le corresponderá al juez o tribunal. Por otro lado, la acción para impugnar la validez de la conciliación se ejercitará ante el mismo juzgado o tribunal al que hubiera correspondido la demanda. La acción caducará a los treinta días de la fecha de su celebración. Además las partes podrán ejercitar la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos; por otro lado, la impugnación por los posibles terceros perjudicados podrá fundamentarse en ilegalidad o lesividad.

Si no hubiera avenencia en conciliación se pasará seguidamente a juicio y se dará cuenta de lo actuado. A continuación el demandante ratificará o ampliará su demanda aunque en ningún caso podrá hacer en ella variación sustancial. El demandado contestará afirmando o negando concretamente los hechos de la demanda y alegando cuantas excepciones estime procedentes –artículo 85 LRJS–. Sobre la posición de las partes en los procesos de despido, el artículo 105.1 LRJS atribuye al empleador-demandado la iniciativa en los trámites de alegaciones, prueba y conclusiones correspondiéndole exponer su posición en primer lugar, siendo el trabajador el que debe contestar en segundo lugar al empresario demandado. El citado precepto engarza con diversos principios constitucionales ya que la inversión en el orden de la actuación de las partes, que novedosamente introdujo la Ley de Procedimiento Laboral de 1990 –sustentada con anterioridad por la jurisprudencia laboral–, no sólo se ajusta al principio de igualdad procesal sino que contribuye a que el trabajador pueda articular una defensa más adecuada. Que el demandado actúe en primer lugar se vincula a la idea de que la actuación extintiva de la relación laboral deriva de una actuación del propio empresario-demandado que al despedir al empleado ha tomado una decisión que ahora tiene que justificar ante el órgano judicial²²⁰². Además la prueba de la veracidad de los hechos imputados incumbe al empleador por lo que es obvio que se altere, en alguna medida, las posiciones procesales de las partes. La norma, en suma, participa de la naturaleza material del haz de derechos en que se descompone el más genérico de los mismos: la tutela judicial efectiva. El éxito de la pretensión del trabajador no dependerá tanto de la eficacia de su defensa cuanto del fracaso de las alegaciones y prueba del empleador, pues el trabajador tan solo se limitará a afirmar o negar los hechos contenidos en la carta de despido²²⁰³. Se admitirán las pruebas que se formulen y puedan practicarse en el acto respecto de los hechos sobre los que no hubiere conformidad –artículo 87.1 LRJS–. El juez o tribunal resolverá sobre la pertinencia de las pruebas propuestas y determinará la naturaleza y clase del medio de prueba de cada una de ellas –artículo 87.2 LRJS–.

Igualmente, la comunicación escrita del despido –carta de despido– juega un papel delimitador del contenido del proceso: de acuerdo con el artículo 105.2 LRJS, para justificar el despido al empresario no se le admitirán en el juicio otros motivos de

²²⁰² MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N. y GARCÍA VALVERDE, M^a. D.: “Artículo 105. Posición de las partes”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al*: *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, cit., p. 588.

²²⁰³ STC 130/1998, de 16 de junio [RTC 1998, 130].

oposición a la demanda que los contenidos en la comunicación escrita de dicho despido. Se cumple así una doble finalidad: por un lado, el trabajador posee conocimiento claro, inequívoco y suficiente de los cargos que el empleador le atribuye como motivadores del despido; por otro, se delimita fácticamente los términos de la controversia judicial²²⁰⁴. Obviamente la principal intención de la anterior afirmación no es otra que la de evitar la indefensión que en caso contrario podría provocarse al trabajador²²⁰⁵, reforzando la posición de la parte más débil²²⁰⁶. En suma, se delimitan normativamente los fundamentos de la defensa del empresario demandado.

De acuerdo con el artículo 106.1 LRJS, en los supuestos previstos en el apartado 1 del artículo 32 LRJS²²⁰⁷ –referido a la acumulación de procesos relativos a la extinción del contrato de trabajo– habrán de respetarse las garantías que respecto de las alegaciones, prueba y conclusiones se establecen para el proceso de despido disciplinario. Este precepto nos deriva a la compleja materia de acumulación de acciones. La acumulación de acciones es una figura jurídica que se permite en función de los principios de economía y celeridad procesal. En principio, la pretensión del despido no es acumulable a ninguna otra –de acuerdo con el artículo 27.2 LRJS–: en efecto, la regla general es que si la acción de despido se ejercitara acumulada a otra en la demanda se requerirá al demandante para que en el plazo de cuatro días subsane el defecto eligiendo la acción que pretenda mantener. En el caso de que transcurra el plazo señalado sin haber optado por ninguna de las acciones se seguirá la tramitación del juicio de despido y se tendrá por no formulada la otra acción acumulada advirtiéndolo al demandante de su derecho a ejercitarla por separado –artículo 27 LRJS–.

Cuestión diferente es la formulación de demandas por alguna de las causas previstas en el artículo 50 ET y por despido: en este supuesto si se permite la acumulación de acciones –artículo 32.1 LRJS–. Por tanto, la excepción permite la acumulación de acciones cuando el trabajador haya formulado demandas por separado: por un lado, por la extinción por voluntad del trabajador –artículo 50 ET–; y por otro, por despido ejecutado por el empresario. El artículo 32 LRJS permite la acumulación cuando el trabajador ejercite –con el mismo empresario– una acción de despido y otra de resolución del contrato de trabajo²²⁰⁸. Es más: los términos del precepto citado parecen ser imperativos, no una mera posibilidad; es decir, el contenido del artículo parece indicar la imposición de la obligación de acumular las acciones de despido y extinción del contrato de trabajo por voluntad del empleado²²⁰⁹. Al ser cuestiones diferentes la demanda que se promueva posteriormente se acumulará a la primera de

²²⁰⁴ Vid. MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N. y GARCÍA VALVERDE, M^a. D.: “Artículo 105”, en MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N. y GALLEGO MORALES, A. J. (Dir.) et al: *Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral*, tomo I, Granada, Comares, 2001, p. 684.

²²⁰⁵ FERNÁNDEZ LÓPEZ, A.: “Los recursos contra las sentencias de despido. Efectos de su interposición y de su estimación o desestimación”, en AA. VV: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 940.

²²⁰⁶ RUBIO DE MEDINA, M^a. D.: *El despido disciplinario*, cit., p. 36.

²²⁰⁷ Vid. RODRÍGUEZ ALCÁZAR, J.: “De la acumulación de acciones, procesos y recursos”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) et al: *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, cit., pp. 197 y ss.

²²⁰⁸ STC 63/1999, de 26 de abril [RTC 1999, 63].

²²⁰⁹ MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N. y GARCÍA VALVERDE, M^a. D.: “Artículo 106. Garantías del proceso”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) et al: *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, cit., p. 592.

oficio o a petición de cualquiera de las partes debiendo debatirse todas las cuestiones planteadas en un solo juicio. A estos efectos el trabajador deberá hacer constar en la segunda demanda la pendencia del primer proceso y el juzgado que conoce del asunto. Cuando las acciones ejercitadas estén fundadas en las mismas causas o en una misma situación de conflicto la sentencia deberá analizar conjuntamente ambas acciones y las conductas subyacentes dando respuesta, en primer lugar, a la acción que considere que está en la base de la situación del conflicto resolviendo después la segunda con los pronunciamientos indemnizatorios que procedan. Si las causas de una u otra acción son independientes la sentencia debe dar prioridad al análisis y resolución de la acción que haya nacido antes atendiendo al hecho constitutivo de la misma, si bien su estimación no impedirá el examen y decisión, en su caso, de la otra acción –artículo 32.1 LRJS–. El elemento que justifica la acumulación parece identificarse en la identidad de los procesos pues existe una conexión subjetiva del trabajador y empresario cuyo objeto es distinto: la extinción por voluntad del trabajador y el despido por voluntad del empresario. Con la acumulación de acciones –unir dos cuestiones planteadas en un solo juicio– se pretende evitar los riesgos de colisión que pueden existir al resolverse controversias opuestas: el conflicto se constituye porque si el despido es declarado procedente conforme el artículo 54 ET no da lugar a la existencia de indemnización, mientras que si se reconoce el derecho del trabajador a extinguir la relación laboral, de acuerdo con el artículo 50 ET, sí tendrá derecho a la indemnización correspondiente²²¹⁰. En suma se pretende evitar resultados contradictorios. Además, según cabe deducir del artículo 106.1 LRJS, la inversión de la actuación de las partes en el procedimiento del despido disciplinario al que se refiere el artículo 105 LRJS es norma también aplicable cuando la acción de despido se haya acumulado a la de resolución del contrato de trabajo.

A todo lo anterior habría que referirse a la innovadora línea que permite, en virtud del artículo 26.3 LRJS, la acumulación de la acción del despido y de una acción de cantidad adeudada por el empresario al trabajador²²¹¹. El objeto es finalista: resolver de manera conjunta la extinción unilateral del contrato de trabajo en todos sus aspectos litigiosos: despido y reclamaciones de cantidad. En efecto es una excepción a la regla general de que el despido no admite acumulaciones de otras acciones que no tengan relación estricta con el despido.

Las especialidades más importantes del proceso por despido se localizan en la sentencia no sólo por lo que afecta a su propio contenido y estructura sino también en su fallo –calificando el despido–. A la sentencia además de las normas específicas del proceso por despido también le son de aplicación los preceptos del procedimiento ordinario de la LRJS, las que fija la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como las normas establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil como norma supletoria.

En los hechos que se estimen probados en la sentencia deberán hacerse constar las siguientes circunstancias –artículo 107 LRJS–: antigüedad del trabajador, concretando los períodos en que hayan sido prestados los servicios; categoría profesional; salario, tiempo y forma de pago; lugar de trabajo; modalidad y duración del contrato; jornada laboral; fecha y forma del despido, causas invocadas para el mismo y

²²¹⁰ RUBIO DE MEDINA, M^a. D.: *El despido disciplinario*, cit., pp. 32 y 33.

²²¹¹ STSJ Comunidad Valenciana 10 de julio de 2015 [JUR 2015, 27589] y STSJ Madrid 3 de febrero de 2016 [JUR 2016, 56212].

hechos acreditados en relación con dichas causas; y si el trabajador ostenta o ha ostentado –en el año anterior al despido– la condición de representante o delegado.

Sobre los salarios –tema constante de controversia– es el proceso por despido ubicación adecuada para su delimitación al ser elemento principal que compone la acción ejercitada debiendo pronunciarse la sentencia sobre los mismos. Las consecuencias sobre el incumplimiento de los hechos que deben constar en la sentencia ocasiona la nulidad de la misma remitiéndose los autos al órgano judicial de origen para que dicte otra sentencia que cumpla y respete los requisitos del artículo citado. No obstante, si la ausencia de algunos de los datos mencionados en este precepto es subsanable en vía de recurso sin producir indefensión, la sentencia no será motivo de nulidad sino de la revocación o confirmación de la resolución a la vista de los concretos motivos aducidos²²¹².

Igualmente, la sentencia deberá pronunciarse en los términos del artículo 108 LRJS calificando el despido como procedente, improcedente o nulo sin que exista previsión legal que autorice al juez a realizar un pronunciamiento judicial diferente²²¹³. De acuerdo con el artículo 109 LRJS²²¹⁴, si el despido se declara procedente se acreditará el incumplimiento alegado por el empresario desestimándose la demanda del trabajador y confirmando la licitud de la decisión unilateral del empresario de extinguir la relación laboral. El empleado queda así en situación legal de desempleo desde el mismo momento en el que se comunicó el despido²²¹⁵. De acuerdo con el artículo 110 LRJS²²¹⁶, si el despido se declara improcedente se condenará al empresario a la readmisión del trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido así como al abono de los salarios de tramitación a los que se refiere el apartado 2 del artículo 56 ET o, a elección de aquél –como regla general–, a que le abone una indemnización cuya cuantía se fijará de acuerdo con lo previsto en el apartado 1 del artículo 56 de dicha ley. De acuerdo con el artículo 113 LRJS²²¹⁷, si el despido se declara nulo se condenará a la inmediata readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir.

²²¹² MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N. y GARCÍA VALVERDE, M^a. D.: “Artículo 107. Hechos probados”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al: Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, cit., p. 595.

²²¹³ MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N. y GARCÍA VALVERDE, M^a. D.: “Artículo 108. Calificación del despido por la sentencia”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al: Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, cit., p. 598.

²²¹⁴ “Si se estima el despido procedente se declarará convalidada la extinción del contrato que aquél produjo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación”.

²²¹⁵ MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N. y GARCÍA VALVERDE, M^a. D.: “Artículo 109. Efectos del despido procedente”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al: Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, cit., p. 604.

²²¹⁶ Vid. MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N. y GARCÍA VALVERDE, M^a. D.: “Artículo 110. Efectos del despido improcedente”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al: Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, cit., pp. 605 y ss.

²²¹⁷ Vid. MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N. y GARCÍA VALVERDE, M^a. D.: “Artículo 113. Efectos de la declaración de nulidad del despido”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al: Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, cit., pp. 616 y 617.

Contra las sentencias que dicten los Juzgados de lo Social se podrán interponer recurso de suplicación que conocerá la Sala de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia –artículo 190 LRJS–. Ciñéndonos al tema tratado procederá en todo caso la suplicación en procesos por despido o extinción del contrato salvo en los procesos por despido colectivo impugnados por los representantes de los trabajadores –artículo 191.3.a) LRJS–. Los motivos justificativos para la interposición del recurso son los siguientes: a) Reponer los autos al estado en el que se encontraban en el momento de cometerse una infracción de normas o garantías del procedimiento que haya producido indefensión; b) Revisar los hechos declarados probados a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas; y c) Examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia –artículo 193 LRJS–.

Las distintas fases o trámites que componen el procedimiento del recurso de suplicación pueden encuadrarse en²²¹⁸: determinación de la cuantía del proceso –artículo 192 LRJS–; anuncio del recurso –artículo 194 LRJS–; facultades de control por parte del juzgado sobre el cumplimiento de las prevenciones establecidas por ley y entrega de las actuaciones al letrado recurrente –artículo 195 LRJS–; escrito de interposición de recurso –artículo 196 LRJS–; traslado del recuso a las partes recurridas –artículos 197 LRJS–; escrito de impugnación del recurso –artículo 197 LRJS–; elevación de los autos por el juzgado a la Sala del Tribunal Superior de Justicia –artículo 197.3 LRJS–; trámite de subsanación de defectos a iniciativa de la Sala –artículo 199–; trámite de inadmisión del recurso –artículo 200 LRJS–; y sentencia –artículo 201 LRJS–.

Los efectos del recurso de suplicación dependerán de su estimación o desestimación. Si se desestima el recurso se confirma la sentencia recurrida y se condenará al recurrente a la pérdida de la consignación y del depósito que haya efectuado –artículo 204 LRJS–. Asimismo, la Sala se pronunciará sobre las costas y la multa que en su caso haya podido imponer la sentencia. Pero si se estima el recurso se revocará la sentencia de instancia con las siguientes especificaciones –artículo 202 LRJS–: 1) Cuando la revocación de la resolución de instancia se funde en la infracción de normas o garantías del procedimiento que haya producido indefensión, la Sala, sin entrar en el fondo de la cuestión, mandará reponer los autos al estado en que se encontraban en el momento de cometerse la infracción. 2) Si la infracción cometida versara sobre las normas reguladoras de la sentencia, la estimación del motivo obligará a la Sala a resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparezca planteado el debate. Pero si no pudiera hacerlo, por ser insuficiente el relato de hechos probados de la resolución recurrida y por no poderse completar por el cauce procesal correspondiente, acordará la nulidad en todo o en parte de dicha resolución y de las siguientes actuaciones procesales concretando en caso de nulidad parcial los extremos de la resolución impugnada que conservan su firmeza, reponiendo lo actuado al momento de dictar sentencia para que se salven las deficiencias advertidas y sigan los autos su curso legal. 3) De estimarse alguno de los restantes motivos del recurso comprendidos en el artículo 193 LRJS, la Sala resolverá lo que corresponda con preferencia de la resolución del fondo del litigio, dentro de los términos en que aparezca planteado el debate, incluso sobre extremos no resueltos en su momento en la sentencia recurrida por haber apreciado alguna circunstancia obstativa, así como, en su caso,

²²¹⁸ Vid. CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ DÍAZ, P.: “Título II. Recurso de Suplicación”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) et al: *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, cit., pp. 1061 a 1106.

sobre las alegaciones deducidas en los escritos de impugnación, siempre y cuando el relato de hechos probados y demás antecedentes no cuestionados obrantes en autos resultaran suficientes.

Cuando la Sala revoque totalmente la sentencia de instancia –estimación total– y el recurrente haya consignado en metálico el importe de la condena o asegurado la misma conforme a lo prevenido en la ley y constituido el depósito para recurrir, el fallo dispondrá la devolución de todas las consignaciones y del depósito y la cancelación de los aseguramientos prestados una vez firme la sentencia. Pero si se estimara el recurso de suplicación y se condenara a una cantidad inferior a la reconocida por la resolución recurrida –estimación parcial– el fallo dispondrá la devolución parcial de las consignaciones en la cuantía que corresponda a la diferencia de las dos condenas –la cantidad de la condena no puede confundirse con la cantidad del depósito– y la cancelación también parcial de los aseguramientos prestados una vez firme la sentencia. No obstante, en todos los supuestos de estimación parcial del recurso de suplicación, el fallo dispondrá la devolución de la totalidad del depósito –artículo 203 LRJS–.

Cuando la sentencia que declara la improcedencia del despido es recurrida, se constituyen diferentes efectos según la opción seleccionada por la parte que poseía la opción. De acuerdo con el artículo 111 LRJS²²¹⁹, en el caso de que la opción la tenga el empresario, encontramos dos reglas: a) La primera, en la que se han de analizar los efectos de la interposición del recurso si la opción fue por la readmisión con independencia de la parte que hubiera interpuesto el recurso. En este caso, la sentencia se llevará a efecto de forma provisional en los términos establecidos en el artículo 297 LRJS. Por tanto, se ejecuta provisionalmente la sentencia mientras que se prolonga la tramitación del recurso lo que obliga al empresario a satisfacer al trabajador la retribución que percibía antes del despido y el trabajador sigue prestando sus servicios, a excepción de que el propio empleador prefiera abonar la retribución sin contraprestación del trabajador. b) La segunda regla, cuando la opción del empresario hubiera sido por la indemnización, tanto en el supuesto de que el recurso fuere interpuesto por éste como por el trabajador, no procederá la readmisión mientras penda el recurso, si bien durante la tramitación del mismo el trabajador se considerará en situación legal de desempleo involuntario.

Si la sentencia es revocada en parte por el tribunal la propia normativa procesal establece ciertas puntualizaciones –artículo 111 LRJS–. Si el recurso interpuesto por el trabajador eleva la cuantía de la indemnización, el empresario, dentro de los cinco días siguientes al de su notificación, podrá cambiar el sentido de su opción y en tal supuesto la readmisión retrotraerá sus efectos económicos a la fecha en que tuvo lugar la primera elección deduciéndose de las cantidades que por tal concepto se abonen las que, en su caso, hubiera percibido el trabajador en concepto de prestación por desempleo. La citada cantidad y la correspondiente aportación empresarial a la Seguridad Social habrán de ser ingresadas por el empresario en la Entidad Gestora. Diferente es que se declare la nulidad del despido al llevar consigo la obligación del empresario de la readmisión inmediata con abono de los salarios dejados de percibir: por tanto, la opción

²²¹⁹ Vid. MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N. y GARCÍA VALVERDE, M^a. D.: “Artículo 111. Efectos del recurso contra la sentencia de declaración de improcedencia del despido”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al*: *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, cit., pp. 611 y ss.

ejercitada se tendrá por no hecha –artículo 111.2 LRJS–. Igualmente cuando se revoca la sentencia anterior y el despido se declara procedente queda sin efecto la opción efectuada pues la procedencia lleva consigo la extinción de la relación de trabajo sin derecho a indemnización. Por último, cuando se confirme la sentencia recurrida el sentido de la opción no podrá ser alterado. En la misma línea el artículo 112 LRJS²²²⁰ fija las consecuencias en el supuesto de que la opción se ejercite por los representantes de los trabajadores: a estos efectos se ha de tener presente lo especificado para el artículo 111 LRJS. Igualmente, la sentencia declarada nula será ejecutada de forma provisional en los términos establecidos por el artículo 297 LRJS –inmediata readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir– tanto si fuera recurrida por el empresario como si lo fuera por el trabajador –artículo 113 LRJS–.

2. Requisitos formales necesarios a todo despido disciplinario

Antes de adentrarnos en los requisitos formales del despido disciplinario en nuestro ordenamiento jurídico conviene hacer un viaje general a las legislaciones europeas próximas a la española con objeto de constatar como en la generalidad de las mismas se establecen determinadas formalidades para declarar la procedencia de un despido disciplinario. Veámoslas²²²¹: en Bélgica, en general, el empleador se encuentra facultado para advertir o despedir en cualquier momento y causa. De hecho no es necesario –ni siquiera– precisar la razón del despido ni detentar autorización administrativa o legal. Lo que sí se encuentra rigurosamente preceptuado son los períodos de preaviso que deben respetarse. Más formalidades se requieren en la República Checa donde el despido siempre debe someterse a alguna de las causas convenidas en el Código Laboral –manifiestamente exteriorizada por escrito– siendo el período de preaviso de dos meses. No se requerirá preaviso cuando se trate de falta muy grave por parte del empleado o condena criminal. Posición semejante se localiza en Dinamarca al entender que el despido debe sustentarse en una causa legal o razonable. No obstante, es un sistema peculiar debido a las altas tasas de afiliación a los sindicatos y organizaciones empresariales; consecuentemente, los sistemas judiciales de resolución de conflictos laborales terminan por influenciarse por los propios interlocutores sociales. En la mayoría de los casos la extinción de la relación laboral va antecedida por una serie de advertencias con la finalidad de otorgar al empleado la ocasión de enmendar su conducta y soslayar la sanción más traumática de entre las existentes. La ley no abarca ningún procedimiento específico ni se requieren autorizaciones previas. Sí se concretan preavisos cuyos plazos son proporcionales a la antigüedad del empleado. Más enrevesada es la situación en Francia. El despido de un empleado con contrato indefinido debe estar siempre sustentado en una causa objetiva, cierta, precisa y suficiente que lo justifique; si es un motivo basado en la propia persona del trabajador, la causa debe ser real y seria. Existe un mecanismo formal por el cual el empleador debe notificar por correo certificado o entregando la carta en mano la obligación de acudir a una reunión previa a la extinción de la relación laboral –a la que puede ir asistido por un

²²²⁰ Vid. MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N. y GARCÍA VALVERDE, M^a. D.: “Artículo 112. Efectos del recurso contra la sentencia de declaración de improcedencia del despido de un representante legal o sindical de los trabajadores”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al*: *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, cit., pp. 614 y 615.

²²²¹ SAGARDOY DE SIMÓN, I.: “La forma del despido disciplinario”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al*: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., pp. 223 y 224. Vid. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A.: “Informe sobre la regulación del despido en Europa”, en *Temas Laborales*, núm. 99, 2009, *passim*.

representante— en la que el empresario estará obligado a esclarecer las causas del despido. Si posteriormente a la reunión se mantiene la voluntad de despedir al trabajador se dará preaviso de dicho despido y de las causas por correo certificado. El empleado tiene derecho a obtener una indemnización tasada legalmente. En Alemania el despido debe estar siempre “*socialmente justificado*”. Destaca el deber de audiencia previa al comité de empresa antes de la notificación del despido, el cual, deberá pronunciarse al respecto; si se incumple este trámite la extinción carecerá de eficacia. La determinación de finalizar un contrato de trabajo debe exteriorizarse manifiestamente en la carta de despido que, en principio, no debe incluir con detalle la determinación escrita de los motivos de despido. En Austria el sistema de protección frente al despido es prácticamente similar al alemán pero varían pequeños detalles de regulación. En Italia —equivalente al ordenamiento jurídico español— el despido debe ser notificado por escrito. El empresario detenta la condición de finalizar unilateralmente el contrato de trabajo por causa justa. En los Países Bajos el empleador debe solicitar una autorización administrativa al *Centre of Work and Income*. Aquellos despidos que no cumplan con esta condición son nulos. Aún en el caso de que la autorización sea reconocida, el empleado puede reclamar ante la justicia cuando la extinción de la relación laboral no la considere justa. El empresario puede evitar la autorización administrativa en contratos en período de prueba o si se trata de un despido sumario: es decir, cuando concurre una causa urgente porque el comportamiento de la otra parte hace irrazonable la continuación de la relación laboral. Las causas de despido pueden encontrarse relacionadas con el rendimiento del trabajador o la existencia de diferencias irreparables entre las partes: en definitiva, que sean causas razonables. El empleador deberá gestionar la obtención de la autorización con la precitada institución aludiendo a las causas concernientes y aportando las pruebas pertinentes. Además la ley instaura los períodos de preaviso que se deberán aplicar a cada caso. En Reino Unido existen motivos legítimos con los que un trabajador puede ser despedido legalmente. En estos casos existe obligación de informar por escrito de los argumentos por los cuales se contempla la facultad de extinguir la relación laboral. Se convoca al empleado a intervenir en una reunión en la que se le otorga la oportunidad de defenderse. Posterior a dicha reunión el empleador tomará una decisión comunicándola al empleado así como su derecho a recurrir dicha sanción. En caso de recurrirla se oficiará una segunda reunión después de la cual se tomará la decisión final. Este procedimiento es de obligatorio cumplimiento para que el despido no sea estimado de ineficaz.

2.1 Origen y evolución de la comunicación escrita

El origen legal de la reivindicación formal de la comunicación escrita del despido disciplinario se remonta al Decreto de 26 de octubre de 1956²²²², por el que se modifica el texto refundido de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, que alterando el precedente régimen jurídico de éste último texto normativo, autorizó a las empresas para imponer a sus trabajadores la sanción disciplinaria de despido sin obligación de instruir expediente ni elevar propuesta a la Magistratura de Trabajo, aunque la misma debería notificarse al Jurado de Empresa —siempre que éste existiera— y además informar por escrito al trabajador haciendo figurar la fecha y los argumentos concluyentes por los que se deriva la decisión patronal²²²³.

²²²² Publicado en Boletín Oficial en fecha de 25 de diciembre de 1956.

²²²³ MELLA MÉNDEZ, L.: *La formalización del despido disciplinario. Un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 59.

Con antelación al precitado Decreto de 26 de octubre de 1956 se localizaban mínimas advertencias a la comunicación escrita, no en normas de carácter general, sino sectoriales –en concreto aludimos a las reglamentaciones de trabajo–. Antes de tales reglamentos, ni el Código de Trabajo de 1926, ni la Ley de Contrato de Trabajo de 1931, ni el Fuero de Trabajo de 1938 hacían alusión alguna. Del mismo modo la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 guardaba silencio ante tal observancia, sin embargo, bien es cierto que establecía respetar el procedimiento por la costumbre o la reglamentación de trabajo aplicable lo que significaba no dejar a la libertad del empresario la forma para extinguir la relación laboral.

La finalidad de las reglamentaciones de trabajo, de acuerdo con el artículo 4 del Decreto orgánico regulador de la reglamentación del trabajo de 29 de marzo de 1941²²²⁴ y el artículo 1 de la Ley de 16 de octubre de 1942 por la que se establecen normas para regular la elaboración de las reglamentaciones de trabajo²²²⁵, era establecer aquellas disposiciones que debían regir el desarrollo del despido y la regulación sistemática de las condiciones mínimas entre el empresario y el personal a su servicio. En suma, el procedimiento de despido se ajustaba a dos modalidades. En la primera modalidad de propuesta de despido se sustraía al empresario el pleno poder para despedir mediante la interposición –entre su voluntad y el acto de extinción– del control de otra instancia, ante la cual, pasaba a ostentar la posición de demandante: de acuerdo con esta modalidad el empresario quedaba meramente facultado para elevar una propuesta de despido a dicha instancia. En la segunda modalidad el empresario disponía de poder suficiente para despedir sin intervención de instancia ajena: esta modalidad se conectaba con la configuración del despido propia de un régimen jurídico individualista. Con independencia del sistema empleado por el empresario, la mayoría de las reglamentaciones exigía la instrucción de un previo expediente en la que el empresario –dependiendo de la reglamentación aplicable– debía elevar la propuesta de despido al órgano competente acompañada del expediente²²²⁶. Una vez recibida la propuesta por el órgano receptor debía procederse a verificar la realidad y gravedad de los hechos que pretendían servir de base para la extinción del contrato de trabajo y, de acuerdo al desenlace de esa verificación, acordar o no el despido del trabajador: no obstante, en ningún caso el empresario quedaba vinculado por la citada propuesta²²²⁷.

La regulación normativa que figuraba en las reglamentaciones de trabajo –de 1941 y 1942– era heterogénea en cuanto a la formalización del despido. Esta causa –la voluntad de liquidar tal disparidad– constituyó el principal fundamento para la publicación del Decreto de 26 de octubre de 1956. Así queda manifestado en el preámbulo de este texto normativo cuando se refiere a la urgencia de unificar los diversos criterios establecidos por las reglamentaciones laborales en cuanto al procedimiento a seguir para sancionar las faltas cometidas en el trabajo.

Como ya aludimos al hablar de la evolución de las causas del despido disciplinario, la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, en su artículo 77, describía las justas causas de despido disciplinario. Pero nada decía de la formalización de la extinción. Para ello, el citado Decreto de 1956, en referencia a los requisitos formales

²²²⁴ Publicado en Boletín Oficial en fecha de 9 de abril de 1941.

²²²⁵ Publicado en Boletín Oficial en fecha de 23 de octubre de 1942.

²²²⁶ MELLA MÉNDEZ, L.: *La formalización del despido disciplinario. Un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*, cit., pp. 60 y ss.

²²²⁷ ALMANSA PASTOR, J. M.: *El despido nulo*, Madrid, Tecnos, 1968, p. 18.

del despido, establecía lo siguiente: “*todas las empresas quedan facultadas para imponer a sus trabajadores la sanción disciplinaria de despido sin necesidad de instruir expediente ni elevar propuesta a la Magistratura de Trabajo. Si existiese Jurado de Empresa, vendrán obligadas a ponerlo en conocimiento del mismo antes de ejercitar el derecho que en el párrafo anterior se les confiere*”²²²⁸.

No obstante, pese a suprimirse la imposición normativa de instruir expediente y elevar propuesta a la Magistratura de Trabajo, la facultad empresarial de despedir no podía desarrollarse de cualquier modo sino contemplando lo dispuesto en el artículo 3 del decreto: “*las empresas para ejercer la facultad que les concede el párrafo primero del artículo precedente, tendrán que comunicar por escrito al trabajador el despido, haciendo constar la fecha y razones que lo motivaron*”. Al suprimirse con el Decreto de 1956 ciertas formalidades legales la consecuencia no fue otra que el reforzamiento y el aumento de la potestad disciplinaria del empresario.

Las reformas establecidas por el Decreto de 1956 fueron implantadas a las sucesivas normas reguladoras del procedimiento laboral. En primer lugar, a los textos refundidos de 1958²²²⁹ y 1963²²³⁰ y posteriormente a los textos articulados de 1966²²³¹ y 1973²²³². Todos los textos mencionados realizaban, en conexión con las formalidades del despido, una distinción entre despidos ordinarios y despidos especiales. Para los despidos ordinarios se requería comunicación del despido en términos semejantes a los actuales, esto es, con constancia de los hechos concluyentes del despido y la fecha de su efectividad; para los despidos especiales –entre los que se localizaban los despidos de los cargos de la organización sindical– se precisaba de una propuesta de despido que se elevaba al magistrado de trabajo para su aprobación²²³³.

En este trayecto hacia la consolidación y progreso del sistema formal llama la atención la proclamación de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de relaciones laborales, que restablecía la necesidad de constituir expediente “*para todo tipo de despido disciplinario*” y para “*la imposición de sanción por faltas muy graves*”²²³⁴. Esta exigencia no abolía la formalidad de la comunicación escrita sino que se conformaba como un requisito más, previo a ésta. No obstante, la restauración de la necesidad de instruir ese expediente previo de carácter general tuvo una reducida vigencia en el tiempo dado que meses más tarde, el artículo 9 del Real Decreto-ley 18/1976, de 8 de octubre, de ordenación económica, dio una nueva redacción a este artículo 34 de la Ley 16/1976, de 8 de abril, volviéndose a exigir únicamente la comunicación escrita con expresión de la fecha y los hechos concluyentes de la sanción en caso de faltas graves y muy graves. Esta es la pauta conservada en los textos posteriores: artículo 34 del Real

²²²⁸ Artículo 2 del Decreto de 26 de octubre de 1956 por el que se modifica el texto refundido de la Ley de Contrato de Trabajo.

²²²⁹ Decreto de 4 de julio de 1958.

²²³⁰ Decreto de 17 de enero de 1963.

²²³¹ Decreto de 21 de abril de 1966.

²²³² Decreto de 17 de agosto de 1973.

²²³³ MELLA MÉNDEZ, L.: *La formalización del despido disciplinario. Un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 86.

²²³⁴ En concreto, el artículo 34.2 de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de relaciones laborales, dispone que “*la valoración de las faltas y las correspondientes sanciones impuestas por la dirección de la empresa serán siempre revisables ante la Magistratura de Trabajo. La sanción de las faltas graves requerirá comunicación escrita motivada al trabajador y la de las faltas muy graves exigirá tramitación de expediente o procedimiento sumario en que sea oído el trabajador afectado, en los términos que reglamentariamente se determinen*”.

Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo; artículo 55 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores; artículo 55 del extinto Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores; así como del artículo 55 del vigente Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Del mismo modo este criterio también quedó cristalizado en los textos reguladores del procedimiento laboral de 1980²²³⁵, 1990²²³⁶, 1995²²³⁷, así como de la vigente LRJS²²³⁸.

2.2 La carta de despido disciplinario

De acuerdo con el artículo 55.1 ET, el despido disciplinario “*deberá ser notificado por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos*”. El escrito con el que el empresario informa al trabajador de su firmeza de extinguir el contrato es denominado ordinariamente como “*carta de despido*”, sin perjuicio de la utilización de otras denominaciones de menor difusión, como las de “*boletín*”, “*boleto*”, “*misiva resolutoria*” o “*carta de cese*”²²³⁹.

La forma de anunciar al trabajador los hechos que originan la extinción laboral así como la fecha en la que comenzará a tener efectos cumple un triple propósito²²⁴⁰: a) Que el trabajador pueda comprender los hechos que ocasiona su despido a fin de que pueda impugnarlos proponiendo la práctica de las pruebas que estime pertinentes. b) Encuadrar los términos de la controversia judicial sin que pueda el empresario manifestar hechos desemejantes a los recogidos en la carta de despido. c) Determinar la fecha, a partir de la cual, empieza a computarse el plazo que posee el trabajador despedido para que –y en caso de disconformidad con la decisión empresarial– pueda reclamar.

Que la carta de despido deba de elaborarse formalmente por escrito significa que puede confeccionarse por cualquier documento público o privado. Debido a su relevancia el legislador –en la carta de despido escrita– decide apartarse del principio de libertad de forma²²⁴¹. Lo fundamental es que en este documento figuren los requisitos legales exigidos para su correcta conformación. Se insiste en que se trata de requisitos formales con una tendencia manifiestamente finalista consistente en custodiar la lícita defensa del trabajador despedido –artículo 24 de la Constitución Española y convenio número 158 de la OIT–²²⁴². La intención básica de la formalidad de la mención de los hechos que han producido que el empleador extinga la relación laboral del trabajador

²²³⁵ Real Decreto legislativo 1568/1980, de 13 de junio.

²²³⁶ Real Decreto legislativo 521/1990, de 27 de abril.

²²³⁷ Real Decreto legislativo 2/1995, de 7 de abril.

²²³⁸ MELLA MÉNDEZ, L.: *La formalización del despido disciplinario. Un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*, cit., pp. 87 y 88.

²²³⁹ *Ibidem*, p. 48.

²²⁴⁰ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, cit., pp. 971 y 972.

²²⁴¹ MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Artículo 55. Forma y efectos del despido disciplinario”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al: El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 780.

²²⁴² SAGARDOY DE SIMÓN, I.: “La forma del despido disciplinario”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 206.

tiene que ver con el derecho del empleado a conocer tales circunstancias: con conocimiento de los hechos el trabajador dispone de suficientes elementos de juicio para valorar la decisión del empresario, reflexionar sobre la gravedad y veracidad de aquéllos y finalmente decidir impugnar o no judicialmente la decisión empresarial²²⁴³. Si una vez valorada la decisión del empresario el trabajador decide impugnarla se localiza una segunda finalidad de la insistencia de los hechos en la comunicación: la de que el trabajador pueda organizar los medios de prueba a emplear en el proceso pudiendo desempeñar su defensa con plenitud de garantías²²⁴⁴. De esta forma se evita la indefensión del empleado en el caso de tener que preparar su defensa jurídica sin conocimiento de la conducta imputada o determinante del despido²²⁴⁵.

Esta comunicación escrita puede ser declarada como la única herramienta verdaderamente útil autorizada por la legislación laboral, cuya intención es dar a conocer por parte del empleador al empleado, su voluntad unilateral de extinguir la relación laboral apoyada en conductas o acciones que el propio empresario estima constitutivas de un incumplimiento contractual grave y culpable con eficacia extintiva desde el momento de su notificación. La referida comunicación escrita se erige en garantía formal con la que poner en conocimiento del trabajador la firmeza empresarial de finalizar la relación laboral, los hechos que ocasionan esta extinción y la fecha de sus efectos. Es la contrapartida que tiene que aceptar el empresario al habersele concedido esta facultad de cesar directamente en un sistema de despido causal²²⁴⁶; esto es, de manera unilateral sin previa demostración de los acontecimientos que acreditan su decisión²²⁴⁷. La carta de despido se encarga de poner en conocimiento del trabajador su nueva situación jurídica que le exime del cumplimiento de todas sus obligaciones laborales desde la fecha indicada²²⁴⁸.

El empresario no puede alegar hechos diferentes tras la interposición de la demanda de despido por el empleado; en efecto, no puede intentar justificar la sanción impuesta a aquél en conductas distintas de las señaladas en el escrito de comunicación de la misma bien porque sean más recientes o más graves o por cualquier otro motivo que le convenga: los hechos imputados en la comunicación escrita delimitan el ámbito de la cognición jurisdiccional definiendo inamoviblemente el objeto litigioso. No obstante, es posible ampliar los hechos cuando la empresa tenga conocimiento de otros incumplimientos contractuales desarrollados por el trabajador y que vienen a reforzar la decisión de extinguir la relación laboral. Pero esta ampliación no significa prescindir de los hechos contenidos en la comunicación inicial sino añadir alguno más o explicitar aquellos con la descripción de sus circunstancias siempre que hayan sido conocidos con posterioridad al envío de la referida carta y se pongan en conocimiento judicial antes de la presentación de la demanda con la que formalmente queda trabada la *litis* –por ejemplo, en el acto de conciliación: “*si la conducta relatada en la segunda comunicación se produce al ser entregada la primera a la trabajadora, si, desde entonces, no volvió ésta por el centro de trabajo*” ni el empresario tuvo ocasión de

²²⁴³ STSJ Andalucía/Málaga 12 de septiembre de 1997 [AS 1997, 3210].

²²⁴⁴ STSJ Navarra 13 de marzo de 1992 [AS 1992, 1270].

²²⁴⁵ MELLA MÉNDEZ, L.: *La formalización del despido disciplinario. Un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 140.

²²⁴⁶ STSJ Andalucía/Málaga 12 de septiembre de 1997 [AS 1997, 3210].

²²⁴⁷ MELLA MÉNDEZ, L.: *La formalización del despido disciplinario. Un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 48.

²²⁴⁸ CRUZ VILLALÓN, J.: “Requisitos ordinarios: la carta de despido”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 176.

comunicar a la trabajadora la trascendencia disciplinaria de los hechos “*hasta que volvió a encontrarla con motivo de la conciliación extrajudicial y si, por añadidura, no había transcurrido a la sazón todavía el plazo de veinte días dispuesto en el artículo 55.2 ET, resulta no sólo racional que la segunda comunicación se redacte y se entregue, precisamente entonces sino, incluso obligado por tan inequívocas circunstancias*”²²⁴⁹ – o hasta después de aquella si es con antelación suficiente a la celebración del juicio y permite al trabajador preparar su defensa²²⁵⁰ –la ampliación efectuada en el acto de conciliación respeta “*el tiempo necesario para preparar la demanda, que fue presentada tres días después de la celebración del acto*”²²⁵¹–. Esta doctrina es también apoyada por el Tribunal Supremo cuando establece que “*no hubo por tanto dos causas de despido con dos comunicaciones escritas diferentes, sino una sola en la que se relataban causas distintas y separadas en el tiempo, pues aun cuando la segunda tuviese su origen cuando ya se había tomado la decisión por la empresa de despedir al actor*” –es decir, las ofensas verbales se producen cuando se le comunica oralmente que se le va a despedir por disminución del rendimiento del trabajo–, “*ese cese aún no se había producido*”. Por ello, “*no cabe entrar en el debate relativo a la posibilidad de llevar a cabo una ampliación de los motivos de la carta de despido, pues para que ese debate se produzca es necesario que existan conductas distintas ocurridas en días diferentes, que a su vez hayan motivado una primera comunicación y una segunda ampliatoria de aquélla*”, cosa que no ha ocurrido pues cuando se entregó la carta ya se hacía mención a las dos causas de despido²²⁵². Además, también podrán ampliarse los hechos cuando los mismos se conocen de manera posterior y en juicio penal, aun cuando el procedimiento de despido se encuentre valorándose por los tribunales sociales –lo que dará lugar a la nulidad de las actuaciones realizadas hasta el momento–²²⁵³.

2.2.1 Contenido mínimo e idoneidad de los hechos

El despido disciplinario se compone de un acto prominentemente formal para cuya exteriorización no solo se fija una concreta forma, la escrita, sino que además esa forma debe respetar un cierto contenido. En otros términos, nuestra normativa laboral no se limita a requerir como forma singular la escrita sino que impone una “*forma de la forma*”²²⁵⁴.

El empleador de manera directa –cuando es persona física– o a través de un representante suyo con poderes suficientes al efecto²²⁵⁵ –cuando delega en un tercero o en los casos en los que el empleador es una persona jurídica– debe dirigir al empleado una comunicación escrita que respete los requisitos establecidos en el artículo 55.1 ET²²⁵⁶. La formalidad de la comunicación escrita del despido disciplinario establecida por el citado precepto es una imposición de derecho necesario relativo lo que significa

²²⁴⁹ STSJ Asturias 13 de diciembre de 1996 [AS 1996, 4033].

²²⁵⁰ MELLA MÉNDEZ, L.: *La formalización del despido disciplinario. Un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*, cit., pp. 144 y ss.

²²⁵¹ STSJ Madrid 14 de septiembre de 1995 [AS 1995, 3318].

²²⁵² STS 27 de febrero de 2009 [RJ 2009, 1841]. *Vid, a sensu contrario*, STSJ Castilla-La Mancha 24 de febrero de 2012 [JUR 2012, 87316].

²²⁵³ STS 21 de diciembre de 2012 [RJ 2013, 1768].

²²⁵⁴ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M^a. E.: *Derecho del Trabajo*, Madrid, Civitas, 1997, p. 445.

²²⁵⁵ STS 8 de noviembre de 1983 [RJ 1983, 5585].

²²⁵⁶ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2009, p. 17.

que no puede abolirse por convenio colectivo, contrato o pacto individual. Pero sí puede fortalecerse el sistema legal de la comunicación en beneficio del trabajador despedido por medio de la incorporación de formalidades adicionales²²⁵⁷: “*por convenio colectivo podrán establecerse otras exigencias formales para el despido*”²²⁵⁸.

Sobre la firma de la carta de despido en el ET no localizamos mención alguna. Sin embargo, bien es cierto que la imposición de la rúbrica del empleador o persona que ostente poder suficiente a estos efectos se deduce del entorno de la exigencia de notificación del propio acto de despedir. Ello no es óbice para que se haya admitido por la jurisprudencia que resulta adecuada la carta de despido elaborada en papel blanco, sin firma o rúbrica, ni membrete o rótulo de la empresa pero al que el empleado concede el carácter de notificación del empresario; o cuando el trabajador destinatario conozca la procedencia de la carta de despido por el logo de la empresa aunque ésta carezca de firma. En cualquier caso lo habitual es que la carta de despido conste en impreso corriente con membrete de la empresa²²⁵⁹. En el supuesto de que el empresario no supiese leer o escribir sería suficiente con que en el escrito estampase su huella digital o cualquier otra marca identificativa por su uso o previo conocimiento²²⁶⁰.

La firma que ha de exhibirse en la carta de despido deberá ser la del empresario o la de persona que cuente con permiso suficiente para extinguir la relación laboral del empleado. Sin embargo, la línea jurisprudencial respetada por los tribunales es la de estimar válido el despido ejecutado por persona distinta al empresario siempre y cuando, posteriormente, éste último corrobore y ratifique su contenido convalidándolo²²⁶¹. En este sentido se estima producida una ratificación tácita cuando el empresario, una vez posea conocimiento de que el trabajador ha sido despedido por quien carece de facultades para ello, se inhibe de destruir el error en que aquél se encuentra lo que se asimila a la adhesión o como mínimo a la aprobación del despido. La ratificación enmienda el vicio de aquel despido por quien no tenía capacidad de obrar cuando las formalidades se hayan desarrollado correctamente dada la validez de ese acto de notificación inicial²²⁶². En caso contrario –falta de ratificación– el despido quedará desprovisto de efectos y el trabajador no podrá sufrir secuela negativa alguna, sin perjuicio de las responsabilidades que quepa requerir al sujeto que se excedió en el desarrollo de sus quehaceres. Asimismo es posible que en determinadas circunstancias, habiéndose encomendado el poder disciplinario a una persona específica, ésta necesite

²²⁵⁷ MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Artículo 55. Forma y efectos del despido disciplinario”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al*: *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 780. MELLA MÉNDEZ, L.: *La formalización del despido disciplinario. Un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 53. TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.: “El despido disciplinario”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al*: *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 73.

²²⁵⁸ Artículo 55.1, párrafo segundo ET.

²²⁵⁹ ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al*: *Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 274.

²²⁶⁰ MELLA MÉNDEZ, L.: *La formalización del despido disciplinario. Un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 135.

²²⁶¹ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al*: *Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 972.

²²⁶² SAGARDOY DE SIMÓN, I.: “La forma del despido disciplinario”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al*: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 211.

adquirir convalidación de un órgano superior antes de ejecutar el despido²²⁶³. Este tipo de circunstancias suelen darse en las grandes empresas y en el ámbito de la administración en donde se localizan diferentes niveles de mando constituidos jerárquicamente²²⁶⁴.

Los tribunales se orientan por la siguiente regla general: *“aunque no puede llegarse a una certeza absoluta de la autoría de dicha carta de despido, a efectos de la acción de despido debe admitirse la eficacia de la carta de despido, por ser indubitado su origen, por ser verosímil la autoría de la firma, que es reconocida por su autor, y por no haber negado la empresa su autenticidad, ni haber hecho la empresa prueba suficiente contra dicha autoría. Parece un contrasentido que el trabajador despedido tenga que probar en el proceso de despido que el autor de la carta es directivo con poder suficiente, cuando la carta de despido está suscrita con sello y firma, y se hace en carta con membrete de la empresa, y en período de crisis financiera. En definitiva, por la teoría de la representación aparente, la carta surtiría plenos efectos contra la empresa, aunque no fuese conocido el directivo que la suscribe, o aunque se tratase de un directivo sin poder”*²²⁶⁵.

El artículo 55.1 ET considera que en la misiva notificada al empleado deberán *“figurar los hechos”* que motivan el despido disciplinario. Su fundamento se localiza en la exigencia legal de la tutela judicial: no se puede ocasionar indefensión al trabajador despedido si éste decide impugnar la decisión empresarial por no encontrarse satisfecho con la extinción de la relación laboral. Por *“hecho”* se entiende todo acaecimiento registrado en el campo objetivo de la naturaleza y ocurrido en la exterioridad del sujeto que sensorialmente se percata de su producción y realidad. Lo contrario de un movimiento psíquico que la persona localiza en su interioridad y que escapa a la inmediata percepción de su sensibilidad externa. Un hecho se determina –como reza el artículo 55.1 ET– describiendo a través de proposiciones comprensibles las mutaciones que, por obra de su advenimiento, se suceden en el mundo exterior, debiéndose asimismo precisar la causa eficiente a partir de la cual esas alteraciones se desencadenan y también las circunstancias de lugar y de tiempo que hacen de aquél –en referencia al hecho– un acontecimiento irrepitable²²⁶⁶.

En un primer momento los tribunales optaron por considerar suficiente la mención de los preceptos legales que el trabajador había infringido: si la carta de despido manifestaba que el trabajador se encontraba incurso en determinadas faltas recogidas en los correspondientes preceptos de una específica reglamentación de trabajo se cumplía con la finalidad perseguida por el legislador –conocer con antelación los motivos de la extinción laboral y preparar convenientemente su defensa–. Sin embargo, este criterio cambió con los años entendiéndose que los enunciados legales y las citas genéricas de las causas estimadas por el empresario dejaban al trabajador con desconocimiento concreto de los hechos que se le atribuían. Actualmente, la posición doctrinal y jurisprudencial estima que la mera cita de las causas del artículo 54.2 ET no son suficientes para considerar adecuada la carta de despido: la fundamentación de esta

²²⁶³ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, cit., p. 18.

²²⁶⁴ MELLA MÉNDEZ, L.: *La formalización del despido disciplinario. Un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 24.

²²⁶⁵ STSJ Navarra 10 de septiembre de 1999 [AS 1999, 6324].

²²⁶⁶ STSJ País Vasco 30 de junio de 1992 [AS 1992, 3245].

afirmación se localiza en la amplitud tan genérica de las causas establecidas en el citado precepto. Excepcionalmente puede admitirse la simple alusión a preceptos legales cuando el órgano jurisdiccional declare que el empleado conocía los hechos por los que se le despidió²²⁶⁷.

El artículo 55.1 ET exige que en la carta de despido notificada al trabajador se manifiesten los hechos que originan la extinción de la relación laboral suficientemente motivados²²⁶⁸; por este motivo es aconsejable –para el empleador– no reconducir los hechos descritos en la misiva resolutoria a ninguna de las causas de despido del artículo 54 ET o del convenio colectivo correspondiente²²⁶⁹. Si esto ocurriese ninguna trascendencia tiene una mera equivocación en la cita del precepto legal en que el empleador subsume los hechos imputados al no estar obligado a tal mención; lo único relevante es que el trabajador conozca inequívocamente los hechos que se le reprochan²²⁷⁰ y la fecha de efectos del despido para articular su defensa con plenitud de garantía²²⁷¹.

Este precepto –en referencia al artículo 55.1 ET– pretende impedir que la redacción de la misiva resolutoria ocasione indefensión procesal al trabajador por ignorancia, tergiversación o incompreensión de los incumplimientos contractuales que se le achacan al empleado y en los que se basa el empresario para despedir²²⁷². La suficiencia de la comunicación de los hechos imputados al trabajador es considerado como elemento fundamental capaz de condicionar el resultado definitivo del proceso²²⁷³. A fin de que el trabajador pueda preparar su defensa convenientemente no es exigible una enumeración pormenorizada pero sí los detalles de la conducta imputada que resulten indispensables para su cabal identificación en cuanto a su naturaleza y acaecimiento²²⁷⁴. Carta que ha de ser motivada de una forma muy precisa y pormenorizada con descripción de la actitud o hecho que origina el despido disciplinario –qué, cómo, cuándo y dónde acontecieron los hechos– así como la fecha a partir de la cual el despido es efectivo²²⁷⁵. Especificación de la conducta que debe contener las pertinentes exigencias cronológicas referidas al momento en el que los hechos fueron realizados con propósito de verificar si dichas faltas se encontraban prescritas o no cuando fueron sancionadas²²⁷⁶. En efecto no es suficiente una perezosa y abstracta cita ni tampoco la mera reproducción de la conceptualización legal del hecho imputado²²⁷⁷. No obstante se localizan supuestos en los que se estima correcta la misiva aunque no se

²²⁶⁷ MELLA MÉNDEZ, L.: *La formalización del despido disciplinario. Un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*, cit., pp. 104 y 105.

²²⁶⁸ STSJ Galicia 9 de junio de 2016 [JUR 2016, 168401].

²²⁶⁹ STS 27 de febrero de 1986 [RJ 1986, 944].

²²⁷⁰ STS 12 de marzo de 2013 [RJ 2013, 4140].

²²⁷¹ STS 20 de marzo de 1991 [RJ 1991, 1883].

²²⁷² TOLOSA TRIBIÑO, C.: *Despido: comentarios, jurisprudencia, formularios*, cit., p. 85.

²²⁷³ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: “Fijación de los hechos en el proceso de despido disciplinario: nulidad de actuaciones por alegación y prueba de hechos no aducidos en la carta de despido”, en GÁRATE CASTRO, J. (Coord.) *et al: Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario: estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor “honoris causa” por la Universidad de Santiago de Compostela*, cit., p. 181.

²²⁷⁴ STS 19 de febrero de 1986 [RJ 1986, 784].

²²⁷⁵ TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.: “El despido disciplinario”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 73.

²²⁷⁶ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 972.

²²⁷⁷ TOLOSA TRIBIÑO, C.: *Despido: comentarios, jurisprudencia, formularios*, cit., p. 84.

reflejen las fechas precisas²²⁷⁸: “la carta de despido es suficiente; pues no nos encontramos ante unas imputaciones genéricas, sino ante una conducta continuada, que no puede desvincularse de las reuniones mantenidas por la empresa con el trabajador en fechas concretas para tratar la cuestión, que en la propia carta se refieren”²²⁷⁹.

La fecha de inicio de las consecuencias que proyectará la extinción laboral – efectos jurídicos vinculantes– ha de quedar establecida en la propia carta de despido. No es necesario que haga referencia a un día determinado siendo suficiente que de su lectura se desprenda el momento en que va a desarrollarse el despido²²⁸⁰. La fecha en la que el contrato de trabajo deja de producir efectos es fundamental –por razones de seguridad jurídica²²⁸¹– para calcular el cómputo del plazo de caducidad de la acción de impugnación del despido²²⁸². Sobre la determinación de la fecha del inicio de las consecuencias del despido no existe teoría ni prescripción legal alguna poseyendo el empresario libertad para fijar la que estime conveniente. Al respecto localizamos las siguientes situaciones: a) Se puede fijar una fecha concreta. En tales casos es inútil diferenciar entre días hábiles o inhábiles por lo que el acto extintivo empresarial puede surtir efectos en día festivo. b) Cabe no fijar una fecha concreta si de la transcripción de la propia carta se deduce el momento en que va a operar el despido. c) También es admisible no fijar fecha concreta sino remitir el comienzo de los efectos de la extinción de la relación laboral a un evento futuro cierto²²⁸³.

Cuando el comienzo de los efectos de la extinción de la relación laboral se remite a un evento futuro cierto la consignación de la fecha no requiere hacer referencia exacta a un día determinado –día, mes y año–. Es suficiente que de su redacción se desprenda cual es el momento en que va a desprender efectos el despido²²⁸⁴. Se cumple la finalidad de que el trabajador conozca la fecha o *dies a quo* a partir del cual empieza a contar el plazo de caducidad para el ejercicio de la acción ante los tribunales en los siguientes supuestos: cuando la comunicación del despido se remite a la fecha de la festividad del patrono de la empresa; al momento de la finalización de la tarea o encargo que el trabajador estuviese realizando; al día de su alta médica por curación del proceso de incapacidad temporal; o a su reincorporación al trabajo tras concluir el período de vacaciones que estuviese disfrutando el empleado. Incluso se ha admitido como legítima la comunicación escrita que fija la fecha de forma alternativa según el trabajador impugne o no el despido²²⁸⁵. En cualquier caso adviértase que la determinación de la fecha de despido por medio de la referencia a un acontecimiento futuro requiere de un análisis detenido que evite situaciones equívocas²²⁸⁶.

²²⁷⁸ STSJ Comunidad Valenciana 7 de marzo de 2017 [AS 2017, 758].

²²⁷⁹ STS 21 de mayo de 2008 [RJ 2008, 4336].

²²⁸⁰ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 60.

²²⁸¹ MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Artículo 55. Forma y efectos del despido disciplinario”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al: El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 782.

²²⁸² STS 27 de marzo de 2013 [RJ 2013, 3379] y STS 21 de septiembre de 2005 [RJ 2005, 7650].

²²⁸³ STS 18 de marzo de 1986 [RJ 1986, 1493].

²²⁸⁴ STS 16 de junio de 1986 [RJ 1986, 3648] y STS 28 de abril de 1997 [RJ 1997, 3584].

²²⁸⁵ STS 9 de diciembre de 1987 [RJ 1987, 8867].

²²⁸⁶ MELLA MÉNDEZ, L.: *La formalización del despido disciplinario. Un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*, cit., pp. 118 y ss.

El trabajador al tener conocimiento exacto de la fecha a partir de la cual queda extinguida la relación laboral –momento en el que el empleado tiene que dejar de trabajar y de recibir el salario– puede determinar la actuación que estime pertinente respecto a su futuro laboral –como la búsqueda de un nuevo empleo– sin la condición de esperar al día en que el despido se haga efectivo o a conocer el resultado del proceso judicial si se ha impugnado²²⁸⁷.

Además la fecha de inicio de los efectos del despido ha de quedar acompañada de la voluntad efectiva e inequívoca del empresario de liquidar la relación laboral –efectividad del despido– siendo este el momento en el que no será obligatorio continuar abonando la prestación²²⁸⁸. Cabe traer a colación hasta cinco fechas que tienen plena relación con el despido: comisión de los hechos que se imputan; efectividad del despido según consta en la comunicación escrita; la que consta en la comunicación escrita; la de recepción de la comunicación escrita por su destinatario; y aquella en la que el despido se produce realmente. Lo apropiado sería que la fecha que consta en la comunicación escrita como de efectividad del despido coincidiera con aquella en la que el despido se produce realmente. En el caso de que la fecha de efectividad del despido que aparece en la carta sea anterior a la fecha del despido real la importante será esta última –la fecha del despido real–²²⁸⁹. Los procederes jurisprudenciales más extendidos son²²⁹⁰:

- Como regla general el despido debe tener efectividad en la fecha que figure en la carta. Si no ocurre así por la escasez de voluntad evidente del empresario de consumir el despido no podrá comenzar el plazo de caducidad de la acción para impugnarlo. Por tanto, el *dies a quo* para el inicio del mencionado plazo de caducidad de la acción del despido ha de fijarse “*no a partir del anuncio al trabajador por parte del empresario de que en un día futuro se prescindirá de sus servicios sino del día en que efectivamente se prescinde de aquellos*”²²⁹¹.
- Excepción de la regla general se produce cuando llegado el día decretado en la misiva el trabajador continúa suministrando servicios en la empresa pero con ignorancia y sin conformidad del empleador. En estos casos no hay ampliación del plazo de caducidad de la acción. Esta vía de hecho no puede suponer ni una continuidad del vínculo frente a la eficacia del acto extintivo empresarial ni una ampliación del plazo de caducidad²²⁹².
- Una vez que el despido se ha proyectado en un determinado momento en el que se manifiestan actos inequívocos del empresario que exteriorizan su total voluntad resolutoria, no puede el empleador retrotraer el comienzo de los efectos a una fecha anterior que la señalada en la carta. No puede quedar al arbitrio del empresario la fijación de la fecha del despido a efectos de caducidad sino que será válido a “*partir de la fecha en que se manifestó la voluntad de despedir*”²²⁹³.

²²⁸⁷ *Ibidem*, p. 149.

²²⁸⁸ ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al*: *Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 279.

²²⁸⁹ MELLA MÉNDEZ, L.: *La formalización del despido disciplinario. Un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 116.

²²⁹⁰ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al*: *Extinción del contrato de trabajo*, cit., pp. 981 y ss.

²²⁹¹ STS 11 de febrero de 1984 [RJ 1984, 859] y STS 13 de junio de 2000 [RJ 2000, 6891].

²²⁹² STS 13 de junio de 2000 [RJ 2000, 6891].

²²⁹³ STS 16 de diciembre de 1987 [RJ 1987, 8957]. En este sentido, STSJ navarra 15 de febrero de 2001 [JUR 2001, 24060].

- Cuando en la carta de despido se intenta retrotraer los efectos del despido a fecha muy anterior a la de la emisión de la misiva resolutoria la jurisprudencia hace prevalecer la fecha de recepción de la carta. Cuando no existe coincidencia entre la fecha del despido efectivo y la citada en la carta porque la que figura en la misiva es anterior *“ha de prevalecer aquella sobre ésta”*²²⁹⁴.
- Para supuestos en los que la fecha de inicio de los efectos del despido no concuerda con la de la carta predomina la fecha de recepción siempre que el empleado no haya aplazado voluntaria y astutamente su conocimiento. La fecha de conocimiento efectivo de la carta por parte del trabajador es la fecha de efectos del despido a partir de la cual comienza el plazo del cómputo días hábiles para recurrir pero *“siempre que el trabajador no haya retrasado maliciosamente o de forma irrazonable el conocimiento de la carta o meramente la haya rehusado”*²²⁹⁵.

La ausencia de la fecha de efectividad del despido en la comunicación escrita traslada la extinción del contrato de trabajo al momento de su recepción. Se trata de una posición ecuánime y lógica en virtud del sano principio de economía procesal²²⁹⁶.

Puede ocurrir que la palabra despido no aparezca expresamente mencionada en la carta no siendo necesario que se cite siempre que reúna la concreción de los hechos, la fecha en la que comenzará a desprender efectos y el propósito de la extinción²²⁹⁷. En la declaración de la voluntad de despedir no es indispensable que se exteriorice –manifiestamente– las siguientes expresiones: *“le informo de su despido”*, *“le echo de la empresa”* o similares. Ni siquiera es obligatorio que se utilice la palabra *“despido”* sino que es suficiente con que el propósito de extinguir la relación laboral aparezca comprendido en las expresiones utilizadas en la misiva resolutoria. La expresión *“nos vemos en la obligación de rescindirle el contrato laboral que tiene con esta empresa”* supone claramente una real intención de cesar el vínculo laboral mediante el despido disciplinario acordado²²⁹⁸. Pero no augura el despido sino una suspensión de empleo aquella comunicación en la que se anuncia al trabajador *“la decisión de liberarle de la obligación de acudir a su puesto de trabajo a partir del día de hoy y hasta el próximo 1 de marzo, sin perjuicio del devengo de su correspondiente salario, que le será abonado en su fecha habitual. Asimismo y en tanto dure este período de liberación del cumplimiento de sus obligaciones, se le comunica que no podrá entrar en las dependencias de su puesto de trabajo, para cuyo cumplimiento la empresa ordenará a los servicios de seguridad de que dispone para que no le permitan la entrada”*²²⁹⁹. Lo cierto es que no puede existir duda sobre la voluntad empresarial de extinguir la relación laboral aun cuando este requisito no figure en el contenido necesario de la comunicación del artículo 55 ET: el origen del silencio legal puede fundamentarse en el

²²⁹⁴ STSJ Canarias/Las Palmas 1 de diciembre de 2004 [JUR 2005, 47991]. En este sentido, STSJ Cataluña 20 de febrero de 2001 [AS 2001, 988].

²²⁹⁵ STSJ Cataluña 13 de enero de 2005 [AS 2005, 471] y STSJ Baleares 2 de febrero de 2016 [JUR 2016, 68359].

²²⁹⁶ MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Forma y procedimientos del despido disciplinario (ET: arts. 55 y concordantes. Estudio especial del despido nulo)”, en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.) *et al: La reforma del Estatuto de los Trabajadores. El despido. Tomo II*, cit., p. 255.

²²⁹⁷ RUBIO DE MEDINA, M^a. D.: *El despido disciplinario*, cit., p. 22.

²²⁹⁸ STSJ Madrid 6 de febrero de 1992 [AS 1992, 968].

²²⁹⁹ STSJ Canarias/Tenerife 23 de diciembre de 1994 [AS 1994, 4952].

hecho de que la manifestación de la voluntad extintiva se sobreentiende implícita en la declaración del empresario²³⁰⁰.

La carta de despido satisface una función trascendental al encuadrar en el plano judicial el objeto del proceso de despido de modo que, de impugnarse la extinción de la relación laboral, los términos de la disputa deben quedar restringidos a la comprobación de los hechos que figuran en la comunicación, no consintiendo al empresario invocar otro objeto de oposición a la demanda que las razones contenidas en la comunicación escrita²³⁰¹.

Al final la carta de despido es un instrumento con dos claras intenciones: alcanzar que el despedido posea conocimiento de las causas o hechos por los que se le despide para que pueda planificar su defensa y acotar las imputaciones que la empresa haga en el juicio al ser solo manejables los incumplimientos que consten en la mencionada carta²³⁰². Cuestión importante es la consistente en evaluar si los hechos que figuran en la carta de despido eluden la situación de confusión y desamparo que se generaría si el empresario procediera a despedir sin razón de causa o con imputaciones genéricas. Lo cierto es que una imputación genérica e indeterminada con clara ambigüedad no cumple esa finalidad provocando una discrepancia jurídica y procesal que no puede ser estimada²³⁰³. Y es aquí donde los tribunales discurren en las siguientes líneas jurisprudenciales²³⁰⁴:

— No cumple la exigencia de justificación de los hechos aquella comunicación de despido en la que exclusivamente se agrupan imputaciones genéricas o indeterminadas al trabajador.

Aunque el ET no impone una minuciosa descripción de los hechos sí exige que la comunicación proporcione al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan para impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que estime convenientes para su defensa. No se cumple esta finalidad cuando la comunicación sólo contiene imputaciones genéricas²³⁰⁵, ambiguas e indeterminadas que perturban gravemente la defensa y atentan al principio de igualdad de partes al constituir una posición de ventaja de la que puede beneficiarse la empresa en su oposición a la demanda del trabajador²³⁰⁶. Desde esta perspectiva citar algunos supuestos de incriminaciones genéricas realizadas en la carta de despido que no han sido respetuosas con la legalidad exigida para extinguir la relación laboral:

²³⁰⁰ MELLA MÉNDEZ, L.: *La formalización del despido disciplinario. Un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 131.

²³⁰¹ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, cit., p. 22.

²³⁰² GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 60.

²³⁰³ SAGARDOY DE SIMÓN, I.: “La forma del despido disciplinario”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 212.

²³⁰⁴ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, cit., pp. 974 y ss.

²³⁰⁵ STSJ Andalucía/Sevilla 30 de marzo de 2017 [JUR 2017, 173419].

²³⁰⁶ STS 28 de abril de 1997 [RJ 1997, 3584].

- El despido “*con motivo de haber observado en los últimos meses, una conducta agresiva reiterada y continuada hacia sus compañeros de trabajo*”²³⁰⁷.
- El “*incumplimiento abusivo y reiterado de sus obligaciones*”²³⁰⁸.
- Cuando “*durante su baja laboral, ha prestado servicios profesionales retribuidos a varios pacientes*”²³⁰⁹.
- Por “*irregularidades contables y de caja*”, “*falsedades*” y “*tergiversaciones documentales*”²³¹⁰.
- Por “*bajo rendimiento*”²³¹¹.
- Por “*una baja actividad comercial*”²³¹².
- Por “*acusaciones genéricas de mala gestión de funciones encomendadas, pero sin concretar en que consistieron las irregularidades específicamente cometidas*”²³¹³.

En los casos anteriores no se satisfacen las exigencias establecidas para la carta de despido constituyendo una situación titubeante que atenta al derecho de la tutela judicial del trabajador. Cuando el contenido de la carta de despido es vago e inconcreto difícilmente es posible arbitrar una reacción adecuada a los términos de la imputación realizada –normalmente la jurisprudencia suele analizar la validez de tales expresiones caso por caso, en función de las circunstancias concretas de cada supuesto específico²³¹⁴–. Situación de vaguedad en la imputación que conduce a que el trabajador despedido deba de organizar su tutela jurídica en el proceso sin tener posibilidad de defenderse de una acusación concreta, tipificada y que esté suficientemente identificada sino preparándose ante una pluralidad de posibilidades –muchas incluso no previsibles– sin ocasión de poder arbitrar los medios de prueba adecuados para desvirtuar la veracidad o la gravedad de los hechos, dejando a la voluntad del empresario –parte fuerte del contrato de trabajo– la selección y concreción de los incumplimientos en el juicio, instaurando –de modo arbitrario y desorbitado– una clara indefensión al trabajador de la que no puede defenderse por las imputaciones tan vagamente detalladas. Lo que comporta que el trabajador no esté realmente vinculado, a efectos del proceso, por el contenido de la carta de despido dada la indefinición previa de la misma con vulneración de la obligación procesal contenida en el artículo 105.2 LRJS. En este caso hasta que la empresa no determine en el acto del juicio a qué se está refiriendo con la imputación genérica contenida en la carta, no se puede tener ninguna certeza de cuál va a ser el contorno fáctico del litigio. Se constituye así una situación de desequilibrio procesal que es precisamente lo no querido por la norma, ni por el artículo 24.1 del texto constitucional. Existe, efectivamente, incorrección en la carta de despido cuando el contenido es genérico, vago e inconcreto vulnerando –sin duda– la obligación contenida en el artículo 55.1 ET por no cumplirse las exigencias mínimas de forma²³¹⁵.

La carta de despido no puede contener conductas genéricas o no especificar los elementos con los que articular una adecuada defensa. Debe existir esfuerzo por parte

²³⁰⁷ STSJ Castilla-La Mancha 19 de abril de 2005 [JUR 2005, 105988].

²³⁰⁸ STSJ Extremadura 13 de abril de 2005 [JUR 2005, 99335].

²³⁰⁹ STSJ Madrid 25 de enero de 2005 [JUR 2005, 74055].

²³¹⁰ STS 11 de marzo de 1986 [RJ 1986, 1298].

²³¹¹ STS 29 de abril de 1982 [RJ 1982, 3089].

²³¹² STS 8 de febrero de 1988 [RJ 1988, 593].

²³¹³ STSJ Canarias/Tenerife 28 de enero de 2013 [AS 2013, 1300].

²³¹⁴ RUBIO DE MEDINA, M^a. D.: *El despido disciplinario*, cit., p. 22.

²³¹⁵ STSJ Castilla-La Mancha 19 de abril de 2005 [JUR 2005, 105988].

del empleador de acotar fechas o cualquier otro dato singular e importante que permita identificar alguna de las concretas conductas sancionadas²³¹⁶. No es eficaz la carta resolutoria que solo reproduce la transcripción de la definición jurídica de las causas de despido, ni tampoco es posible tener en cuenta una carta que sea lacónica, inespecífica y centrada exclusivamente en una imputación genérica que no permite ejercitar una defensa eficaz²³¹⁷.

- El trabajador debe poseer conocimiento de los hechos imputados a través de la comunicación de despido sin que su falta de concreción pueda ser reemplazada por otras vías alternativas²³¹⁸.

No es lícito despedir al empleado por burofax advirtiéndole que los hechos que originan la finalización de la relación laboral serán comunicados cuando acuda a recoger la liquidación correspondiente: *“es obligación de la empresa comunicar por cualquier medio fehaciente, aunque sea por burofax, los motivos que sustentan el despido”* pues *“el trabajador no tiene obligación de ir a recoger carta alguna”*²³¹⁹.

La misiva que informa de los hechos que justifican la extinción de la relación laboral no puede ser reemplazada por tener el trabajador conocimiento de los mismos. Y tampoco puede convertirse en una vía correcta la posterior prueba que concluya que los hechos al haber quedado probados eran conocidos por el empleado aunque no figurasen en la carta. Este razonamiento circular elimina la garantía del conocimiento concreto de las imputaciones y la limitación de la defensa del trabajador lo que vendría a consagrar un resultado obtenido a partir de una situación de desigualdad de información en el proceso²³²⁰.

Pero cuando para despedir sea inevitable la instrucción del expediente previo a la carta de despido, la jurisprudencia admite que en esta misiva no es indispensable reproducir los hechos que fundamentan la extinción de la relación laboral siendo suficiente con remitirse a ellos: la razón de la exigencia de la constancia de los hechos determinantes del cese es la de ofrecer al trabajador información suficiente con la que pueda preparar su defensa, finalidad que se cumple cuando la carta, aunque no contenga una nueva descripción de los hechos, se remita a los que en su momento se establecieron en el pliego de cargos por lo que ninguna duda ha podido tener el trabajador despedido sobre la conducta que motivó la decisión de la empresa²³²¹.

En definitiva cuando en la carta de despido no hay indicación de la falta que ha podido cometer el trabajador se revela absolutamente inútil todo intento probatorio en el acto de juicio del presunto incumplimiento: *“como la carta de despido no hace indicación alguna respecto de la infracción que pudiese haber cometido la trabajadora accionante, toda la prueba practicada –testifical– para acreditar una supuesta*

²³¹⁶ Auto TS 31 de mayo de 2006 [JUR 2006, 202195].

²³¹⁷ STSJ Canarias/Tenerife 27 de julio de 2010 [AS 2010, 2915].

²³¹⁸ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al*: *Extinción del contrato de trabajo*, cit., pp. 975 y ss.

²³¹⁹ STSJ Extremadura 10 de enero de 2006 [JUR 2006, 48035].

²³²⁰ STS 28 de abril de 1997 [RJ 1997, 3584].

²³²¹ STS 9 de abril de 1990 [RJ 1990, 3427]. En este mismo sentido, STSJ Canarias/Las Palmas 30 de junio de 2006 [AS 2006, 2845] y STSJ Castilla y León/Valladolid 26 de marzo de 2010 [JUR 2010, 163226].

desobediencia se revela absolutamente inútil a los efectos de justificar la decisión extintiva”²³²².

- Es cierto que no resulta obligatoria una íntegra descripción de las conductas imputadas pero sí parece indispensable –cuanto menos– una indicación precisa de las mismas de forma que el trabajador pueda reconocerlas con objeto de su defensa jurisdiccional.

El Tribunal Supremo, en unificación de doctrina, ha dispuesto que la carta de despido debe contener “*los detalles de la conducta imputada que resulten indispensables para su cabal identificación, en cuanto a su naturaleza y acaecimiento*”²³²³. No se exige exhaustividad en la consignación de las conductas imputadas sino indicación clara y concreta de las mismas para que el trabajador pueda identificarlas en beneficio de la articulación de su defensa jurisdiccional²³²⁴. Se entiende cumplido este requisito siempre que se describan –con exactitud– los hechos o conductas que se imputan al trabajador –sin exigirse detalles anecdóticos–²³²⁵. El fin del artículo 55.1 ET al reivindicar la mención de los sucesos o hechos no es el de imponer un formalismo de carácter sacramental al documento en cuestión, de modo que, la necesidad de concreción y precisión de los hechos en la comunicación escrita ha de evaluarse en virtud de la desprotección que la vaguedad o indefinición de su especificación puede originar al despido²³²⁶. Es manifiesta la innecesariedad de que la comunicación contenga una gran ostentación de especificaciones o datos meramente anecdóticos, siendo condición suficiente y proporcionada que la carta de despido englobe elementos fácticos necesarios para que el trabajador pueda defenderse. La dependencia de circunstancias concretas aconseja consentir un amplio margen de apreciación al juez que conoce del asunto²³²⁷. El criterio seguido por la doctrina jurisprudencial es el criterio de la suficiencia: que la carta cumpla la intención por la que está normativizada. Criterio que queda subsumido a la interpretación intrínseca del juez que conoce del asunto en instancia pudiendo ser revisada en suplicación si la valoración judicial se aparta abiertamente del criterio de la suficiencia²³²⁸. La valoración de si la carta de despido cumple el requisito de consignación de manera suficiente –los hechos que la motivan– es una calificación jurídica que debe tener en cuenta una gran variedad de circunstancias concretas –tipo de imputación, posición del trabajador despedido en la organización de trabajo o posibilidad en el momento de concreción de unos u otros aspectos de la conducta reprochada–. Pero este margen razonable de decisión no impide al tribunal de suplicación la revisión de dicha valoración si ésta se ha apartado manifiestamente del criterio de suficiencia marcado por la doctrina jurisprudencial²³²⁹. Por tanto, solo se considerará insuficiente el relato de hechos

²³²² STSJ Galicia 25 de abril de 2002 [JUR 2002, 132282].

²³²³ STS 6 de abril de 1987 [RJ 1987, 2350].

²³²⁴ STS 22 de febrero de 1993 [RJ 1993, 1266].

²³²⁵ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, cit., p. 19.

²³²⁶ STS 8 de marzo de 1991 [RJ 1991, 1840].

²³²⁷ MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Artículo 55. Forma y efectos del despido disciplinario”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al: El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 781.

²³²⁸ ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al: Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 276.

²³²⁹ STS 22 de febrero de 1993 [RJ 1993, 1266].

contenido en la comunicación cuando sea tan confuso o escaso que esa indefinición de acusaciones pueda generar desamparo al trabajador²³³⁰.

- En supuestos en los que al trabajador le son incriminados numerosos incumplimientos contractuales solo serán correctos los que sí han sido adecuadamente desarrollados.

Cuando en la carta de despido se concretan numerosos incumplimientos contractuales resolutorios de la relación laboral solo serán correctos los hechos que posean una descripción acorde a lo requerido en el ET siendo las restantes imputaciones inadecuadas desde el punto de vista formal.

- Y una especificación que resulta obvia: la alegación de hechos que no sean veraces o que, posteriormente, no logren ser probados, no tiene ninguna consideración sobre la validez de la carta de despido²³³¹.

Los requisitos que no se satisfacen en su totalidad –aún así– pueden ser cumplidos cuando de todos los elementos coetáneos –anteriores y posteriores– y de la propia notificación escrita, el trabajador posee excelente conocimiento de la voluntad empresarial extintiva y de los motivos de la misma. Con más razón cuando exista expediente contradictorio o disciplinario que determine los hechos que motivan la decisión extintiva²³³².

En la especificación de los hechos concluyentes del despido si hay un elemento que debe prevalecer ese es el del equilibrio. No es suficiente con una exposición turbia e imprecisa pero tampoco es obligatoria una descripción de gran escrupulosidad que puede llegar a confundir y equivocar el entendimiento de los hechos por los que se extermina la relación laboral: no ha de cumplirse con un exquisito cuidado narrativo en donde descendiendo a extremos intrascendentes en el relato decisorio del despido se reseñen datos anecdóticos, farragosos o superfluos²³³³; pero en contraposición tampoco habrá de ser permisible que la decisión extintiva de la relación laboral se exprese en base a un laconismo narrativo que ocasione indefensión al trabajador. La intención de la comunicación escrita del despido es la de favorecer al trabajador su defensa judicial y si la carta de despido establece la información necesaria para preparar su defensa desaparece la razón principal que conduciría a la declaración de ineficacia de aquella²³³⁴.

Es difícil establecer pautas válidas para todos los supuestos porque la solución adoptada en cada caso dependerá de las circunstancias concurrentes entre otras: del tipo

²³³⁰ MELLA MÉNDEZ, L.: *La formalización del despido disciplinario. Un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 104.

²³³¹ ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) et al: *Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 275.

²³³² SAGARDOY DE SIMÓN, I.: “La forma del despido disciplinario”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) et al: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 212.

²³³³ STSJ Andalucía/Granada 28 de junio de 2017 [AS 2017, 1970] y STSJ Castilla y León/Valladolid 20 de enero de 2003 [AS 2003, 316].

²³³⁴ MELLA MÉNDEZ, L.: *La formalización del despido disciplinario. Un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 110.

o clase de empresa y de la comunicación existente entre empresario y trabajador²³³⁵, del tipo de imputación y de la posición del empleado en la organización del trabajo²³³⁶, de la posibilidad de concretar en cada momento aspectos de la conducta imputada²³³⁷ o de la reacción del trabajador y de las condiciones en las que se desarrolla el trabajo²³³⁸.

En la jurisprudencia más reciente y de un análisis global del contenido de la carta de despido, lo cierto es que puede contemplarse una labor interpretativa de marcado carácter flexibilizador en la exigencia de las condiciones mínimas de la misiva resolutoria. Los tribunales tienden a realizar una interpretación finalista de la comunicación de la extinción bajo la óptica de conectar la propia carta de despido con el proceso de revisión del mismo interpretando los requisitos formales sin severidad –de manera no rigorista– siempre que de esta interpretación no se derive indefensión al trabajador²³³⁹.

2.2.2 Notificación del despido: prueba, receptores de la comunicación escrita y naturaleza recepticia

El artículo 55.1 ET establece que “*el despido deberá ser notificado por escrito al trabajador*”. De este precepto se extrae una doble apreciación: por un lado, este artículo alude al instrumento con el que se ha de comunicar la extinción de la relación laboral –la carta de despido²³⁴⁰–; por otro lado, la necesidad de que el mecanismo que informa del despido llegue a conocimiento del trabajador. Lo importante es que la noticia que el trabajador debe tener de la decisión empresarial le llegue a través de cualquier forma admitida por el derecho²³⁴¹. Esta voluntad de despedir debe exteriorizarse a través de un cauce legalmente establecido no permitiéndose la libertad de forma. Se trata de una exigencia de derecho necesario absoluto que no puede dispensarse ni modificarse por convenio colectivo o contrato individual²³⁴².

La forma más utilizada en la práctica es la denominada carta de despido hasta el punto de que en el lenguaje jurídico se ha sustituido la referencia al género por la especie: se ha sustituido la expresión “*comunicación escrita de despido*” por la de

²³³⁵ STSJ Canarias 15 de octubre de 1993 [AS 1993, 4360].

²³³⁶ STS 22 de febrero de 1993 [RJ 1993, 1266].

²³³⁷ STSJ Murcia 2 de septiembre de 1996 [AS 1996, 2844].

²³³⁸ STS 20 de julio de 1989 [RJ 1989, 5888].

²³³⁹ MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Artículo 55. Forma y efectos del despido disciplinario”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al*: *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 781.

²³⁴⁰ Según el Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, en desarrollo de lo establecido en la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, por carta se entiende “*todo envío cerrado cuyo contenido no se indique ni pueda conocerse, así como toda comunicación materializada en forma escrita sobre soporte físico de cualquier naturaleza, que tenga carácter actual y personal y toda aquella que, aun no reuniendo los requisitos antedichos, cumpla los restantes que establece el presente reglamento para su admisión con arreglo a esta modalidad. En todo caso, tendrán la consideración de carta, los envíos de recibos, facturas, documentos de negocios, estados financieros y cualesquiera otros mensajes que no sean idénticos*”.

²³⁴¹ STSJ País Vasco 3 de abril de 1996 [AS 1996, 1453].

²³⁴² MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Artículo 55. Forma y efectos del despido disciplinario”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al*: *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 779.

“*carta de despido*” que es solo uno de los posibles medios utilizables²³⁴³. Al final la carta de despido acaba designando a una pluralidad de medios aptos para despedir²³⁴⁴. Deberá utilizarse cualquier elemento que asegure el uso de una diligencia debida evitando el achaque o imputación de defectos de notificación a quien puso todos los mecanismos apropiados. La negativa del trabajador a recibir la carta de despido disculpa a la empresa de intentar otro tipo de notificación confirmándose que la notificación repudiada por parte del trabajador no invalida a la misma²³⁴⁵: que el trabajador repudie la entrega de la comunicación escrita no le puede valer de excusa para enfrentarse al despido aduciendo indefensión. Tampoco podrá alegarse la inexistencia del despido cuando el trabajador no haya querido hacerse cargo de la notificación lo que permitirá el comienzo del cómputo del plazo de caducidad: “*el despido no se consiguió efectuar al no poderse notificar al trabajador la carta de despido, ya que habiendo intentado dicha notificación por conducta notarial, el trabajador no quiso hacerse cargo de la carta ni de la cédula de citación, por no querer firmar documento alguno sin la consulta previa a su abogado*”²³⁴⁶. En otros términos, “*la negativa del trabajador a recibir la carta de despido, excusa a la empresa de intentar otro tipo de notificación*”; por tanto, “*no pudiendo imponerse a la empresa otra forma distinta si éste, como es el caso, se niega a recibir la carta en presencia de testigos y así lo hace constar la empleadora*”²³⁴⁷. No obstante, si tras la malograda tentativa de notificación el empleado continúa prestando servicios a la empresa hay que deducir que la extinción no se ha consumado.

Es fundamental la doctrina seguida por el Tribunal Supremo que declara la validez de la notificación efectuada por correo certificado con acuse de recibo al cumplir con la finalidad de que la decisión empresarial llegue a conocimiento del trabajador despedido, “*sin que ello pueda ser impedido por el rehúse de la carta, a lo que se equipara la falta de personación en la oficina de correos para recibirla pese a haber recibido el aviso de la misma, ya que lo contrario supondría dejar a la voluntad de la parte los efectos del requisito de comunicación escrita del despido observado por la empresa. En tales casos la fecha de efectos del despido es aquella en que dicha carta se intentó fallidamente entregar al trabajador en su domicilio, y que no se recibió por causas imputables al mismo, de manera que el «dies a quo» del cómputo de la caducidad de la acción comienza en dicha fecha*”²³⁴⁸. En efecto no puede imputarse al empresario un retraso en la recepción de la comunicación del despido del que sólo el destinatario es responsable habiendo puesto el empleador todos los medios adecuados a la finalidad perseguida²³⁴⁹.

El destinatario de la notificación indiscutiblemente es el propio trabajador. No obstante, se permite la notificación a cualquier persona de su entorno cuando sea

²³⁴³ MELLA MÉNDEZ, L.: *La formalización del despido disciplinario. Un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 152.

²³⁴⁴ DE LA VILLA GIL, L. E.: “La formalización (carta y expedientes) del despido disciplinario”, en AA. VV.: *Dieciséis Lecciones sobre causas de despido*, Madrid, Sección de publicaciones e intercambio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 1969, p. 262.

²³⁴⁵ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 58.

²³⁴⁶ STSJ Comunidad Valenciana 3 de abril de 1993 [AS 1993, 2130].

²³⁴⁷ STSJ Castilla y León/Valladolid 22 de noviembre de 2006 [AS 2007, 49]. En este mismo sentido, STSJ Cataluña 2 de febrero de 2010 [AS 2010, 1345].

²³⁴⁸ STSJ Cataluña 13 de enero de 2005 [AS 2005, 471].

²³⁴⁹ STSJ Madrid 4 de marzo de 2003 [AS 2003, 2726].

inviabile su localización o se niegue a recibirla²³⁵⁰. Se considera efectuada la notificación cuando quien firma el recibo de recepción de la carta no sea el propio trabajador y destinatario sino un familiar, amigo o vecino²³⁵¹. En el ET no localizamos cita determinada sobre la formalidad con la que verificar la recepción de la carta de despido: lo recomendado suele ser la firma de un recibí o certificación. En este sentido, “*consideración especial precisa en el presente caso la cuestión de que la comunicación de la carta no sea recibida directamente por el trabajador interesado, sino por un integrante de su familia que sea hallado en su domicilio, caso en el que ha de entenderse asimismo válida la comunicación por analogía con lo que ocurre con las notificaciones administrativas o judiciales, en que son exigidos especiales requisitos de constatación, de forma que sería completamente irrazonable dar validez a una notificación judicial por familiares e incluso vecinos y no darla a la comunicación de la carta de despido. En tales casos, atendidas las circunstancias que puedan justificar en cada caso dilaciones razonables en la posibilidad de conocimiento, y valoradas las mismas, ha de darse igualmente por válida la comunicación*”²³⁵².

La carta de despido posee naturaleza recepticia por lo que sus consecuencias se constituyen sin obligación de que el receptor acepte o rechace los efectos de la misiva. La única alternativa que el empleado puede adoptar al respecto es la de impugnar el despido disciplinario o dejar transcurrir el plazo del ejercicio de la acción judicial²³⁵³. La conducta deliberadamente rebelde del trabajador a recibir y conocer el contenido de la carta no puede servir para impugnar su existencia en los términos establecidos en la ley. Por tanto, cuando el trabajador despedido se niega a firmar la carta de despido es aceptable y correcto que su firma se pueda sustituir por la de testigos. Cuando el empresario despliega la diligencia necesaria –formulas que puedan considerar inequívocamente idóneas– para que la comunicación llegue al conocimiento del trabajador el requisito de forma ha de entenderse cumplido²³⁵⁴. Es sustancial que por la empresa se desarrollen todas las medidas imprescindibles para alcanzar una notificación positiva²³⁵⁵, siendo el juzgador el que determinará si el empresario ha aplicado la suficiente diligencia para notificar la extinción de la relación laboral²³⁵⁶.

Junto con la carta *stricto sensu* remitida por correo ordinario o certificado –con o sin acuse de recibo– son también mecanismos legítimos para notificar el despido, entre otros, la entrega en mano al trabajador de la carta de despido en el propio centro de trabajo²³⁵⁷, su remisión al domicilio entendiéndose por éste el que el trabajador hubiese designado a la empresa como habitual²³⁵⁸, el telegrama²³⁵⁹, la tarjeta postal –a pesar de estar destinada para oficios personales e informales–, el certificado de empresa, un vale

²³⁵⁰ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 59.

²³⁵¹ MELLA MÉNDEZ, L.: *La formalización del despido disciplinario. Un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 159.

²³⁵² STSJ Cataluña 30 de septiembre de 2015 [JUR 2015, 283134], STSJ Castilla y León/Burgos 15 de septiembre de 2011 [JUR 2011, 337061] y STSJ Cataluña 19 de mayo de 2009 [JUR 2009, 383488].

²³⁵³ ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) et al: *Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 280.

²³⁵⁴ STS 12 de marzo de 1986 [RJ 1986, 1308].

²³⁵⁵ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 59.

²³⁵⁶ STSJ Navarra 30 de abril de 1996 [AS 1996, 1268].

²³⁵⁷ STSJ Canarias/Tenerife 23 de junio de 2014 [AS 2015, 15].

²³⁵⁸ STSJ Castilla-La Mancha 9 de marzo de 2006 [AS 2006, 1319].

²³⁵⁹ STS 18 de febrero de 1986 [RJ 1986, 777].

o volante interno dirigido por la empresa a uno de sus encargados para que este mismo proceda a extinguir la relación laboral de un determinado trabajador, el giro postal, la cédula o documento expedido en virtud de un acta de notificación o requerimiento notarial²³⁶⁰ –y que concede la máxima seguridad existente al dar cumplimiento fiable de la finalidad de informar²³⁶¹–, la cartilla o libreta de inscripción marítima del trabajador²³⁶² o una notificación consular. En referencia a otros medios consentidos para notificar al trabajador la extinción de su relación laboral –procedentes del actual avance de las telecomunicaciones– localizamos el telefacsimil²³⁶³, el fax común, el télex²³⁶⁴, el correo electrónico²³⁶⁵ y el fax por ordenador²³⁶⁶ siempre que se alcance demostrar la recepción de los mismos. En el ámbito de la administración local el despido puede ser informado a través de un decreto del alcalde o presidente de la diputación²³⁶⁷, según corresponda²³⁶⁸. En suma, es correcto cualquier medio que posibilite conocer al empleado de modo cabal y completo su despido, la fecha de efectos del mismo y los motivos en los que se funda.

Se admite que el empresario proceda a la notificación del despido a través de personas en las que haya consignado su confianza rechazándose el absurdo de que esa comunicación tenga que llevarse a cabo de forma individual por el empleador. La comunicación puede ser notificada por: 1) el notario, quien puede entregar la comunicación escrita personalmente –en mano–²³⁶⁹ o por medio de correo ordinario o certificado²³⁷⁰; 2) ciertos trabajadores de la empresa con cargo de responsabilidad o confianza; 3) un letrado, procurador, graduado social o gestoría²³⁷¹; 4) un representante

²³⁶⁰ STS 24 de noviembre de 1982 [RJ 1982, 6882].

²³⁶¹ STS 10 de julio de 1982 [RJ 1982, 459].

²³⁶² STSJ Galicia 27 de julio de 2002 [JUR 2002, 247473].

²³⁶³ Este instrumento comenzó como un servicio telegráfico especializado para transmitir fotos y mapas meteorológicos, evolucionando posteriormente hacia equipos conectados a circuitos telefónicos punto a punto; a partir de ellos se han extendido las telecopiadoras telefónicas que reproducen documentos en formato normalizado y en un tiempo relativamente breve.

²³⁶⁴ Este instrumento funciona a través de una red automática conmutada que transmite mensajes a baja velocidad.

²³⁶⁵ SAGARDOY DE SIMÓN, I.: “La forma del despido disciplinario”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 217.

²³⁶⁶ Esta categoría de fax es más rápida que la normal dado que no se requiere, con objeto de ser enviado, la impresión del documento para, posteriormente, tener que pasarlo por la máquina del fax.

²³⁶⁷ STSJ Castilla y León/Burgos 23 de febrero de 1995 [AS 1995, 558]. Así, “*por Decreto de Presidencia de 8 junio 1994 se sanciona al actor con despido que es notificado el 9 de junio de 1994 a través de una hija del demandante*”. En este sentido, “*el acto tenía validez, pues fue dictado por funcionario competente, el Presidente de la Diputación que tiene facultades para despedir, y aunque su eficacia quedase supeditada a su ratificación, ello no hacía depender la validez del acto como tal de aquélla, sino que, cabe repetir, sólo afectaba a su eficacia. Dicho esto, si a ello unimos el que tal acto fue formalmente notificado al actor, y en el mismo se recogen de forma minuciosa los hechos que se le imputan, que son calificados como falta grave, y se le indica además la fecha en que tendría efectos, aunque éstos fueran más dilatados, por imperativo legal como ya quedó visto, han de entenderse cumplidos todos los requisitos del artículo 55.1 ET, que no exige más de los que quedan consignados*”.

²³⁶⁸ MELLA MÉNDEZ, L.: *La formalización del despido disciplinario. Un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*, cit., pp. 153 y ss.

²³⁶⁹ STSJ Galicia 13 de octubre de 1994 [AS 1994, 3906].

²³⁷⁰ STSJ Andalucía/Málaga 22 de marzo de 2002 [AS 2002, 2647].

²³⁷¹ STSJ Canarias/Las Palmas 30 de marzo de 2005 [JUR 2005, 105224].

unitario o sindical de los trabajadores²³⁷²; y 5) el abogado, representante o mandatario, expreso o tácito, del trabajador²³⁷³.

La carga de la prueba de la notificación se someterá a los avatares de las circunstancias que constituyen controversia. Si se discute la validez o idoneidad de los instrumentos empleados con los que se ha practicado la notificación del despido, o que la comunicación escrita no obedece al contenido mínimo requerido legalmente, será el empleado despedido a quién le incumbirá la carga de la prueba. Por el contrario, si la controversia se localiza en la disputa de la existencia –o no– de la propia comunicación escrita –defendiendo el trabajador la carencia de la misma– la aportación de la prueba incumbirá al empleador.

En este último supuesto –existencia o no de la comunicación escrita– si la misiva resolutoria se entregó al trabajador personalmente –en mano– por el empresario o por persona con poderes para ello, constituye prueba lícita de su entrega el recibí firmado por el trabajador. Mecanismo de prueba más seguro se localiza en la dúplica de la carta de despido firmada por el propio trabajador, pues en el caso anterior –recibí firmado–, el trabajador podría contraponerse al contenido real de la comunicación escrita que recibió. Cuando estemos ante el duplicado de la carta de despido para el empleador será fácilmente demostrable que el contenido de la precitada comunicación es la requerida legalmente²³⁷⁴. En este último sentido la comunicación escrita podría completarse con la siguiente manifestación: “*sírvase firmar el duplicado de la presente para nuestra constancia y archivo*”²³⁷⁵.

En caso de que el empresario se decante por utilizar los servicios de correos para informar del despido al trabajador puede realizarlo en la modalidad de envío ordinario o de envío certificado. Con propósito de lograr una mayor seguridad se recomienda utilizar el certificado y dentro de esta categoría la notificación con acuse de recibo. Si el receptor de la comunicación escrita se encontrara ausente en su domicilio, tras caducar el plazo para que el trabajador recoja la remesa en las oficinas de correos, se retornará al empleador la carta certificada con la advertencia de que el destinatario se encontraba ausente en hora de reparto habiendo caducado la posible recepción de la misma en la oficina pertinente, lo que permite al empresario aportar como prueba de la notificación la propia carta devuelta con la indicada nota²³⁷⁶.

Pero si el trabajador obstaculiza la recepción de la comunicación emitida por el empresario o la notificación no fuera posible por causas imputables al empleado –por ejemplo, cambio de domicilio no manifestado– le sería imputable al trabajador la falta de efectividad de la notificación por lo que esta eventualidad no corrompería el despido efectuado quedando el empresario desvinculado de toda responsabilidad²³⁷⁷. Además es irrelevante si la ocultación del domicilio o su facilitación errónea se debió a un directo propósito de entorpecer la comunicación con la empresa o a un descuido o falta de diligencia exigible al trabajador, ya que la buena fe obliga a mantener informado a su

²³⁷² STS 25 de noviembre de 1982 [RJ 1982, 688].

²³⁷³ STSJ País Vasco 3 de abril de 1996 [AS 1996, 1453].

²³⁷⁴ MELLA MÉNDEZ, L.: *La formalización del despido disciplinario. Un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 172.

²³⁷⁵ STS 16 de octubre de 2013 [RJ 2013, 7485].

²³⁷⁶ STSJ Castilla y León/Burgos 5 de septiembre de 2003 [JT 2003, 1631].

²³⁷⁷ STS 23 de mayo de 1990 [RJ 1990, 4493].

empresario del lugar donde pueda comunicarse con él de forma inmediata y segura²³⁷⁸. Pese al carácter recepticio de la comunicación ninguna consecuencia negativa se ocasiona a la empresa si se demuestra que el trabajador se ha negado a rubricar el recí de la comunicación –por ejemplo, mediante testigos–²³⁷⁹. De este modo el despido se entendería producido con todas sus consecuencias; de no comprenderse así tan solo bastaría al trabajador negarse a recibir o firmar la comunicación o bien ubicarse en situación “*ilocalizable*” para eludir la caducidad de la acción lo que bajo ningún concepto puede consentirse²³⁸⁰.

3. El despido tácito

3.1 Despido tácito: carácter recepticio, efectos generales, virtualidad jurídica, corriente jurisprudencial, impugnación y caducidad

El despido tácito es una modalidad jurídica de invención jurisprudencial. Este despido se origina cuando se exterioriza una serie de episodios o comportamientos de la empresa que sin tener por objetivo la declaración expresa de la voluntad extintiva va a facilitar que se pueda presumir dicho efecto de forma argumentada y sin interpretaciones laboriosas²³⁸¹. Realmente no es una extinción sin forma sino un despido en el que la declaración de voluntad se deriva de los hechos –*facta concludentia*–²³⁸² lo que puede conllevar que cuando el trabajador decida presentar la correspondiente demanda pueda ser desestimada por apreciar el juzgador la caducidad de la acción del despido²³⁸³.

La terminación del contrato de trabajo se estructura normativamente como un acto recepticio de naturaleza declarativa y formal. El principio recepticio posee efectos directos que recaen en el despido tácito. Este despido se presume por la desobediencia grave de la empresa en las obligaciones contractuales elementales como la falta de ocupación o la no satisfacción del correspondiente salario. El carácter recepticio del despido condicionará la figura de los despidos tácitos pues solo se originará cuando los quebrantamientos empresariales evidencien palmariamente la voluntad extintiva del empleador y además dicha pretensión empresarial sea divisada por el trabajador. La fecha a efectos de extinción tácita de la relación laboral será el instante en el que se desprenda la voluntad evidente del empleador de extinguir la relación laboral. Por tanto, se cumplirán las exigencias mínimas para la efectividad del despido –acto comunicado o exteriorizado y acto recepticio– en cuanto se trata de una acción conocida por el asalariado. Con este comportamiento el empresario está manifestando que rechaza la prestación laboral del empleado. Los efectos de la extinción del vínculo laboral comenzarán a propagarse desde el mismo momento en que el empleador desobedeza sus obligaciones contractuales y el trabajador se percate de que el despido ha extinguido

²³⁷⁸ MELLA MÉNDEZ, L.: *La formalización del despido disciplinario. Un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 166.

²³⁷⁹ STS 12 de marzo de 1986 [RJ 1986, 308].

²³⁸⁰ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, cit., pp. 24 y 25.

²³⁸¹ Artículo 24.1 de la Constitución Española.

²³⁸² MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Artículo 55. Forma y efectos del despido disciplinario”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al: El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 784.

²³⁸³ ALBIOL MONTESINOS, I.: *El despido disciplinario y otras sanciones en la empresa*, cit., p. 65.

la relación contractual: el *dies a quo* a efectos del cómputo de plazo de caducidad comienza el día hábil siguiente en el que el trabajador haya dejado de prestar servicios²³⁸⁴.

En los despidos tácitos la decisión de la empresa es completamente ejecutiva sin perjuicio de la inobservancia de las exigencias formales. La carencia de notificación expresa y formal de la extinción de la relación laboral no es óbice para la reclamación judicial por parte del empleado. El carácter recepticio del despido posibilita –a pesar de que la ruptura del vínculo contractual no se haya desarrollado conforme las disposiciones legales– que el empleado pueda impugnar la voluntad tácita de la resolución laboral de la empresa²³⁸⁵; es más, si no lo hace en plazo el despido tácito podrá ser procedente por haber caducado la acción impugnatoria.

Nada imposibilita que un despido tácito pueda ser posteriormente subsanado mediante un nuevo despido manifestado formalmente de acuerdo a las exigencias legales –artículo 55.2 ET–. Esta previsión normativa se encuentra concebida para los despidos verbales²³⁸⁶; pero no se impide su adaptación a los despidos tácitos. Con el segundo despido –subsanador de las deficiencias formales– el empresario podría motivar su decisión extintiva a través de la misiva resolutoria. En cualquier caso los trabajadores despedidos tácitamente tendrán derecho a los salarios pertinentes al lapso temporal que tercie entre el despido tácito originario y el segundo despido comunicado por escrito; lógicamente al tratarse de despidos aislados –aun cuando es una subsanación técnicamente se considera una nueva extinción– se volverá a iniciar el cómputo del plazo de caducidad para el ejercicio de la acción contra el despido²³⁸⁷.

El despido tiene que someterse a las obligaciones formales previstas en el artículo 55 ET. Su propósito es eludir aquellas coyunturas que constituyan un mínimo de inseguridad e inestabilidad jurídica. Precisamente estas exigencias formalistas se evaporan en los casos de despido tácito. Sin embargo, la jurisprudencia admite, en delimitadas ocasiones, la virtualidad del despido tácito cuando confluyan los ingredientes fundamentales inherentes a la idea de despido²³⁸⁸. El despido tácito es una práctica que no detenta amparo legal pues nuestra legislación precisa que la validez formal del despido depende de la especificación –en la misiva resolutoria– de los hechos²³⁸⁹ y de la fecha en que éste tendrá efecto²³⁹⁰; sin embargo, puede desprender efectos y consecuencias jurídicas.

²³⁸⁴ LÓPEZ AHUMADA, J. E.: “La proyección del carácter recepticio del despido sobre los despidos tácitos”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al*: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., pp. 226 y ss.

²³⁸⁵ GARCÍA BECEDAS, G.: “El despido como acto recepticio”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 431.

²³⁸⁶ Sobre el despido verbal, *vid.* SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, J.: *Los plazos en el proceso de despido disciplinario*, cit., p. 66.

²³⁸⁷ LÓPEZ AHUMADA, J. E.: “La proyección del carácter recepticio del despido sobre los despidos tácitos”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al*: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., pp. 229 y ss.

²³⁸⁸ GARCÍA BECEDAS, G.: “El despido como acto recepticio”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 441.

²³⁸⁹ STSJ Comunidad Valenciana 23 de marzo de 2005 [JUR 2005, 165413].

²³⁹⁰ *Vid.* ALONSO OLEA, M.: “Jurisprudencia sobre la forma y la caducidad de la acción de despido”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 4, 1980, pp. 523 y ss.

En síntesis el despido tácito constituye una terminación unilateral de la relación laboral decidida por el empresario, no sujeta a forma, manifestada implícitamente y sin causa de justificación expresa debiendo ser deducida del acto extintivo del empresario²³⁹¹. Además será necesaria que la decisión extintiva de la empresa proceda de hechos categóricos que manifiesten el propósito inequívoco de extinguir la relación jurídico-laboral por parte del empresario²³⁹².

Respecto al incumplimiento del pago de salario por el empleador es apropiado distinguir situaciones varias. Concretamente el impago del salario puede sucederse por un retraso puntual o prolongado aunque también es posible localizar un impago parcial o total de la obligación salarial²³⁹³. De manera general la desobediencia salarial tiene que cimentarse en un incumplimiento grave que suprima los impagos esporádicos o los atrasos puntuales o de carácter parcial²³⁹⁴. En estos últimos casos habrá que diferenciar cuando no existe voluntad unilateral extintiva del empleador sino un simple quebrantamiento contractual que no puede considerarse despido tácito. Tampoco se localizará despido tácito cuando medie impago por parte de la empresa y con posterioridad a la reclamación judicial del trabajador se satisfagan las sumas adeudadas.

Existe incumplimiento de la empresa que se derivará en un despido tácito cuando la misma no facilita ocupación efectiva al empleado lo que provoca el cese efectivo en el trabajo; en otros términos, la extinción de la relación laboral se produce cuando el trabajador se encuentre totalmente inactivo. Deben ser situaciones que se prolonguen en el tiempo y sin causa de justificación por parte de la empresa. Pero no existe incumplimiento contractual de proporcionar al trabajador ocupación efectiva cuando la empresa le haya concedido otras funciones diferentes a las que acostumbraba a desarrollar –supuesto típico que se produce tras la reincorporación del trabajador después de un período de suspensión–. En este último caso nos hallaríamos ante un supuesto de movilidad funcional. Por otro lado, encontramos ocasiones en las que la falta de ocupación efectiva tiene que analizarse de forma elástica atendiendo a la propia naturaleza de la actividad laboral donde las funciones del trabajador no son constantes.

Existen otras situaciones en las que es posible localizar la presencia de un despido tácito. Un bloque significativo es el referido a los supuestos de suspensiones, excedencias e interrupciones de la prestación laboral. En relación a la suspensión del contrato de trabajo existirá despido tácito cuando al finalizar la situación que justifica la ausencia del trabajador –baja por maternidad o incapacidad temporal entre otras– la empresa niega la reincorporación del empleado en su puesto. Efectos análogos existe en los casos de excedencia voluntaria cuando la empresa no se manifiesta sobre la solicitud de reincorporación del trabajador originándose un supuesto de despido tácito. También se ha contemplado la existencia de despido tácito en los supuestos de interrupciones de

²³⁹¹ CABEZA PEREIRO, J.: “El despido tácito”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 64, 1994, p. 318.

²³⁹² LÓPEZ AHUMADA, J. E.: “La proyección del carácter recepticio del despido sobre los despidos tácitos”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al*: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., pp. 234 y 235.

²³⁹³ *Ibidem*, p. 236.

²³⁹⁴ CABEZA PEREIRO, J.: “El despido tácito”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, cit., p. 299.

la prestación laboral, en casos de negativa a la reincorporación del trabajador tras el disfrute de las vacaciones anuales o tras el disfrute de un permiso laboral retribuido²³⁹⁵.

Al juzgar por nuestros tribunales si ha existido o no despido tácito, la jurisprudencia valora –con buen criterio– la conducta del empresario de acuerdo con el principio de la buena fe, negando eficacia extintiva a la actitud confusa o dudosa que genera una situación de inseguridad y requiriendo, en consecuencia, una conducta inequívoca exteriorizada por medio de actos diáfanos, indubitables e indiscutibles²³⁹⁶. 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 en el tiempo la decisión resolutoria de la empresa y en su caso la inactividad impugnatoria del trabajador. O dicho más sintéticamente para que exista despido tácito es necesario que concurren hechos o conductas concluyentes reveladores de la intención de la empresa de resolver el contrato²³⁹⁷.

Este despido cuestiona el carácter esencial del procedimiento legalmente exigido para extinguir el vínculo laboral²³⁹⁸, ya que el despido tácito por propia definición es una práctica que se desarrolla extramuros de la regulación legal²³⁹⁹. Esto último nos advierte de la necesidad de contemplarlo con recelo y de manera restrictiva²⁴⁰⁰, pero no desconocerlo cuando concurren hechos firmes, tangibles e inequívocos –*facta concludentia*–²⁴⁰¹ que manifiestan entidad suficiente para ser interpretados como la evidente decisión empresarial de dar por finalizada la relación laboral²⁴⁰².

Los tribunales han considerado que constituye despido tácito el hecho de prescindir de los servicios del trabajador, de expulsarle del centro de trabajo²⁴⁰³ o de privarle de las llaves del camión que conducía²⁴⁰⁴. De igual modo, la jurisprudencia estima que existe despido tácito cuando se crea un acto irrefutable e inequívoco al tener el trabajador conocimiento de su extinción²⁴⁰⁵; cuando la inactividad del trabajador en la prestación de sus servicios y el no abono de la retribución que le corresponden coinciden más allá del término o plazo en que se venía haciendo efectivo²⁴⁰⁶; cuando se produce el cese en la actividad empresarial²⁴⁰⁷; cuando se produce una subrogación y el

²³⁹⁵ LÓPEZ AHUMADA, J. E.: “La proyección del carácter recepticio del despido sobre los despidos tácitos”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al*: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., pp. 238 y 239.

²³⁹⁶ STS 21 de febrero de 1992 [RJ 1992, 1047] y STS 19 de octubre de 1994 [RJ 1994, 8254].

²³⁹⁷ STS 16 de noviembre de 1998 [RJ 1998, 9747]. En este sentido, STSJ Cataluña 17 de marzo de 2017 [JUR 2017, 122459], STSJ Asturias 26 de octubre de 2012 [AS 2013, 33], STSJ Madrid 10 de febrero de 2011 [AS 2011, 1101], STSJ Canarias/Tenerife 31 de julio de 2009 [AS 2009, 1949].

²³⁹⁸ ALBIOL MONTESINOS, I.: *El despido disciplinario y otras sanciones en la empresa*, cit., p. 65.

²³⁹⁹ STSJ Canarias/Las Palmas 20 de febrero de 2006 [JUR 2006, 127734].

²⁴⁰⁰ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “El despido tácito y su impugnación”, en *Revista de Política Social*, núm. 129, 1981, p. 295.

²⁴⁰¹ STS 5 de mayo de 1987 [RJ 1987, 3232].

²⁴⁰² SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, J.: *Los plazos en el proceso de despido disciplinario*, cit., pp. 74 y 75.

²⁴⁰³ STSJ Canarias/Tenerife 12 de junio de 1998 [AS 1998, 2513].

²⁴⁰⁴ STS 29 de abril de 1967 [RJ 1967, 1661].

²⁴⁰⁵ STS 11 de julio de 1983 [RJ 1983, 3766].

²⁴⁰⁶ STS 17 de julio de 1986 [RJ 1986, 4170].

²⁴⁰⁷ STSJ Cataluña 18 de enero de 1999 [AS 1999, 315].

trabajador deja de percibir la percepción económica por incapacidad temporal²⁴⁰⁸; cuando se cierran las puertas o se cambia de cerradura la puerta de la empresa impidiendo que el trabajador preste sus servicios tras unas vacaciones²⁴⁰⁹; cuando se produce un corte de suministro eléctrico de un local de peluquería que impide al trabajador realizar su trabajo²⁴¹⁰; cuando se niega a reintegrar al trabajador en su primitivo puesto de trabajo incumpliendo una cláusula contractual por la que se obligaba a ello²⁴¹¹; cuando existe una evidente falta de ocupación efectiva junto a una prohibición de acceso a las instalaciones²⁴¹²; cuando se prescinde temporalmente de los servicios del trabajador y se comunica de forma verbal²⁴¹³; o cuando se da de baja al trabajador en la Seguridad Social²⁴¹⁴. Por el contrario no existe despido tácito por falta de acto inequívoco de ruptura del vínculo contractual en los siguientes supuestos: pérdida de la llave del local o de las instalaciones de la empresa sin mala fe por parte del empresario y que imposibilita al trabajador prestar servicios²⁴¹⁵; baja en Seguridad Social sin abono de los salarios ni falta de ocupación efectiva en un supuesto de suspensión del contrato durante la tramitación de un expediente disciplinario²⁴¹⁶; cierre de centro de trabajo durante la tramitación de un expediente de regulación de empleo ante la oportuna autoridad laboral²⁴¹⁷; o cuando la empresa da de baja a la empleada en la Seguridad Social porque ha existido dimisión de la trabajadora que no se reincorpora a la empresa tras el alta médica²⁴¹⁸.

En referencia a la impugnación del despido tácito, de acuerdo con el artículo 59.3 ET, “*el ejercicio de la acción contra el despido o resolución de contratos temporales caducará a los veinte días siguientes de aquel en que se hubiera producido*”. En el mismo sentido, el artículo 103 LRJS manifiesta que “*el trabajador podrá reclamar contra el despido, dentro de los veinte días hábiles siguientes a aquél en que se hubiera producido. Dicho plazo será de caducidad a todos los efectos y no se computarán los sábados, domingos y los festivos en la sede del órgano jurisdiccional*”. El *dies a quo* con el que se determina el comienzo del cómputo de veinte días se refiere al período temporal que el trabajador despedido posee para iniciar el correspondiente proceso. El plazo de caducidad comienza después del día en que se hubiera despedido al empleado –en concreto el día siguiente hábil al cese efectivo–. Tampoco computa en el plazo de caducidad el día en que se presente la correspondiente papeleta de conciliación –que se trata de un acto preceptivo–. El empleado tendrá que presentar la papeleta de conciliación antes de consumir el plazo de caducidad de veinte días hábiles; posteriormente deberá interponer la correspondiente demanda de despido. En este sentido, el artículo 59.3 ET formula que “*el plazo de caducidad quedará interrumpido por la presentación de la solicitud de conciliación ante el órgano público de mediación,*

²⁴⁰⁸ STSJ Castilla-La Mancha 19 de enero de 1998 [AS 1998, 444].

²⁴⁰⁹ STSJ Baleares 15 de septiembre de 1998 [AS 1998, 6301].

²⁴¹⁰ STSJ Comunidad Valenciana 1 de diciembre de 1998 [AS 1998, 4887].

²⁴¹¹ STSJ Baleares 15 de abril de 1999 [AS 1999, 1527].

²⁴¹² STSJ Asturias 26 de octubre de 2012 [AS 2013, 33].

²⁴¹³ STSJ Andalucía/Sevilla 11 de mayo de 2016 [AS 2016, 1099].

²⁴¹⁴ STSJ Cataluña 2 de junio de 2016 [JUR 2016, 186106].

²⁴¹⁵ STSJ Madrid 14 de julio de 1999 [AS 1999, 3211].

²⁴¹⁶ STSJ Andalucía/Málaga 21 de mayo de 1999 [AS 1999, 1605].

²⁴¹⁷ STSJ Extremadura 10 de diciembre de 1998 [AS 1998, 4883].

²⁴¹⁸ STSJ Castilla-La Mancha 6 de octubre de 2015 [AS 2015, 1925].

arbitraje y conciliación competente”²⁴¹⁹. Por tanto, el plazo de caducidad podrá reanudarse al día siguiente de la celebración de la conciliación sin pacto entre las partes.

La conducta incuestionable del empleador de finalizar el contrato de trabajo delimitará el inicio del plazo hábil para que el trabajador despedido pueda desempeñar la acción judicial contra la extinción. De este modo, el despido tácito podrá refutarse desde el acto inequívoco de la empresa de poner término final al vínculo laboral hasta los veinte días de caducidad del despido, por lo que antes de iniciar el cómputo de la acción, es necesario confrontar si efectivamente se produjo el despido tácito del trabajador²⁴²⁰. En resumen a la hora de aplicar la caducidad al despido tácito es recomendable apreciar los siguientes criterios: interpretación restrictiva, no favorecer a quien crea situaciones equívocas y principio *pro actione*²⁴²¹.

Al estar en presencia de un presunto despido de carácter recepticio, mientras la resolución del empresario no se haya exteriorizado y ésta sea efectiva, el inicio del plazo de caducidad de la acción se pospone en el tiempo puesto que el trabajador no puede aún conocer la decisión²⁴²². En los incidentes en los que exista ambigüedad habrá que negar la presencia del despido ya que incumplirá la nota de la receptividad del acto empresarial. En relación al comienzo del cómputo del plazo de caducidad lo realmente determinante será concretar la situación en la que el empleado posea conocimiento de la decisión empresarial de finalizar la relación laboral. Por ello, en materia de despido tácito se deberá ratificar la defensa de los intereses legítimos del trabajador despedido y admitir la demanda en aplicación del principio *pro actione*²⁴²³. El reconocimiento del acceso a la jurisdicción de la impugnación del despido tácito no manifiesta obstáculo alguno en nuestra legislación laboral ya que el despido disciplinario no está sujeto a plazo de preaviso; solamente se supedita la admisión de la demanda a la obediencia del plazo de caducidad de veinte días hábiles²⁴²⁴. Dada la brevedad del espacio temporal de caducidad y de las dificultades concernientes a la precisión del momento del comienzo del cómputo del plazo, la doctrina requiere de una interpretación espaciosa de la caducidad de la acción pretendiendo equilibrar la situación generada *ex ante* por la empresa y que desfavorece al trabajador²⁴²⁵. En definitiva los problemas provienen de la omisión de la carta de despido pues dicha exigencia, además de exponer los hechos

²⁴¹⁹ En el mismo sentido, el artículo 65 LRJS dispone: “*la presentación de la solicitud de conciliación o de mediación suspenderá los plazos de caducidad e interrumpirá los de prescripción. El cómputo de la caducidad se reanudará al día siguiente de intentada la conciliación o mediación o transcurridos quince días hábiles, excluyendo del cómputo los sábados, desde su presentación sin que se haya celebrado*”.

²⁴²⁰ LÓPEZ AHUMADA, J. E.: “La proyección del carácter recepticio del despido sobre los despidos tácitos”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 250.

²⁴²¹ CABEZA PEREIRO, J.: “El despido tácito”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, cit., p. 316.

²⁴²² BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *La caducidad en el Derecho Laboral*, Pamplona, Aranzadi, 1995, p. 124.

²⁴²³ Artículo 24.1 de la Constitución Española.

²⁴²⁴ Artículo 59.3 ET.

²⁴²⁵ CABEZA PEREIRO, J.: “El despido tácito”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, cit., p. 315.

originadores de la extinción de la relación laboral, facilita el conocimiento de la fecha de efectos del despido iniciando el plazo de caducidad de la acción²⁴²⁶.

Los problemas atinentes a la especificación del instante temporal en que se manifiesta la voluntad extintiva del empresario tienen trascendencia en materia de prueba. En el proceso judicial no solo los hechos tendrán que quedar íntegramente acreditados sino también deberá atestiguarse que el empleado era conocedor de la decisión extintiva de la empresa lo que determina la fecha de inicio del plazo de caducidad. Por este motivo el juez deberá valorar casuísticamente las contingencias presentes fijando el momento concreto y exacto en que se extinguió la relación laboral. En el caso de que la empresa sustente judicialmente el transcurso del plazo de caducidad de la acción tendrá que acreditar la carga de la prueba del momento del inicio del cómputo. Por el contrario, el trabajador tendrá que contradecir a la empresa interpretándose la prueba de modo dúctil por no existir misiva resolutoria en los despidos tácitos. Lo cierto es que en materia de despido tácito nos moveremos en el ámbito de los indicios. En efecto es usual que los tribunales acojan la existencia de despido tácito ante indicios que sustenten la presunción de la voluntad del empresario de extinguir el contrato de trabajo de forma incuestionable. Pero si existe mínima incertidumbre en torno a la pretensión extintiva se debe deducir que permanece la relación laboral a pesar de la subsistencia de determinadas desobediencias en las obligaciones que no darían lugar a despido tácito sino a meros incumplimientos contractuales²⁴²⁷.

3.2 La posible confluencia de figuras afines: criterios diferenciadores entre el despido tácito, la extinción contractual por voluntad del trabajador y el abandono del empleado

La diferencia entre el despido tácito y la extinción contractual por voluntad del trabajador reside en que, en ésta última figura jurídica, la extinción no procede del empleador sino del propio trabajador quien por sí mismo decide dar por concluida la relación laboral por incumplimiento contractual, a diferencia de lo que ocurre en el despido tácito en donde quien resuelve la relación laboral es el empresario.

Sin embargo, se localizan determinados nexos causales que pueden llegar a originar desconcierto y confusión entre ambas figuras. Esta confusión procede del hecho de que las desobediencias que pueden justificar la extinción causal y el despido tácito son, a primera vista, similares. En concreto nos referimos a los incumplimientos previstos en el artículo 50.1 ET como son: falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado²⁴²⁸ y el incumplimiento grave de las obligaciones del empresario²⁴²⁹. Aunque en tales casos exista incumplimiento previo por parte del empresario la distinción entre el despido tácito y la extinción del contrato por el

²⁴²⁶ LÓPEZ AHUMADA, J. E.: “La proyección del carácter recepticio del despido sobre los despidos tácitos”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., pp. 251 y ss.

²⁴²⁷ *Ibidem*, pp. 253 y 254.

²⁴²⁸ A ello se refiere el apartado b) de artículo 50.1 ET. Se excluyen los incumplimientos leves como retrasos meramente ocasionales o impagos relativos a determinados conceptos salariales ambiguos.

²⁴²⁹ A ello se refiere el apartado c) del artículo 50 ET. Se excluyen “los supuestos de fuerza mayor, así como la negativa del mismo a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo en los supuestos previstos en los artículos 40 y 41 de la presente ley, cuando una sentencia judicial haya declarado los mismos injustificados”.

trabajador reside en la voluntad de la persona de quien ejecuta la resolución de la relación contractual²⁴³⁰.

El despido tácito implica que el incumplimiento originario del empresario se transforme en un acto de extinción de la relación laboral que intima al trabajador a ejercer la acción del despido contra la decisión implícita de la empresa²⁴³¹. Por el contrario, si la intención de despedir no existe se suprime el efecto de extinción del contrato laboral –verbigracia, casos de retrasos salariales sin presencia de voluntad extintiva que dará lugar a la indemnización por mora²⁴³²–. Cuando la intención extintiva del empresario se exteriorice de forma confusa la interpretación deberá inclinarse por la extinción causal del contrato a solicitud del trabajador puesto que el contrato no se encuentra abolido. De esta forma la resolución causal a solicitud del trabajador se adopta como un evidente mecanismo de defensa del empleado frente a los incumplimientos empresariales. Esta resolución causal se ha calificado por la doctrina científica con el término de “*autodespido*”²⁴³³.

Conviene atender al componente de que el trabajador que asiste a la garantía de la extinción por voluntad propia requerirá que el contrato esté todavía en vigor: “*para que la acción resolutoria prospere es preciso que la relación laboral continúe en vigor porque no puede extinguirse lo que ya está extinguido*”²⁴³⁴. Se entiende que el trabajador que desea extinguir el contrato ha de permanecer cumpliendo puntualmente los deberes dimanantes de su vínculo laboral incluso después de la solicitud, ya que la relación se mantiene plenamente vigente y eficaz²⁴³⁵: por tanto, continúa con actividad laboral –a diferencia del despido tácito–.

En cuanto a las consecuencias jurídicas existen disparidades y semejanzas obvias entre ambas figuras. El despido tácito –salvo caducidad de la acción– da lugar a la improcedencia del despido por motivos de carencia de forma donde el empresario podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización. Por el contrario, en supuestos de resolución causal la extinción de la relación laboral por voluntad del trabajador traerá como consecuencia el deber del empresario de sufragar la indemnización correspondiente al despido improcedente²⁴³⁶. También localizamos diferencias en la perspectiva procesal: el despido tácito se encuentra sometido al plazo de caducidad del artículo 59.3 ET –veinte días hábiles²⁴³⁷– pudiendo el trabajador profesar la acción judicial con la que declarar la no legitimidad del despido por imperfecciones formales; por el contrario, si nos encontramos ante una resolución

²⁴³⁰ LÓPEZ AHUMADA, J. E.: “La proyección del carácter recepticio del despido sobre los despidos tácitos”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al*: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 241.

²⁴³¹ PENDÁS DÍAZ, B.: *La extinción causal causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, Madrid, ACARL, 1992, p. 111.

²⁴³² Artículo 29.3 ET.

²⁴³³ STSJ Andalucía/Málaga 9 de junio de 2005 [AS 2005, 3599].

²⁴³⁴ STSJ Madrid 1 de marzo de 2005 [JUR 2005, 87346].

²⁴³⁵ CABEZA PEREIRO, J.: “El despido tácito”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, cit., p. 313.

²⁴³⁶ Artículo 56 ET.

²⁴³⁷ Artículo 59.3 ET: “*el ejercicio de la acción contra el despido o resolución de contratos temporales caducará a los veinte días siguientes de aquel en que se hubiera producido*”.

causal a instancia del empleado la acción se sujeta al plazo de prescripción del artículo 59.1 ET –un año–²⁴³⁸.

También es conveniente que especifiquemos las consecuencias de la posible coincidencia del ejercicio de la acción de despido y la acción resolutoria en su tramitación procesal. Cuando ambas concurren simultáneamente habrá que delimitar que acción es la que se antepone sobre la otra para resolverse con carácter preferente. En este caso nos encontraríamos ante un supuesto de acumulación de voluntades que originaría el desarrollo de un solo proceso²⁴³⁹.

En la distinción entre despido tácito y abandono del trabajador aunque nos encontremos ante figuras antagónicas –pues la extinción del contrato de trabajo en el despido tácito se origina de la voluntad del empresario a desavenencia del abandono que procede del trabajador– creemos conveniente distinguir ambos supuestos²⁴⁴⁰. En la práctica a la pretensión judicial del trabajador de existencia de despido tácito es normal que la empresa se oponga aduciendo una situación de abandono o dimisión por parte del empleado²⁴⁴¹. En casos de ambigüedad e imprecisión se deberá inferir el abandono o el despido por los hechos y acciones terminantes de las partes siendo el órgano juzgador quien solvente si se trata de un supuesto de abandono de trabajo o de despido tácito²⁴⁴².

La carga de la prueba en ambos casos recaerá sobre el empresario favoreciendo a la parte de la relación laboral que le es más complicado demostrar los hechos –nos referimos al trabajador–. En el supuesto de dificultad de práctica de la prueba el efecto desestimatorio de la pretensión se ciñe sobre la empresa que saldrá desfavorecida por ser quien posee la obligación de probar los hechos motivadores del abandono. Por el contrario el trabajador tan solo debe acreditar un contexto que transmita indicios de despido tácito. Este planteamiento tiene sentido al poseer la empresa mejor colocación y encontrarse en especiales condiciones de tener acceso a los medios de prueba lo que le hacen disfrutar de una lógica situación de ventaja y prelación²⁴⁴³.

El órgano judicial podrá deducir la existencia de abandono del trabajador cuando confluya un acto libre y potestativo del empleado de naturaleza unilateral que dé lugar a un incumplimiento constitutivo de la extinción del contrato de trabajo debiéndose desprender tal abandono de datos objetivos y concluyentes²⁴⁴⁴. Por ejemplo, existe abandono cuando la empresa informa a uno de sus empleados un nuevo destino y ante la negativa del trabajador y a su frecuente ausencia de trabajar, la empresa le comunica la resolución contractual por abandono²⁴⁴⁵. Del mismo modo, existe abandono del trabajador en supuestos en los que la empresa conserva al empleado en alta hasta

²⁴³⁸ Artículo 59.1 ET: “*las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial prescribirán al año de su terminación*”.

²⁴³⁹ Artículo 28 y siguientes LRJS.

²⁴⁴⁰ STSJ Castilla-La Mancha 6 de octubre de 2015 [AS 2015, 1925].

²⁴⁴¹ STS 14 de junio de 2012 [RJ 2012, 8547].

²⁴⁴² LÓPEZ AHUMADA, J. E.: “La proyección del carácter recepticio del despido sobre los despidos tácitos”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagaray Bengoechea*, cit., pp. 246 y 247.

²⁴⁴³ Para mayor abundamiento, *vid.* MARTÍNEZ ROCAMORA, L. G.: “¿Despido verbal o abandono? La carga de la prueba sobre la causa real de extinción del contrato de trabajo. Comentario a la STSJ de Andalucía/Málaga, de 10 de noviembre de 2000”, en *Aranzadi Social*, núm. 4, 2001, *passim*.

²⁴⁴⁴ ALONSO OLEA, M.: “La extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador”, en *Revista de Política Social*, núm. 126, 1980, p. 126.

²⁴⁴⁵ STSJ Andalucía/Málaga 9 de junio de 2000 [AS 2000, 3513].

después de la conciliación laboral sin que se presente a trabajar. No obstante, este último dato no se trata de una nota general que apruebe en todos los supuestos la no existencia de despido tácito y la confirmación del abandono²⁴⁴⁶. Por otro lado, la doctrina jurisprudencial viene estimando la existencia de despido tácito cuando no puede desprenderse la existencia de abandono del trabajador. En otros términos, para que concurra un despido tácito “*es necesario que la empresa manifieste su voluntad extintiva mediante una conducta inequívoca, expresada mediante actos claros y concluyentes, sin que puedan atribuirse este efecto a actuaciones ambiguas*”²⁴⁴⁷. Con carácter general el mero acto de no asistir al trabajo no debe significar que automáticamente se haya producido abandono, ya que no se trata de actos terminantes, ni de conductas irrefutables del trabajador encaminadas a resolver la relación laboral²⁴⁴⁸.

En definitiva el abandono no es causa automática de resolución del contrato sino una situación de hecho en la que el empleado no asiste al trabajo permitiendo al empresario profesar su poder sancionador y despedir al empleado por faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo o transgresión de la buena fe contractual²⁴⁴⁹.

En cualquier caso es preciso apuntalar que cuando se haya sobrepasado el plazo de caducidad de la acción del despido –artículo 59.3 ET– la discusión entre despido tácito o el abandono del trabajador decae en tanto en cuanto la revisión judicial del despido ya no es factible²⁴⁵⁰.

4. Singularidad del despido disciplinario de los trabajadores afiliados a un sindicato

El artículo 55.1 ET reconoce que cuando el trabajador despedido fuera delegado sindical “*procederá la apertura de expediente contradictorio, en el que serán oídos, además del interesado, los restantes miembros de la representación a que pertenezcieren, si los hubiese*”²⁴⁵¹. Y si el trabajador “*estuviera afiliado a un sindicato y al empresario le constase, deberá dar audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical correspondiente a dicho sindicato*”. El artículo 10.3.3º LOLS establece que los delegados sindicales tendrán el derecho a “*ser oídos por la empresa previamente a la adopción de medidas de carácter colectivo que afecten a los trabajadores en general y a los afiliados a su sindicato en particular, y especialmente en los despidos y sanciones de estos últimos*”. Precepto sobre el que el Tribunal Constitucional tiene declarado que el significado y alcance del artículo 10.3.3 LOLS, “*no es tanto la de configurar una información general de los delegados sindicales sino instrumentar una protección del*

²⁴⁴⁶ STSJ Andalucía/Málaga 10 de noviembre de 2000 [AS 2000, 4521].

²⁴⁴⁷ STS 10 de junio de 1986 [RJ 1986, 3515].

²⁴⁴⁸ LÓPEZ AHUMADA, J. E.: “La proyección del carácter recepticio del despido sobre los despidos tácitos”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 248.

²⁴⁴⁹ Artículo 54.2.a) y d) ET.

²⁴⁵⁰ LÓPEZ AHUMADA, J. E.: “La proyección del carácter recepticio del despido sobre los despidos tácitos”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., pp. 248 y 249. *Vid.* STS 14 de junio de 2012 [RJ 2012, 8547].

²⁴⁵¹ *Vid.* MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Artículo 55. Forma y efectos del despido disciplinario”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al: El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 778.

*trabajador afiliado, en la medida en que la intervención previa del órgano sindical permita a éste ejercer un control, aunque sólo sea en audiencia sobre la decisión empresarial y desarrollar oportunamente una defensa eficaz de sus afiliados*²⁴⁵². No nos hallamos en la imposición de notificar un acuerdo empresarial firme pendiente de ejecución, ni tampoco en el deber de efectuar el despido en presencia del cargo sindical²⁴⁵³, sino en la obligación de comunicar y justificar la pretensión de despedir de tal forma que antes de adoptar una resolución extintiva definitiva por el empresario, éste mismo pueda valorar una serie de razonamientos manifestados por el delegado sindical sobre el comportamiento y la situación del trabajador al que se ambiciona despedir.

La finalidad consiste en otorgar una protección adicional al trabajador sindicado para que no se vea restringido, limitado o coartado en el pleno ejercicio de su derecho de libertad sindical²⁴⁵⁴. El precepto legal que establece la audiencia previa al delegado del sindicato constituye una garantía singular del trabajador sindicado que no tiene cualquier otro trabajador despedido o sancionado. Su razón de ser se encuentra en la conveniencia apreciada por el legislador de que los trabajadores sindicados tengan una reforzada protección frente al poder disciplinario del empresario²⁴⁵⁵.

La audiencia previa del delegado sindical debe tramitarse por la empresa que va a ejecutar el despido del trabajador siempre que le conste –anticipada y fidedignamente– el carácter de afiliado del empleado al que se desea despedir²⁴⁵⁶, así como la identidad de la persona que desempeña el cargo de delegado sindical²⁴⁵⁷. Por otro lado, el empleador también puede expresar al trabajador el propósito de finalizar la relación laboral con la intención de consultarle si se encuentra afiliado a algún sindicato para recibir la asistencia del mismo²⁴⁵⁸.

Parece que la empresa debe consumir el trámite de audiencia sin contar con el consentimiento del afiliado una vez tenga firmeza del dato de la afiliación. No obstante, es recomendable que la empresa se dirija al interesado a fin de que éste exponga si desea que participen los delegados sindicales al poder inclinarse por no dar a conocer a terceros las faltas que se le achacan con la intención de librarse del menoscabo que en su imagen o currículum pueda ocasionar la expansión de esta información. Por tanto, el empleado podrá desertar de esta garantía haciéndolo constar por escrito²⁴⁵⁹, a pesar de que el Tribunal Constitucional ha declarado que nos encontramos ante un derecho de exclusiva titularidad y disponibilidad del sindicato: *“no puede sino concluirse que sólo los delegados sindicales son titulares del derecho consagrado en tal disposición, ya que, a quien le corresponde prestar audiencia es al sindicato –y no al trabajador– quien, además no está obligado a emitir informe alguno, por lo que nos encontramos ante un derecho de la exclusiva titularidad y disponibilidad del sindicato*

²⁴⁵² STC 30/1992, de 18 de marzo [RTC 1992, 30]. En el mismo sentido, STSJ Cataluña 13 de septiembre de 2016 [JUR 2016, 232220] o STSJ Madrid 28 de abril de 2014 [JUR 2014, 168265].

²⁴⁵³ STS Castilla y León/Valladolid 11 de enero de 2006 [AS 2006, 416].

²⁴⁵⁴ STC 30/1992, de 18 de marzo [RTC 1992, 30].

²⁴⁵⁵ STS 23 de mayo de 1995 [RJ 1995, 5897]. En el mismo sentido, STSJ Galicia 11 de septiembre de 2017 [JUR 2017, 244044] o STSJ Madrid 14 de junio de 2017 [JUR 2017, 188357].

²⁴⁵⁶ STSJ Andalucía/Granada 16 de julio de 2002 [2002, 245736].

²⁴⁵⁷ STC 292/1993, de 18 de octubre [RTC 1993, 292].

²⁴⁵⁸ STSJ Cataluña 5 de diciembre de 1994 [AS 1994, 4793].

²⁴⁵⁹ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, cit., p. 29.

*concerniente*²⁴⁶⁰. Aún con la citada afirmación debe comprenderse que prevalece el derecho del trabajador no sólo a conservar oculta la nota de su afiliación y los hechos que se le imputan sino también la aptitud de renunciar a la asistencia del sindicato. En efecto, “*a revelación de la afiliación sindical es, por tanto, un derecho personal y exclusivo del trabajador, que están obligados a respetar tanto el empresario como los propios órganos sindicales*”²⁴⁶¹.

La importancia de este requisito formal se desprende del artículo 55.2 ET y 104.d) LRJS al conllevar la exclusión de este trámite la declaración de improcedencia del despido por falta de forma preceptiva.

Para dar por efectuado el trámite de audiencia previa al delegado sindical basta que el empresario se dirija a este último para informar del propósito de despedir al trabajador presentando –si lo estima pertinente– pruebas indiciarias de la autenticidad de los hechos que se aducen²⁴⁶² –aunque el empresario no tenga la obligación de poner en conocimiento del delegado sindical todas las pruebas con las que cuenta nada le impide hacerlo cuando así lo considere oportuno, pues cuando las evidencias sean claramente inculpatorias para el afiliado, el delegado podrá efectuar alegaciones más adaptadas a la realidad y aconsejar al trabajador de las posibilidades de éxito de una futura demanda contra el despido²⁴⁶³– concediendo la posibilidad a los delegados sindicales de que manifiesten lo que crean conveniente.

Esta exigencia no tiene obligatoriamente que ser desarrollada en presencia del afiliado ya que la ley solo obliga a dar audiencia a un tercero –delegado sindical– sin imponer la condición de tramitar un expediente contradictorio en presencia de éste. La información empresarial que provoca la apertura de la audiencia puede facilitarse de forma escrita u oral aconsejándose que conste documentalmente y acompañándose de la copia del pliego de cargos²⁴⁶⁴.

La formalidad del trámite de audiencia previa debe tener una durabilidad adecuada como para posibilitar el contacto entre el delegado y el empleado al que se le va a despedir –salvo que el representante sindical exprese su conformidad con la sanción impuesta por el empresario– manifestando el delegado cuantas argumentaciones observe oportunas en defensa del afiliado. Puede ser suficiente un plazo de uno²⁴⁶⁵, tres²⁴⁶⁶ o cinco días²⁴⁶⁷ a contar desde la comunicación oral o escrita de la apertura de audiencia²⁴⁶⁸. Por el contrario parece inadecuado un plazo inferior a un día al convertir el trámite de audiencia en una simple notificación de la sanción que impide el desarrollo de la actividad tendente a proporcionar defensa y protección al afiliado²⁴⁶⁹. Si tales

²⁴⁶⁰ STC 30/1992, de 18 de marzo [RTC 1992, 30].

²⁴⁶¹ STC 292/1993, de 18 de octubre [RTC 1993, 292]. En este mismo sentido, STSJ Aragón 12 de julio de 2017 [AS 2017, 1364] o STSJ Madrid 8 de febrero de 2016 [AS 2016, 468].

²⁴⁶² STSJ Comunidad Valenciana 12 de enero de 1993 [AS 1993, 490].

²⁴⁶³ MELLA MÉNDEZ, L.: *La formalización del despido disciplinario. Un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 404.

²⁴⁶⁴ STSJ Asturias 8 de abril de 1994 [AS 1994, 1540].

²⁴⁶⁵ STSJ Asturias 24 de enero de 1994 [AS 1994, 105].

²⁴⁶⁶ STSJ Comunidad Valenciana 12 de enero de 1993 [AS 1993, 490].

²⁴⁶⁷ STSJ Asturias 8 de abril de 1994 [AS 1994, 1540].

²⁴⁶⁸ STSJ Asturias 24 de enero de 1994 [AS 1994, 105].

²⁴⁶⁹ MELLA MÉNDEZ, L.: *La formalización del despido disciplinario. Un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*, cit., pp. 405 y 406.

obligaciones tienen que cumplirse y los derechos derivados tienen que poderse ejercitar será preciso que se disponga del tiempo necesario para que con conocimiento de causa los delegados sindicales puedan tener exacto discernimiento de la situación de hecho – causas o motivaciones del despido– que se somete a su consideración y para, si lo estiman oportuno al no ser preceptiva la formal constancia de su opinión, ejercer la facultad de emitir su parecer. Conocimiento previo que, obviamente, no puede quedar limitado al mero traslado de la carta de despido pues entenderlo así sería vaciar de contenido y limitar a un formalismo absurdo lo que se configuró como un derecho esencial procedente del fundamental a la libre sindicación²⁴⁷⁰.

Este trámite tampoco puede demorarse en exceso de forma que el empresario pueda despedir al trabajador con la celeridad que requiere la gravedad de los hechos o la posición de enfrentamiento y hostilidad en la empresa. Pero si los delegados sindicales consideran que no se encuentran debidamente informados sobre los actos que han originado esta circunstancia –por la complejidad de los hechos imputados– deberán requerir al empleador la ampliación del trámite²⁴⁷¹ –siendo aconsejable que tal petición se formule por escrito²⁴⁷²– debiendo el empresario adherirse a tal pretensión cuando la misma aparece justificada²⁴⁷³, descartando de esta forma los riesgos que pudieran ocasionar que el despido fuera declarado improcedente por cumplimentación defectuosa o insuficiente del trámite de audiencia²⁴⁷⁴, pues si la brevedad del plazo impide una correcta actuación del delegado sindical y el trabajador impugna el despido, el órgano jurisdiccional podrá equiparar dicha situación a la falta de audiencia²⁴⁷⁵.

Para dar cumplimiento efectivo a la audiencia del delegado sindical es importante que éste sea oído por el empresario o persona en quien delegue²⁴⁷⁶. Nada impide que el delegado se pronuncie a través de un escrito de descargos²⁴⁷⁷, elaborado por propia iniciativa o a solicitud del empresario²⁴⁷⁸. Al ser la audiencia una garantía el empresario debe emitir la oportuna comunicación escrita al trabajador debiendo coincidir los hechos imputados en la misiva resolutoria con los analizados en la audiencia previa –en caso contrario el despido sería improcedente–²⁴⁷⁹.

Cuando el trabajador pretenda la declaración de improcedencia del despido disciplinario por falta de audiencia previa al delegado sindical el empleado deberá demostrar que al empresario le constaba su afiliación sindical²⁴⁸⁰. Conocimiento empresarial de la afiliación del trabajador que será fácil de constatar; por ejemplo, en los casos en los que el sindicato correspondiente haya solicitado el descuento

²⁴⁷⁰ STSJ Comunidad Valenciana 12 de enero de 1993 [AS 1993, 490].

²⁴⁷¹ STS 10 de noviembre de 1995 [RJ 1995, 8400].

²⁴⁷² STSJ Asturias 28 de marzo de 1994 [AS 1994, 1049].

²⁴⁷³ STSJ Comunidad Valenciana 12 de enero de 1993 [AS 1993, 49].

²⁴⁷⁴ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, cit., pp. 30 y ss.

²⁴⁷⁵ MELLA MÉNDEZ, L.: *La formalización del despido disciplinario. Un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 407.

²⁴⁷⁶ Artículo 10.3.3º LOLS: “*ser oídos por la empresa previamente a la adopción de medidas de carácter colectivo que afecten a los trabajadores en general y a los afiliados a su sindicato en particular, y especialmente en los despidos y sanciones de estos últimos*”.

²⁴⁷⁷ STSJ Canarias/Las Palmas 23 de noviembre de 2013 [AS 2013, 1231].

²⁴⁷⁸ STSJ Comunidad Valenciana 12 de enero de 1993 [AS 1993, 490].

²⁴⁷⁹ MELLA MÉNDEZ, L.: *La formalización del despido disciplinario. Un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 409.

²⁴⁸⁰ STSJ Cataluña 31 de marzo de 2016 [AS 2016, 959].

empresarial de las cuotas sindicales; o cuando el trabajador despedido ostente cargo de representación interna del sindicato y haya solicitado alguno de los permisos que puedan estar previstos en la legislación o en el convenio colectivo aplicable para tales funciones²⁴⁸¹.

Sobre el conocimiento de la afiliación sindical no cabe obligar al trabajador que ponga de manifiesto al empresario la misma ya que esta declaración, de conformidad con el artículo 16.2 CE²⁴⁸², debe ser voluntaria²⁴⁸³. En efecto, siendo los sindicatos formaciones con relevancia social integrantes de la estructura pluralista de la sociedad democrática, no puede existir duda alguna de que la afiliación a un sindicato es una opción ideológica protegida por el artículo 16 de la Constitución Española que garantiza al ciudadano el derecho a negarse a declarar sobre ella²⁴⁸⁴. No constando que el empresario conociera la hipotética afiliación sindical no cabe imponerle la realización de este trámite lo que traslada la carga de la prueba al trabajador²⁴⁸⁵. Sin embargo, ese preciso conocimiento por el empresario no solo es adquirido vía comunicación formal de la afiliación por el trabajador –lo que pocas veces se dará en la práctica–. En este sentido conviene atender a las siguientes puntualizaciones²⁴⁸⁶:

a) Es medio de prueba adecuado del conocimiento del empresario de la afiliación del trabajador despedido cuando la cuota sindical se descuenta en nómina. De acuerdo con el artículo 11.2 LOLS, “*el empresario procederá al descuento de la cuota sindical sobre los salarios y a la correspondiente transferencia a solicitud del sindicato del trabajador afiliado y previa conformidad, siempre, de éste*”. Requisito más que suficiente y evidente para que el empresario, por mínima diligencia que posea, sea consciente de la afiliación. Esta práctica constituye indicio claro de la afiliación sindical del empleado. Pero no es la única prueba existente porque el descuento no es una forma de pago obligatoria sino voluntaria²⁴⁸⁷.

b) Aún no existiendo comunicación formal, ni realizándose el descuento de la cuota sindical en nómina, no es óbice para la obligatoriedad del trámite al sindicato cuando el empresario pueda tener conocimiento de la afiliación por cualquier medio razonable. Pero si lo ignora no puede estar obligado a cumplir correctamente la forma de la sanción. Una interpretación rigorista de esta situación deja abierta la vía para que el empresario, alegando tal desconocimiento, omita en cualquier caso el trámite. Es por ello que también cabe una interpretación opuesta: el empresario no puede alegar ignorancia en el conocimiento de la condición de afiliado para así obviar el trámite procedimental de audiencia previa a los delegados sindicales desde el mismo momento en que por cualquier medio pudiera tener conocimiento de la afiliación sindical. “*Existiendo manifestaciones del derecho de libertad sindical cuya efectividad requiere la intervención empresarial, aparece como necesario el conocimiento por el empresario*

²⁴⁸¹ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 989.

²⁴⁸² “*Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias*”.

²⁴⁸³ MELLA MÉNDEZ, L.: *La formalización del despido disciplinario. Un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 396.

²⁴⁸⁴ STC 292/1993, de 18 de octubre [RTC 1993, 292].

²⁴⁸⁵ STSJ Madrid 14 de noviembre de 2000 [AS 2001, 623].

²⁴⁸⁶ ROMÁN VACA, E.: “Requisitos especiales: expediente sancionador, audiencia al delegado sindical y negociación colectiva”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., pp. 193 y 194.

²⁴⁸⁷ STSJ Comunidad Valenciana 9 de marzo de 1993 [AS 1993, 1646].

*del dato afiliativo de los trabajadores para que puedan llevarse a la práctica. Por este motivo, si la percepción de la afiliación, el empresario la hubiera podido alcanzar por distintos medios” vendrá “obligado en tal caso al cumplimiento de dicho requisito”*²⁴⁸⁸.

Este conocimiento es más que suficiente cuando haya podido ser obtenido con cualquier medio racional lo que dependerá de las coyunturas del supuesto en concreto: *“la juzgadora «a quo» apreció la existencia de indicios que permitieron suponer la posibilidad de la afiliación, quedando acreditado que el trabajador se encontraba afiliado al sindicato”*. Por otra parte, *“si bien es cierto que no existe una constancia escrita del hecho de la afiliación”* también lo es que *“el trabajador estaba afiliado al sindicato”* siendo así que *“la empresa pudo conocer la afiliación sindical”*. Por tanto, *“difícilmente podía la empresa ignorar que el propio trabajador se encontraba afiliado, y, en caso de duda, a efectos de garantizar los derechos sindicales que se expresan en las garantías del artículo 55.1 apartado segundo del ET y 104.d) de la LPL –con la abreviatura LPL*²⁴⁸⁹ *hacemos referencia al Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, actual LRJS–, debería haber agotado el trámite de audiencia previa”*²⁴⁹⁰. En sentido inverso *“la inexigibilidad de la audiencia al delegado sindical”* aparece suficientemente razonada *“al no acreditarse que el trabajador comunicara esta circunstancia a la empresa, ni que ésta lo supiera por otros medios”*²⁴⁹¹.

c) La actividad sindical que el trabajador haya podido realizar como afiliado es difícil que permanezca ajena al conocimiento del empresario –sobre todo en pequeñas y medianas empresas–. No obstante, por el simple hecho de que un empleado haya podido participar en una reunión sindical, reparto de propaganda, información relacionada o cualquier otra actividad, no significa tampoco que el empresario se deba de dar por enterado: parece que la confirmación del conocimiento empresarial de la condición de afiliado debe apoyarse en una reiterada realización de tales actos o en la existencia de otras actividades que puedan ayudar a confirmar la sospecha de la concurrencia de afiliado²⁴⁹².

d) También es criterio válido demostrar el conocimiento empresarial de la condición de afiliado por el trabajador tras su presentación a las elecciones sindicales por un determinado sindicato²⁴⁹³. Pero este criterio no siempre es válido pues el mero hecho de presentarse a unas elecciones por un determinado sindicato no implica la afiliación al mismo. Además el empleador no tiene derecho a investigar la afiliación sindical de sus trabajadores²⁴⁹⁴. Es más, si el empresario decidiera investigar al trabajador estaría actuando en contra de la libertad sindical individual circunscrita a la

²⁴⁸⁸ STSJ Cataluña 8 de octubre de 2002 [AS 2002, 3568].

²⁴⁸⁹ Salvo que traigamos a colación extractos de sentencias, y con objeto de intentar respetar el rigor técnico de nuestros tribunales, nos referiremos a esta derogada ley con las abreviaturas LPL.

²⁴⁹⁰ STSJ Cataluña 8 de octubre de 2002 [AS 2002, 3568].

²⁴⁹¹ STSJ Asturias 3 de mayo de 2002 [AS 2002, 1596].

²⁴⁹² MELLA MÉNDEZ, L.: *La formalización del despido disciplinario. Un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 398.

²⁴⁹³ BLANCO MARTÍN, J. M.: “La regulación del despido disciplinario en la nueva legislación laboral”, en VALDES DAL-RÉ, F. (Dir.) *et al: La reforma del mercado laboral*, Valladolid, Lex-Nova, 1994, p. 439.

²⁴⁹⁴ POLO SÁNCHEZ, M^a. C.: “La posición de los delegados sindicales en el centro de trabajo: problemática actual tras la reforma laboral”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 1994, núm. 2, pp. 300 y ss.

esfera personal y privada de la persona como manifestación de su libertad²⁴⁹⁵. También estaría advirtiéndose a los sindicatos de que va a proceder al despido de ese determinado empleado lo que podría traducirse en prácticas abusivas consistentes en afiliar al trabajador antes de ser despedido²⁴⁹⁶.

Respecto las consecuencias de la realización del trámite sobre el cómputo del plazo de prescripción, el tiempo utilizado en el cumplimiento de la audiencia al delegado sindical no consume el mismo –en referencia al plazo de prescripción–. Concretamente se paraliza el cómputo del plazo de prescripción en el momento en que los representantes sindicales tienen constancia de la invitación empresarial al trámite de audiencia reanudándose al día siguiente de aquel en el que tenga lugar la formulación por los representantes de su resolución sobre la decisión empresarial extintiva²⁴⁹⁷: la jurisprudencia ha resaltado que realmente se trata de un efecto suspensivo propio del régimen de caducidad y no de interrupción de la prescripción²⁴⁹⁸. Lo anterior con independencia de que se haya agotado o no el período que para la consumación de este trámite pueda haber fijado el convenio colectivo²⁴⁹⁹.

Por otro lado, ni el ET, ni la LOLS, instauran un definido plazo para cumplir esta audiencia previa al delegado sindical. Plazo –que como hemos afirmado anteriormente– puede ser regulado por el convenio colectivo. Pero si el convenio no abarca previsión alguna, la doctrina jurisprudencial viene refiriéndose a un plazo razonable²⁵⁰⁰, pues se trata de un trámite que tiene como propósito influir de manera precautoria en la decisión disciplinaria proyectada y sin cuyo cumplimiento el despido disciplinario es declarado improcedente²⁵⁰¹.

La omisión de la formalidad del trámite –incumplimiento del mismo– trae como consecuencia la improcedencia del despido por incumplimiento de forma. Del mismo modo, cuando no se haya podido satisfacer la finalidad precautoria que el legislador procura garantizar nos encontraremos ante un despido defectuoso. Una vez declarada la improcedencia –por los citados motivos– el empresario podrá volver a despedir al trabajador por los mismos hechos subsanando esta deficiencia formal en el marco de un nuevo despido de conformidad con el artículo 55.2 ET²⁵⁰².

²⁴⁹⁵ STSJ Castilla y León/Valladolid 22 de septiembre de 1992 [AS 1992, 4682].

²⁴⁹⁶ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Los requisitos formales del despido individual”, en BORRAJO DACRUZ, E.: *El nuevo Estatuto de los Trabajadores: puntos críticos*, Valencia, Wolters Kluwer, 1995, p. 153.

²⁴⁹⁷ Vid. el epígrafe “*formalidades de tiempo: plazo para despedir y prescripción de las faltas laborales*”.

²⁴⁹⁸ RABANAL CARBAJO, P. F.: “La prescripción de las faltas laborales en la última jurisprudencia”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., pp. 301 y ss.

²⁴⁹⁹ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, cit., p. 32.

²⁵⁰⁰ STS 31 de enero de 2001 [RJ 2001, 2136].

²⁵⁰¹ STSJ Andalucía/Sevilla 8 de octubre de 2015 [JUR 2016, 72643], STSJ Andalucía/Sevilla 5 de octubre de 2011 [JUR 2011, 411058] y STSJ Andalucía/Granada 17 de marzo de 2010 [JUR 2011, 98356].

²⁵⁰² Vid. MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Artículo 55. Forma y efectos del despido disciplinario”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al: El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 777.

La finalidad y el carácter de esta previa audiencia se desprende del tenor literal de los artículos 55.1 ET y 10.3.3 LOLS: la función institucional del trámite preceptivo de audiencia a los delegados sindicales no es la notificación de un acuerdo empresarial meramente pendiente de ejecución sino la comunicación de un proyecto de sanción o despido cuya decisión puede verse influenciada por la información proporcionada por el delegado sindical al empresario sobre determinados aspectos o particularidades de la conducta y de la situación del trabajador afectado. La razón de ser de este trámite de audiencia previa es la conveniencia apreciada por el legislador de que los trabajadores sindicados tengan una protección reforzada frente al poder disciplinario del empresario –a cuyo riesgo de abuso pueden ser más vulnerables– y que se intenta proteger por medio de una defensa sindical preventiva del trabajador afiliado. Además se aprecia un paralelismo entre esta garantía del trabajador afiliado y la garantía legal del expediente contradictorio de los representantes de los trabajadores –artículo 68.a) ET– pues en ambos supuestos se trata de una protección reforzada de determinados trabajadores por razones sindicales. Son garantías legales que no tienen en principio un límite de vencimiento temporal preestablecido y que se articulan para una defensa preventiva de los intereses del empleado lo que puede dar lugar a un cambio de la decisión proyectada por el empresario debiendo invertirse en el mismo un plazo razonable. Se trata de un trámite destinado a influir de manera preventiva en la decisión disciplinaria proyectada y sin cuyo cumplimiento el despido disciplinario es declarado improcedente –de acuerdo con el artículo 55.4 ET–²⁵⁰³.

Al analizar el vínculo de la audiencia al delegado sindical con la libertad sindical o colectiva se localizan criterios dispares entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo. La exigencia de la previa audiencia al delegado sindical es considerada por el Tribunal Constitucional como un contenido complementario del derecho de libertad sindical cuyo titular es el sindicato o delegado sindical pertinente y no el trabajador afiliado²⁵⁰⁴. En efecto, entre las posiciones del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, en orden al propósito de la audiencia previa al delegado sindical en despidos disciplinarios de trabajadores afiliados, no parece coexistir una total simultaneidad: como indicamos el Tribunal Constitucional hace mayor hincapié en que este derecho compete no tanto al trabajador afiliado sino al sindicato o al delegado sindical formando parte del contenido adicional de la libertad sindical en su dimensión colectiva; en cambio, el Tribunal Supremo parece inclinarse más por percibir el requisito de la audiencia previa como imposición más enlazada con la defensa de la libertad sindical individual del trabajador frente a ocasionales ataques empresariales²⁵⁰⁵. Sin embargo, entendemos que si la necesidad de audiencia previa al delegado sindical fuese condición relacionada con la libertad sindical del trabajador despedido –posición del Tribunal Supremo– la derivación lógica de su omisión sería la declaración de nulidad del despido correspondiente –pues de acuerdo con el artículo 55.5 ET será nulo el despido cuando se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador– y no la improcedencia de la extinción de la relación laboral por razones de forma²⁵⁰⁶.

²⁵⁰³ STS 12 de julio de 2006 [RJ 2006, 6309].

²⁵⁰⁴ STC 30/1992, de 18 de marzo [RTC 1992, 30].

²⁵⁰⁵ STS 23 de mayo de 1995 [RJ 1995, 5897].

²⁵⁰⁶ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al.*: *Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 988.

5. Particularidades del despido disciplinario de empleados públicos

Aunque desde la óptica material el despido disciplinario de empleados públicos sea semejante a cualquier trabajador desde la perspectiva formal no puede soslayarse las singularidades que se recogen en el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante y para simplificar, EBEP), en concreto, en sus artículos 93 y siguientes. Nos vemos obligados a exteriorizar las cualidades que presenta el despido disciplinario en el caso concreto del personal laboral al servicio de las administraciones públicas²⁵⁰⁷.

La idea es la siguiente: de conformidad con el sentido y el alcance del artículo séptimo del EBEP, se aplica éste texto al personal laboral junto a la legislación laboral de aplicación de conformidad con las disposiciones del EBEP y por las demás normas convencionalmente aplicables. La implicación más significativa es elemental: al contener el EBEP una regulación completa del régimen disciplinario es de aplicación la misma y por ende no se ha de considerar o valorar al respecto la normativa laboral. Sin embargo, en aspectos o dimensiones en el que sea imposible localizar regulación expresa o no haya referencia al respecto será de aplicación la normativa laboral. La estructura y argumentación de esta coyuntura se localiza en el artículo 93.4 EBEP cuando establece que “*el régimen disciplinario del personal laboral se regirá, en lo no previsto en el presente título, por la legislación laboral*”. Las singularidades del despido disciplinario del personal laboral en las administraciones públicas se establecen en los artículos 93 a 98 EBEP.

En este sentido el artículo 94.2 del precitado cuerpo legal establece que la potestad disciplinaria se ejercerá de acuerdo con los siguientes principios: “*a) Principio de legalidad y tipicidad de las faltas y sanciones, a través de la predeterminación normativa o, en el caso del personal laboral, de los convenios colectivos. b) Principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables y de retroactividad de las favorables al presunto infractor. c) Principio de proporcionalidad, aplicable tanto a la clasificación de las infracciones y sanciones como a su aplicación. d) Principio de culpabilidad. e) Principio de presunción de inocencia*”.

En consonancia con los citados principios, en el artículo 95.2 EBEP quedan establecidos un conjunto de faltas muy graves que, de conformidad y en conexión con el artículo 96.1.b) del mismo texto²⁵⁰⁸, desencadenan el despido disciplinario como sanción máxima lo que comporta la inhabilitación para ser titular de un nuevo contrato de trabajo con funciones similares a las que desempeñaba el empleado despedido. Una especialidad diferenciadora a resaltar es que esta sanción máxima es recelosa de ser

²⁵⁰⁷ Vid. CASAS BAAMONDE, M^a. E.: “El despido disciplinario en la jurisprudencia de unificación de doctrina y la reforma legislativa de 1994”, en GÁRATE CASTRO, J. (Coord.) *et al: Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario: estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor “honoris causa” por la Universidad de Santiago de Compostela*, cit., pp. 255 y ss.

²⁵⁰⁸ “Despido disciplinario del personal laboral, que sólo podrá sancionar la comisión de faltas muy graves y comportará la inhabilitación para ser titular de un nuevo contrato de trabajo con funciones similares a las que desempeñaban”.

aplicada no sólo al autor de cualquiera de las faltas sino también al conjunto de trabajadores inductores²⁵⁰⁹ o encubridores²⁵¹⁰ de las faltas muy graves cometidas²⁵¹¹.

De acuerdo con el artículo 95.2 EBEP, las faltas muy graves que ocasionan esta variedad extintiva son las siguientes: a) El incumplimiento del deber de respeto a la Constitución y a los respectivos Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla en el ejercicio de la función pública. b) Toda actuación que suponga discriminación por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, lengua, opinión, lugar de nacimiento o vecindad, sexo o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, así como el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso moral, sexual y por razón de sexo. c) El abandono del servicio así como no hacerse cargo voluntariamente de las tareas o funciones que tienen encomendadas. d) La adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la administración o a los ciudadanos. e) La publicación o utilización indebida de la documentación o información a que tengan o hayan tenido acceso por razón de su cargo o función. f) La negligencia en la custodia de secretos oficiales declarados así por ley o clasificados como tales que sea causa de su publicación o que provoque su difusión o conocimiento indebido. g) El notorio incumplimiento de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas. h) La violación de la imparcialidad utilizando las facultades atribuidas para influir en procesos electorales de cualquier naturaleza y ámbito. i) La desobediencia abierta a las órdenes o instrucciones de un superior salvo que constituyan infracción manifiesta del ordenamiento jurídico. j) La prevalencia de la condición de empleado público para obtener un beneficio indebido para sí o para otro. k) La obstaculización al ejercicio de las libertades públicas y derechos sindicales. l) La realización de actos encaminados a coartar el libre ejercicio del derecho de huelga. m) El incumplimiento de la obligación de atender los servicios esenciales en caso de huelga. n) El incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades. ñ) La incomparecencia injustificada en las Comisiones de Investigación de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. o) El acoso laboral. p) También serán faltas muy graves las que queden tipificadas como tales en Ley de las Cortes Generales o de la Asamblea Legislativa de la correspondiente Comunidad Autónoma o por los convenios colectivos en el caso de personal laboral.

Se han de enfatizar dos cuestiones nucleares. En primer lugar, el EBEP reúne un listado más extenso que el de las desobediencias contractuales del artículo 54 ET, si bien algunos de aquéllos no se recogen en el mismo EBEP pero se entenderán virtualmente de aplicación por estimarse la normativa laboral ordinario como supletoria. Y, en segundo lugar, no desatender la misión profesada por la negociación colectiva que, en el caso de las administraciones públicas y su personal laboral, es fundamental hasta el extremo de puntualizar aún más y perfeccionar el régimen disciplinario de estos últimos. Procesalmente ha de tenerse presente que como el despido disciplinario surge

²⁵⁰⁹ Artículo 93.2 EBEP: “los funcionarios públicos o el personal laboral que indujeran a otros a la realización de actos o conductas constitutivos de falta disciplinaria incurrirán en la misma responsabilidad que éstos”.

²⁵¹⁰ Artículo 93.3 EBEP: “igualmente, incurrirán en responsabilidad los funcionarios públicos o personal laboral que encubrieren las faltas consumadas muy graves o graves, cuando de dichos actos se derive daño grave para la administración o los ciudadanos”.

²⁵¹¹ TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.: “El despido disciplinario”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al*: *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 80.

como sanción ante faltas muy graves, el procedimiento se va a constituir atendiendo a los principios de eficacia, celeridad y economía procesal desconectando la fase instructora de la sancionadora. La forma del despido disciplinario es análoga a la recogida en el ET pero con la especialidad de que, al actuar la administración pública, en las notificaciones remitidas a las partes interesadas –misiva resolutoria– han de advertirse los posibles recursos, los plazos de interposición y el órgano competente susceptible de conocer de las mismas²⁵¹².

Por último, la regulación de nulidad o la procedencia del despido en el EBEP posee los mismos efectos e importancia que la legislación laboral²⁵¹³. Si bien en el despido improcedente hay una pequeña singularidad en relación al derecho de opción por no existir en este caso: el artículo 96.2 EBEP establece que “*procederá la readmisión del personal laboral fijo cuando sea declarado improcedente el despido acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave*”.

6. Particularidades del despido disciplinario de los representantes de los trabajadores

De acuerdo con el artículo 1 del Convenio número 135 de la OIT, “*los representantes de los trabajadores en la empresa deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarles, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales, de su afiliación al sindicato o de su participación en la actividad sindical, siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor*”²⁵¹⁴. Las garantías de los representantes de los trabajadores frente al poder disciplinario empresarial reviste especial trascendencia al tener como finalidad la tutela de un interés colectivo que, en principio, resulta siempre afectado por los actos de sanción a estos representantes en cuanto que pueden atentar –de forma directa o indirecta– contra su independencia y contra la propia autonomía de la acción representativa en la empresa. El ordenamiento jurídico español, de acuerdo con las directrices del Convenio número 135 de la OIT y de la Recomendación número 143 de esta misma organización, ha configurado un sistema de protección que no se limita a las garantías sustanciales previstas en los artículos 56.3 y 68.c) ET sino que se extiende a los aspectos formales del ejercicio de la potestad disciplinaria. Esta garantía formal se concreta en el apartado a) del artículo 68 ET, a tenor del cual, la sanción por faltas graves o muy graves a los miembros del comité de empresa y delegados de personal requerirá, a salvo de lo que se disponga en los convenios colectivos, la apertura de expediente contradictorio en el que serán oídos el interesado y el comité de la empresa o los restantes delegados de personal²⁵¹⁵. De esta forma se intensifican las formalidades legales para sancionar a los representantes de los trabajadores en comparación con las

²⁵¹² *Ibidem*, p. 81.

²⁵¹³ Para un estudio detallado, *vid.* GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, cit., pp. 168 y ss.

²⁵¹⁴ Para un estudio profundo, *vid.* LÓPEZ ÁLVAREZ, M^a. J.: *El Expediente Disciplinario Laboral*, Pamplona, Aranzadi, 1999, *passim*.

²⁵¹⁵ MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Artículo 55. Forma y efectos del despido disciplinario”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al*: *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 778.

formalidades necesarias para el ejercicio del despido disciplinario sobre trabajadores no aforados²⁵¹⁶.

En esta materia la doctrina judicial ha sentado las bases con los siguientes principios generales²⁵¹⁷: a) El ejercicio de las funciones representativas por parte de los representantes legales de los trabajadores no puede servir para fundamentar una sanción empresarial, ni durante su mandato, ni dentro del año siguiente a la expiración del mismo debiéndose evitar por el empresario la utilización del expediente sancionador para encubrir la voluntad de sancionar a un representante legal de los trabajadores. b) Los referidos representantes sí que pueden ser sancionados disciplinariamente –incluso con el despido– durante su mandato y dentro del año siguiente a la expiración del mismo pero siempre que hayan incumplido con sus obligaciones contractuales como se deduce de la remisión que efectúa el citado artículo 68.c) ET al artículo 54 del mismo texto legal. c) En supuestos de sanciones por faltas graves o muy graves se establece – en favor de los representantes legales– un procedimiento sancionador más garantista que el regulado para los trabajadores ordinarios requiriéndose la apertura de expediente contradictorio, cuya exigibilidad se extiende durante el tiempo de ejercicio de sus funciones y hasta el año siguiente al de la expiración de su mandato.

En efecto lo que se imposibilita no es despedir al representante sino argumentar el despido en la actuación del trabajador en el ejercicio de su representación. Esto no simboliza que el representante unitario sea dispensado de las sanciones disciplinarias empresariales cuando queda constatado el incumplimiento contractual aducido por el empresario²⁵¹⁸. Lo que se recoge en estos artículos es todo un elenco de garantías que se reconocen a los representantes: se pretende facilitar el ejercicio y desarrollo de la acción representativa para la que han sido elegidos por el período de duración de su mandato constituyendo una posición favorable, protectora, estable y consolidada²⁵¹⁹.

También se ha planteado la exigencia de otorgar protección pormenorizada a los trabajadores que de forma puntual asumen ocupaciones de representación en la empresa –como es el caso de los miembros de un comité de huelga o quienes aceptan realizar funciones de representación en lugares donde no existen representantes legales de los trabajadores o de algún colectivo concreto ejercitando su desempeño de forma voluntaria– siendo esta facultad de ampliación de garantías –las del artículo 68 ET– rechazada por nuestros tribunales jurisdiccionales²⁵²⁰, invocándose para su protección – dentro del marco de la reclamación frente a una acción disciplinaria sin causa– el derecho a la tutela judicial efectiva y la genérica garantía de indemnidad –principio de

²⁵¹⁶ MELLA MÉNDEZ, L.: *La formalización del despido disciplinario. Un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 251.

²⁵¹⁷ STS 18 de febrero de 1997 [RJ 1997, 1448].

²⁵¹⁸ ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al: Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 283.

²⁵¹⁹ HERRERA DUQUE, M^a. J.: “Los representantes de los trabajadores y el despido”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 260.

²⁵²⁰ STSJ Cataluña 4 de abril de 2005 [AS 2005, 1133].

indemnidad— prevista constitucionalmente cuando la extinción de la relación laboral haya sido originada por represalias al ejercicio de alguna acción de representación²⁵²¹.

6.1 La exigencia necesaria de tramitar expediente contradictorio previo a la imposición de la sanción de despido: descripción de la garantía del expediente, ámbito subjetivo y extensión temporal

6.1.1 El expediente contradictorio y sus fases

Existe obligación de tramitar expediente contradictorio previo a la imposición de la sanción de despido a quienes realizan funciones de representación. El legislador omite dar una definición de lo que es el expediente disciplinario quizás por considerarlo innecesario. El expediente constituye una formalidad especial impuesta por el legislador al empresario que pretende despedir a quien ostente la cualidad de representante. En otros términos el expediente se configura como la garantía especial previa al despido a que tienen derecho los trabajadores que ostenten la condición de representantes de personal²⁵²².

De acuerdo con los artículos 55.1 y 68 ET y 10.3 LOLS —antes de la reforma laboral realizada por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, solo se especificaba por la última de las citadas leyes²⁵²³— los representantes unitarios, los delegados sindicales o los candidatos proclamados en las elecciones²⁵²⁴, gozan de la garantía de tramitación del expediente contradictorio previo a la imposición de sanciones por faltas graves o muy graves en el que deben ser oídos, aparte del interesado, los restantes miembros de la representación a la que éste perteneciere —no es preciso que las faltas imputadas tengan relación con el ejercicio de la función representativa siendo preceptivo ante cualquier imputación susceptible de sanción grave o muy grave²⁵²⁵—. En esta garantía lo verdaderamente trascendental es dar audiencia al representante legal o sindical objeto de despido y al resto de los miembros de la representación a la que se pertenezca²⁵²⁶. El ordenamiento jurídico solo manifiesta esta obligación en los artículos precitados por lo que al no encontrarse mayores especificaciones nos vemos obligados a acudir al convenio colectivo pertinente con objeto de especificar los requisitos que debe congregar la formalización de este

²⁵²¹ HERRERA DUQUE, M^a. J.: “Los representantes de los trabajadores y el despido”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al*: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 262.

²⁵²² MELLA MÉNDEZ, L.: *La formalización del despido disciplinario. Un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 255.

²⁵²³ ROMAN VACA, E.: “El despido disciplinario: aplicación judicial (y convencional) de la Reforma de 1994”, en CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al*: *Presente y futuro de la Regulación del Despido*, cit., p. 355: la aparición expresa de la necesidad de tramitar expediente en el precepto que regula el despido en el ET, obviamente, ha introducido una mejora de técnica legislativa.

²⁵²⁴ Para mayor abundamiento, *vid.* LÓPEZ ÁLVAREZ, M^a. J.: *El Expediente Disciplinario Laboral*, cit., pp. 122 y ss.

²⁵²⁵ HERRERA DUQUE, M^a. J.: “Los representantes de los trabajadores y el despido”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al*: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 273.

²⁵²⁶ TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.: “El despido disciplinario”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al*: *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 73.

trámite²⁵²⁷. El mencionado expediente ha de ser contradictorio lo que significa que debe hacerse saber a quién se pretende sancionar los hechos y las faltas que se le imputan dándole audiencia y otorgándole la posibilidad de desvirtuar la extinción. Estos requisitos se cumplen con la audiencia al trabajador y la facultad de que presente las alegaciones correspondientes sin exigirse otros requisitos de forma salvo que éstos hayan sido pactados por negociación colectiva²⁵²⁸.

La finalidad del expediente contradictorio es la de examinar con mayor garantía y objetividad la conducta de estos trabajadores cualificados por su función social. El incumplimiento de estas garantías no debe tener un tratamiento jurídico distinto del incumplimiento de la carta de despido, garantía de objetividad y defensa otorgada a todos los trabajadores²⁵²⁹. El expediente contradictorio es imprescindible y necesario para la implantación de sanciones por faltas graves y muy graves pero no para las extinciones contractuales por causas diferentes al despido disciplinario²⁵³⁰ –como puede ser la finalización de un contrato temporal del representante de los trabajadores–²⁵³¹. Entonces solo puede aplicarse al despido disciplinario. Tesis avalada por el hecho de que el artículo 68.c) ET se refiere expresamente al artículo 54 ET –despido disciplinario– lo que determina mayor coherencia entre el apartado c) y apartado a) del artículo 68 ET²⁵³². El expediente queda catalogado dentro del ejercicio de la potestad disciplinaria del empresario sin que pueda compararse a un antejuicio o trámite preprocesal y sin que tengan cabida principios como el de presunción de inocencia, ni la objetividad e imparcialidad que actúan en el proceso: nos encontramos ante un procedimiento puramente laboral que se configura en determinados presupuestos con los que favorecer al representante su defensa con carácter previo a la imposición de la sanción disciplinaria²⁵³³.

El expediente posee varias finalidades genéricas. En primer lugar, cumple con la finalidad de atemperar la medida disciplinaria a adoptar por el empresario. La prematura sanción disciplinaria sobre quienes poseen las funciones representativas en la empresa puede generar tensiones innecesarias. En segundo lugar, el expediente cumple una finalidad concreta con doble proyección: constatar los hechos que se imputan al trabajador expedientado y su adecuada sanción; y que el presunto infractor pueda defenderse²⁵³⁴.

El propósito de este expediente es garantizar –a través de esas preceptivas intervenciones– la adecuada defensa del trabajador que desempeña cargo representativo

²⁵²⁷ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, cit., p. 25.

²⁵²⁸ TOLOSA TRIBIÑO, C.: *Despido: comentarios, jurisprudencia, formularios*, cit., p. 97.

²⁵²⁹ STS 30 de marzo de 1988 [RJ 1988, 2412].

²⁵³⁰ ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al: Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 284.

²⁵³¹ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 994.

²⁵³² TUDELA CAMBRONERO, G.: “Los expedientes disciplinarios como garantía de los representantes de los trabajadores”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 461.

²⁵³³ HERRERA DUQUE, M^a. J.: “Los representantes de los trabajadores y el despido”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 274.

²⁵³⁴ TUDELA CAMBRONERO, G.: “Los expedientes disciplinarios como garantía de los representantes de los trabajadores”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., pp. 456 y 457.

en el seno de la empresa²⁵³⁵. No cabe entender el expediente a modo de un antejuicio en el que con objetividad e independencia se examinen las imputaciones que se formulan al trabajador. Su finalidad es más modesta: la de obligar a la empresa a que antes de despedir al representante de los trabajadores tenga conocimiento del parecer del expedientado y de los restantes representantes con posibilidad de aceptar o comprobar sus descargos y de formar su propia convicción mediante la investigación de los hechos. Lo anterior previo al orden social de la jurisdicción²⁵³⁶. La doctrina jurisprudencial se empeña en destacar la exigencia legal del carácter contradictorio del expediente lo que significa que debe hacerse saber a quien se pretende sancionar los hechos y faltas que se le imputan, dándole audiencia y otorgándole la posibilidad de desvirtuarlos en el mismo expediente, sin que el dato de poder defenderse a posteriori en el proceso judicial laboral excuse la necesidad de que en el expediente contradictorio haya de existir una serie de garantías mínimas para el interesado que no se cumplen con sólo haber recibido declaración y entregar la carta de despido que pone fin al expediente²⁵³⁷. O lo que es lo mismo, los principios de contradicción y de audiencia al igual que el de defensa –todos ellos entre sí íntimamente relacionados– se satisfacen siempre que en el procedimiento correspondiente quede plenamente garantizada la efectiva posibilidad de defender sus derechos e intereses legítimos. Por esa razón el conocimiento y participación del expedientado ha de ser el suficiente que permita una adecuada y oportuna defensa; constituyendo la audiencia al comité de empresa una mayor garantía del trabajador frente a posibles abusos o excesos de la empleadora²⁵³⁸.

Dado que la ley no se esfuerza en regular este trámite con exhaustividad de nuevo serán los convenios colectivos los que se responsabilicen de precisar las diversas fases. Como regla general –no quiere decir que no coexistan variaciones al respecto– el expediente abarca normalmente las siguientes situaciones²⁵³⁹:

1. Apertura del expediente acompañada de la pertinente notificación al interesado mediante formulación del pliego de cargos en el que se deja testimonio de los hechos que se le achacan²⁵⁴⁰. En cualquier caso la falta de comunicación no implica la ineficacia formal del despido²⁵⁴¹. Los hechos que no aparezcan en el pliego de cargos no pueden ser aducidos con posterioridad en el acto de juicio²⁵⁴². En esta primera fase –aun cuando no es necesario– se nombrará a un instructor²⁵⁴³ –que velará por avalar la imparcialidad y objetividad en la tramitación del expediente pudiendo elegirse instructor a una persona ajena a la empresa– y un secretario. Por otro lado, la persona que puede decidir el inicio del expediente ha de ser el empresario o en quién éste haya delegado su poder

²⁵³⁵ STS 31 de enero de 1991 [RJ 1991, 203].

²⁵³⁶ STS 4 de abril de 1990 [RJ 1990, 3101].

²⁵³⁷ STS 30 de septiembre de 1982 [RJ 1982, 5320].

²⁵³⁸ STS 24 de abril de 1990 [RJ 1990, 3489].

²⁵³⁹ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, cit., pp. 34 y 35.

²⁵⁴⁰ Para un estudio profundo sobre la fase inicial o de apertura en la tramitación del expediente, *vid.* LÓPEZ ÁLVAREZ, M^a. J.: *El Expediente Disciplinario Laboral*, cit., pp. 137 y ss.

²⁵⁴¹ MELLA MÉNDEZ, L.: *La formalización del despido disciplinario. Un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 306.

²⁵⁴² GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 65.

²⁵⁴³ Para un estudio profundo sobre la fase intermedia o de instrucción en la tramitación del expediente, *vid.* LÓPEZ ÁLVAREZ, M^a. J.: *El Expediente Disciplinario Laboral*, cit., pp. 177 y ss.

- disciplinario²⁵⁴⁴. La descripción de los hechos imputados debe ser minuciosa²⁵⁴⁵ especificando las fechas relevantes, las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto, las personas afectadas y otros datos similares²⁵⁴⁶. En suma, siempre que el trabajador se dé por enterado de los hechos que se le imputan y efectúe las alegaciones que estime oportunas –sin posibilidad de alegar indefensión por ignorancia o desconocimiento de los hechos– cabe presumir la suficiencia del pliego de cargos²⁵⁴⁷.
2. Toma de declaración al trabajador –hipotético autor de la falta– a efectos de que pueda formular el correspondiente pliego de descargos así como a los testigos –cuando existan y hayan sido llamados a participar en el expediente–. El trabajador podrá contradecir al pliego de cargos –en el que se pone en conocimiento del empleado la falta o faltas que se le imputa y el plazo que tiene para contestar– con el denominado pliego de descargos²⁵⁴⁸ con el que aceptará, negará o matizará los cargos que se le achacan proponiendo las pruebas que estime más convenientes para su defensa²⁵⁴⁹. Con el escrito de descargos se cumple la condición de otorgar la oportunidad real de audiencia que debe tener el empleado y del carácter contradictorio del expediente²⁵⁵⁰; los principios de contradicción y audiencia –íntimamente relacionados– se cumplen en el procedimiento disciplinario siempre que se garantice plenamente al interesado la posibilidad de defender sus derechos e intereses legítimos²⁵⁵¹.
 3. Proposición y práctica de las pruebas en que se respalda la empresa con la finalidad de instruir el expediente con el que poder orquestar la defensa por parte del trabajador –de todos modos la ley no obliga a la práctica de la prueba en este mismo instante–.
 4. Informe y audiencia al comité de empresa o restantes delegados de personal a la que perteneciera el trabajador. Tanto uno u otros serán oídos. Necesidad de audiencia que no puede convertirse en un trámite puramente formal que de no efectuarse determinará la nulidad de oficio de lo actuado²⁵⁵². Tal requisito no se configura como uno más en el desarrollo del expediente ya que su incumplimiento implica la no licitud del despido²⁵⁵³.
 5. Formulación de la propuesta de sanción o resolución de sobreseimiento de lo actuado²⁵⁵⁴. La propuesta deberá realizarse de acuerdo con el desenlace del expediente tramitado.

²⁵⁴⁴ TUDELA CAMBRONERO, G.: “Los expedientes disciplinarios como garantía de los representantes de los trabajadores”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 465.

²⁵⁴⁵ STS 18 de marzo de 1987 [RJ 1987, 1635].

²⁵⁴⁶ STS 18 de noviembre de 1986 [RJ 1986, 6471].

²⁵⁴⁷ MELLA MÉNDEZ, L.: *La formalización del despido disciplinario. Un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 317.

²⁵⁴⁸ STS 6 de febrero de 1979 [RJ 1979, 571]. Sobre el pliego de descargos, vid. STSJ Aragón 22 de noviembre de 2017 [JUR 2018, 11423] o STSJ Galicia 30 de enero de 2017 [JUR 2017, 63016].

²⁵⁴⁹ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 66.

²⁵⁵⁰ STS 3 de octubre de 1989 [RJ 1989, 7102].

²⁵⁵¹ STS 5 de febrero de 1990 [RJ 1990, 817].

²⁵⁵² TUDELA CAMBRONERO, G.: “Los expedientes disciplinarios como garantía de los representantes de los trabajadores”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 470.

²⁵⁵³ MELLA MÉNDEZ, L.: *La formalización del despido disciplinario. Un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 330.

²⁵⁵⁴ Para un estudio profundo sobre la fase final o de resolución en la tramitación del expediente, vid. LÓPEZ ÁLVAREZ, M^a. J.: *El Expediente Disciplinario Laboral*, cit., pp. 263 y ss.

6. De concluirse el expediente con proposición de sanción se deberá notificar al representante especificando la fecha en la que empezará a surtir efectos.

En algunas ocasiones en las que el expediente no se instruye, normalmente, la empresa suele alegar desconocimiento de la condición de representante del trabajador sancionado: típico ejemplo que se produce cuando existen sustituciones en el comité de empresa por vacante. Sin embargo, no puede alegarse por la empresa desconocimiento de que el trabajador adquirió la condición de miembro del comité de empresa por sustitución del anterior porque “*en caso de producirse vacante por cualquier causa en los comités de empresa o centros de trabajo, aquélla se cubrirá automáticamente por el trabajador siguiente en votos de la misma candidatura o lista*”²⁵⁵⁵, poseyendo la empresa constancia plena del orden de sustitución ya que, según el artículo 75 ET, una copia del acta de la elección debe remitirse al empresario²⁵⁵⁶.

6.1.2. Descripción de la garantía del expediente contradictorio

Los miembros del comité de empresa y los delegados de personal –como representantes legales de los trabajadores– tendrán –a salvo de lo que se disponga en los convenios colectivos– la garantía de “*apertura de expediente contradictorio en el supuesto de sanciones por faltas graves o muy graves, en el que serán oídos, aparte del interesado, el comité de empresa o restantes delegados de personal*”²⁵⁵⁷. Ante la falta de indicación de trámites procedimentales acotados los tribunales han optado por una cierta flexibilidad que exige únicamente que se dé posibilidad al afectado de alegar lo que estime a su favor y al resto de representación de sostener lo que tenga por oportuno²⁵⁵⁸. Partiendo de la anterior afirmación es factible apreciar los siguientes aspectos en la descripción de la garantía del expediente²⁵⁵⁹:

— Sobre designación del instructor y secretario

En lo que respecta a la designación del instructor y secretario no es necesario su nombramiento; tampoco en el supuesto de que la empresa hubiese hecho estas designaciones en expedientes anteriores²⁵⁶⁰, lo que pudo deberse a la “*existencia de indicios sobre hechos, si no más grave, sí de más difícil comprobación, que requieran una más compleja actividad probatoria*”²⁵⁶¹. Al no ser necesaria la designación de instructor y secretario carece de relevancia que los trabajadores “*tuviesen o no ocasión de tachar o recusar a las personas encargadas de tramitar el expediente*”²⁵⁶². Recusación que tampoco cabe si el instructor designado actúa en el juicio posterior:

²⁵⁵⁵ STS 2 de octubre de 1986 [RJ 1986, 5368]. Vid. STSJ Madrid 9 de octubre de 2017 [JUR 2017, 276398], STSJ Madrid 2 de marzo de 2015 [JUR 2015, 94808] o AN 30 de marzo de 2017 [AS 2017, 363].

²⁵⁵⁶ ALBIOL MONTESINOS, I.: *El despido disciplinario y otras sanciones en la empresa*, cit., p. 78.

²⁵⁵⁷ Artículo 68.a) ET.

²⁵⁵⁸ ROMÁN VACA, E.: “Requisitos especiales: expediente sancionador, audiencia al delegado sindical y negociación colectiva”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 190.

²⁵⁵⁹ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, cit., pp. 997 y ss.

²⁵⁶⁰ ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al: Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 285.

²⁵⁶¹ STS 26 de septiembre de 1986 [RJ 1986, 5183].

²⁵⁶² STS 2 de noviembre de 1989 [RJ 1989, 7987].

“puede muy bien la empresa, si lo cree conveniente, nombrar como instructor a uno de sus empleados, sin que autorice a recusarlo su intervención en un juicio, en cuanto dirigida a justificar extremos que atañen a la realidad de lo actuado, y la forma en que fue tramitado”²⁵⁶³. No obstante lo más recomendado será su designación más cuando así se exija obligatoriamente por el convenio colectivo.

— Sobre prácticas de pruebas

No es obligatorio que se abra una fase de práctica de pruebas –aunque si resulta recomendable–. El hecho de que no se practiquen pruebas en la instrucción del expediente no las inhabilita. El deber de tramitar expediente se traduce en la necesidad de realizar una serie de diligencias consistentes en dar noticia al expedientado de los hechos que se le imputan y la oportunidad de contestar a tales imputaciones. Aunque en estos expedientes se pueden practicar pruebas no es requisito esencial para su validez y efectividad; y menos que en cada uno de tales expedientes se abra formalmente un período para la práctica de la prueba. Lo que exige este expediente es que el afectado conozca los hechos imputados formulando las pertinentes alegaciones en contra pero esa exigencia no alcanza la realización o práctica de pruebas ni a la existencia de un período probatorio como fase diferenciada y específica, máxime cuando el momento en que se ha de llevar a cabo la pertinente actividad probatoria es el proceso judicial correspondiente donde podrá efectuarse una prueba bastante más extensa y detallada²⁵⁶⁴. En todo caso la práctica de la prueba puede llevarse a cabo en un posterior momento ya en el acto de juicio²⁵⁶⁵.

— Sobre audiencia al interesado

Al no estar precisado en el ET el orden cronológico para desarrollar las intervenciones que constituyen el expediente, éste no resulta dañado por el hecho de que continúe un orden u otro. La cadencia cronológica en las actuaciones instructoras es algo que no aparece exigido por los preceptos legales y que obviamente no puede determinar la nulidad de dicho expediente. Lo importante son las posibilidades que se tengan dentro del expediente de ejercitar una adecuada defensa y no el orden cronológico del mismo. La imprescindible tarea investigadora inherente a toda actuación disciplinaria hace que puedan o deban posponerse determinadas diligencias muy precisas y relevantes –como es el pliego de cargos– hasta que se tenga conocimiento y comprobación de los hechos objeto de persecución²⁵⁶⁶.

El conocimiento y participación del expedientado ha de ser el suficiente que permita una adecuada y oportuna defensa constituyendo la audiencia del comité de empresa una garantía del trabajador frente a posibles abusos o excesos del empleador. Por tanto, “no puede tacharse de ilegal un expediente disciplinario que, en la propia fecha de su incoación, es puesto en conocimiento del trabajador afectado y que, una vez practicadas determinadas diligencias indagatorias, se abre al comité de empresa, a fin de que pueda pronunciarse sobre el mismo”²⁵⁶⁷. Lo mismo ocurre en supuestos en el

²⁵⁶³ STS 20 de marzo de 1991 [RJ 1991, 1880].

²⁵⁶⁴ STS 22 de enero de 1991 [RJ 1991, 69].

²⁵⁶⁵ TUDELA CAMBRONERO, G.: “Los expedientes disciplinarios como garantía de los representantes de los trabajadores”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., pp. 469 y 470.

²⁵⁶⁶ STS 24 de abril de 1990 [RJ 1990, 3489].

²⁵⁶⁷ STS 24 de abril de 1990 [RJ 1990, 3489].

que el pliego de cargos se comunica al trabajador sin observancia del plazo previsto en el convenio colectivo cuando no consta en modo alguno que hubiese ocasionado indefensión al empleado o le hubiese afectado gravemente en sus derechos²⁵⁶⁸. Por otro lado, el pliego de cargos ha de poner en conocimiento todos los hechos que se le imputan. En caso contrario existe una omisión que no fue subsanada, de manera que sobre una parte de los hechos motivadores del despido, el sancionado no ha sido oportunamente oído lo que comporta una infracción del artículo 68.a) ET²⁵⁶⁹. En cuanto al plazo para contestar al pliego de cargos y “*ante la falta de determinación en el artículo 68 ET del plazo para la audiencia del trabajador, ha de estarse, salvo previsión específica en la normativa sectorial aplicable, al que el empresario establezca en su comunicación siempre que ese plazo sea adecuado para permitir al trabajador formular sus alegaciones*”²⁵⁷⁰. El plazo en cuestión puede variar de un expediente a otro atendiendo a la complejidad y cantidad de los hechos que se imputan pero ha de quedar comprendido en términos prudenciales: si fuese excesivamente amplio retrasaría la finalización del expediente atentando al principio de la máxima diligencia que debe gobernar la tramitación del expediente; si fuera demasiado breve dificultaría la preparación por el trabajador de una defensa suficiente²⁵⁷¹.

— Sobre la audiencia al resto de la representación

La audiencia al resto de la representación a la que pudiera pertenecer el trabajador sujeto a expediente es el segundo de los requisitos manifiestos del artículo 68.a) ET –en el expediente contradictorio aparte del interesado serán oídos “*el comité de empresa o restantes delegados de personal*”–: se convierte en una garantía del expedientado frente a eventuales abusos o excesos del empresario²⁵⁷². Se trata de una formalidad mínima donde pueden actuar los convenios colectivos para precisar los términos de su cumplimiento con el límite de su no desnaturalización²⁵⁷³.

Sobre tal requerimiento y partiendo de la finalidad de este trámite –que el resto de la representación pueda manifestarse sobre el fondo del asunto– debemos destacar las siguientes líneas jurisprudenciales²⁵⁷⁴: a) El trámite de audiencia no puede sortearse por la empresa bajo evasiva de que algún representante ya tenía conocimiento propio de la instrucción del expediente por razón distinta a su función representativa. No puede tenerse por cumplido el requisito del expediente disciplinario previo de la sola circunstancia del particular conocimiento de esa instrucción preliminar por parte de algún miembro aislado del órgano de representación de los trabajadores cuando lo adquiriera por razones ajenas al ejercicio de la función representativa que le incumbe²⁵⁷⁵. b) Dada la finalidad de la audiencia al resto de la representación para cumplir este requisito no es suficiente con notificar la mera apertura del expediente sino que se

²⁵⁶⁸ STS 14 de mayo de 1990 [RJ 1990, 4319].

²⁵⁶⁹ STS 28 de septiembre de 1989 [RJ 1989, 6538].

²⁵⁷⁰ STS 9 de abril de 1990 [RJ 1990, 3427]. *Vid.* STJS Navarra 14 de diciembre de 2012 [JUR 2013, 300691].

²⁵⁷¹ MELLA MÉNDEZ, L.: *La formalización del despido disciplinario. Un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 323.

²⁵⁷² STS 24 de abril de 1990 [RJ 1990, 3489].

²⁵⁷³ MELLA MÉNDEZ, L.: *La formalización del despido disciplinario. Un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 330.

²⁵⁷⁴ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al.*: *Extinción del contrato de trabajo*, cit., pp. 999 y ss.

²⁵⁷⁵ STS 19 de julio de 1990 [RJ 1990, 6434].

precisa de la comunicación del expediente íntegro o de la propuesta conclusiva del mismo. c) Quienes deben ser oídos son los restantes miembros de la representación a que pertenezca el trabajador sujeto a expediente –artículo 55.1 ET–. Por eso, si la persona sujeta a expediente es un delegado de personal el requisito de la audiencia se refiere a todos los demás –cualesquiera que sea su número–²⁵⁷⁶. d) Cuando el sujeto sometido a expediente sea un miembro del comité de empresa, la audiencia corresponde al mismo comité –de empresa– no al comité intercentros, salvo que el convenio colectivo le atribuya expresamente esta competencia²⁵⁷⁷. e) Dado que el comité de empresa es un órgano colegiado que actúa por resolución mayoritaria de sus miembros y el presidente del comité es quien tiene la posición de órgano de relación externa del comité y a quien le incumbe someter las pertinentes decisiones a sus miembros, la empresa ejecuta correctamente el trámite de audiencia cuando se dirige al presidente del comité de empresa sin necesidad de hacerlo de manera particularizada a cada uno de los miembros que lo componen²⁵⁷⁸.

Lo anterior significa que no basta con la puesta en conocimiento del comité de empresa o restantes delegados de personal de la decisión empresarial sino que ha de ofrecerse la posibilidad de que el órgano representativo pueda expresar su opinión por los hechos motivadores del expediente y sobre la eventual sanción con carácter previo a la imposición de la misma²⁵⁷⁹. Pero *“si el expediente se tramitó en forma correcta, no puede estimarse que la no reunión del comité, para informar sobre la comunicación que recibieran notificándoles el inicio del expediente al trabajador y de las causas que lo motivaron, con traslado del pliego de cargos, comporte una falta eficaz de protección del trabajador, pues si tal se diera sólo sería imputable a sus compañeros quienes, sabedores de la existencia de un expediente disciplinario con los cargos imputados al expedientado, no adoptan la decisión de reunir al comité para que emita el pertinente informe”*²⁵⁸⁰.

— Sobre la renuncia del representante a que se tramite el expediente contradictorio

En alguna que otra situación se ha discutido sobre la eficacia que la renuncia del representante al trámite del expediente contradictorio puede ocasionar. Se viene sustentando que ni la aceptación de los cargos ni la expresa renuncia a la tramitación del expediente impiden que éste deba tramitarse. El procedimiento del expediente contradictorio es una exigencia constituida por imperativo legal por lo que no puede quedar al arbitrio ni a la voluntad de las partes. Además si el representante despedido renuncia a efectuar las alegaciones pertinentes tal acción no va a invalidar el expediente contradictorio. Este expediente seguirá su curso con o sin alegaciones. En este mismo sentido si el resto de los miembros de la representación, una vez se ha informado de la iniciación del expediente contradictorio y conferido el trámite para realizar alegaciones, omiten efectuarlo tampoco invalidará el expediente. Por tanto, la indolencia del expedientado o la omisión de éste o el resto de los miembros de la representación en la

²⁵⁷⁶ STS 9 de febrero de 1988 [RJ 1988, 601].

²⁵⁷⁷ STS 12 de diciembre de 1990 [RJ 1990, 9776].

²⁵⁷⁸ STS 23 de mayo de 1990 [RJ 1990, 4494].

²⁵⁷⁹ TUDELA CAMBRONERO, G.: “Los expedientes disciplinarios como garantía de los representantes de los trabajadores”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 470.

²⁵⁸⁰ STS 7 de octubre de 1986 [RJ 1986, 5412].

emisión del informe no imposibilita que el procedimiento sancionador continúe su curso²⁵⁸¹.

6.1.3 Ámbito subjetivo y extensión temporal

Obligatorio es el análisis del ámbito subjetivo de esta garantía y su extensión temporal. La garantía de tramitación del expediente previo a la imposición de sanciones por faltas graves o muy graves se destina a representantes unitarios, sindicales y de prevención. Poseer la doble condición de miembro del comité de empresa o delegado de personal y delegado sindical no desdobra las garantías –como el derecho al crédito horario– eliminando el perjuicio adicional que supondría para el empresario²⁵⁸².

- En primer lugar esta garantía alcanza a los representantes unitarios cuyas capacidades representativas se ejerciten a nivel interno²⁵⁸³ o nivel transnacional²⁵⁸⁴.

El tiempo de duración de esta garantía –artículo 68.c) ET– se aplicará durante el ejercicio de funciones de su mandato como representante, así como dentro del año posterior a la fecha de finalización salvo que la misma se produzca por revocación o dimisión²⁵⁸⁵, en cuyo caso, la garantía no es prorrogada²⁵⁸⁶. La aludida garantía del expediente previo alcanza a los representantes elegidos durante su mandato y durante el año siguiente a la expiración de su representación; también a los representantes electos antes de tomar posesión de sus cargos; e incluso a los candidatos proclamados para la elección en tanto dure el proceso electoral. Ahora bien, concluido este proceso, ni el artículo 68 ET, ni el Convenio Internacional número 135 de la OIT, ni la Recomendación número 143 de este mismo organismo, autorizan extender indefinidamente aquella garantía a todos los que en su momento fueron candidatos²⁵⁸⁷.

Esta prerrogativa debe garantizarse a los representantes electos antes de la toma de posesión de su cargo y a los candidatos proclamados para la elección en tanto dure el

²⁵⁸¹ HERRERA DUQUE, M^a. J.: “Los representantes de los trabajadores y el despido”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al*: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., pp. 275 y 276.

²⁵⁸² *Ibidem*, p. 261.

²⁵⁸³ Delegados de personal o miembros de comité de empresa.

²⁵⁸⁴ Miembros del comité de empresa europeo, trabajadores a quienes se reconozcan facultades de participación en los procedimientos alternativos y miembros de las comisiones negociadoras constituidas para la determinación de los derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria. El artículo 31 de la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas, dispone: “*los representantes de los trabajadores que sean miembros de la comisión negociadora y del órgano de representación o que participen en los procedimientos de información y consulta y los representantes de los trabajadores que formen parte del órgano de administración o de control de la SE (Sociedad Anónima Europea) gozan en el ejercicio de sus funciones de la protección y de las garantías establecidas en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, salvo en lo relativo al crédito horario previsto en su artículo 68.e), en que se estará a lo dispuesto en los apartados siguientes y, en su caso, en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical*”.

²⁵⁸⁵ Para mayor abundamiento sobre la revocación y dimisión, *vid.* LÓPEZ ÁLVAREZ, M^a. J.: *El Expediente Disciplinario Laboral*, cit., pp. 128 y ss.

²⁵⁸⁶ STS 1 de julio de 1987 [RJ 1987, 5053]. *Vid.* STSJ Comunidad Valenciana 13 de septiembre de 2017 [JUR 2017, 295347] y STSJ Cataluña 28 de abril de 2017 [AS 2017, 1228].

²⁵⁸⁷ STS 18 de febrero de 1997 [RJ 1997, 1448].

proceso electoral²⁵⁸⁸. Pero no existe amparo legal para expandir dicha garantía a los suplentes de las candidaturas –incluidos los primeros suplentes–²⁵⁸⁹. Sin embargo, la jurisprudencia reconoce la presentación de la candidatura y su posterior elección al trabajador despedido que impugna la extinción laboral y se presenta a las elecciones²⁵⁹⁰; efectivamente el empleado despedido que presenta su candidatura durante el curso de la impugnación judicial y las vence se convierte en portador de la garantía del derecho de opción en el caso de que la extinción sea declarada improcedente²⁵⁹¹. Pero lo cierto es que un exceso de garantías y tutelas podría extralimitarse de la finalidad pretendida consistente en proteger el correcto ejercicio del derecho de representación e imposibilitar al empresario que lo haga estéril y lo anule sin causa justificada. En efecto las garantías que se protegen no pueden propagarse a situaciones cuyo origen no ha tenido que ver con el ejercicio de la representación u obstrucción de la presentación del trabajador como candidato²⁵⁹². En cualquier caso no desatendamos que los representantes pueden ser sancionados disciplinariamente –incluso con el despido– durante su mandato y dentro del año siguiente a la expiración del mismo en el caso de incumplir con sus obligaciones contractuales como se deduce –esto último– de la remisión que efectúa el citado artículo 68.c) ET al artículo 54 del propio texto legal²⁵⁹³.

No se propaga la garantía al año posterior a la cesación del mandato representativo en supuestos de revocación o dimisión por ser el deseo del trabajador –dimisión– o la voluntad de los electores que han dejado de confiar en su gestión –revocación–. Lo contrario sería defender una conducta indebida por parte del representante: la búsqueda de un status de coraza ajeno a toda labor de representación²⁵⁹⁴. Así, en un caso de revocación del mandato de miembro del comité de empresa al perder por dicha causa aquella condición, “*el trabajador no estaba amparado por las garantías previas en el apartado c) del artículo 68 ET*”²⁵⁹⁵.

Se viene interpretando que el mandato representativo de comités de empresa y delegados de personal va unido al centro de trabajo por el que el candidato fue elegido. Lo cierto es que el cambio del centro de trabajo de forma voluntaria extingue la representación colectiva –a pesar de la prudencia de artículo 67 ET–. La representación colectiva se ejerce en el centro de trabajo por los trabajadores que hayan sido elegidos por sus compañeros integrantes de tal unidad electiva. Dicha condición se ostenta no a título personal sino en calidad de trabajador del centro. En consecuencia la acción del representante de dejar de pertenecer voluntariamente a la plantilla del centro en que fue elegido para ir a trabajar a otro centro de la empresa –lejano geográficamente y que

²⁵⁸⁸ STSJ Cataluña 16 de enero de 2008 [AS 2008, 1033].

²⁵⁸⁹ STS 15 de marzo de 1993 [RJ 1993, 1860].

²⁵⁹⁰ STC 44/2001, de 12 de febrero [RTC 2001, 44].

²⁵⁹¹ STSJ Cataluña 13 de marzo de 1992 [AS 1992, 1705].

²⁵⁹² HERRERA DUQUE, M^a. J.: “Los representantes de los trabajadores y el despido”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 271.

²⁵⁹³ STS 18 de febrero de 1997 [RJ 1997, 1448].

²⁵⁹⁴ HERRERA DUQUE, M^a. J.: “Los representantes de los trabajadores y el despido”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 264.

²⁵⁹⁵ STS 26 de diciembre de 1990 [RJ 1990, 9838].

tenía su propio representante— debe entenderse como una voluntaria declinación de su cargo representativo²⁵⁹⁶.

- En segundo lugar esta garantía se destinará también a quienes congreguen los requisitos legales siempre y cuando se haya puesto en conocimiento de la empresa el acto de la designación como representante sindical. En caso de no ponerse en conocimiento de la empresa no podrá reclamarse la tramitación del expediente contradictorio previo a la imposición de la sanción disciplinaria²⁵⁹⁷.

Aunque nuestro ordenamiento jurídico posibilita la facultad de designar portavoces de las secciones sindicales que se constituyan en la empresa cuando no se reúnan los requisitos legales para contar con delegado sindical, no significa que deban quedar absolutamente equiparados, unos y otros, en cuanto a competencias y garantías. Deben comprender que sólo disfrutan del bloque de garantías del artículo 68 ET aquellos a los que el convenio colectivo se los haya reconocido de modo expreso o cuando reúnan los requisitos legales²⁵⁹⁸. En la LOLS se localiza la existencia legal de los denominados “*delegados sindicales*” elegidos dentro de su sindicato —en ocasiones denominados “*delegados LOLS*”²⁵⁹⁹—. Si bien es una figura que puede existir en cualquier sección sindical al ser expresión máxima de la libertad interna de la auto-organización²⁶⁰⁰, sólo cuando concurren dos requisitos es posible atribuirles las facultades y garantías previstas por la precitada ley —artículo 10.1 LOLS—. El primer requisito se refiere al criterio cuantitativo: se exige un número mínimo de 250 trabajadores —cualquiera que sea la clase de su contrato— en la empresa o —en su caso— los centros de trabajo. El segundo requisito se refiere al criterio cualitativo: umbral de representación. Sólo aquellas secciones que tengan presencia en los comités de empresa o en los órganos de representación que se constituyan en las administraciones públicas —juntas de personal— estarán representadas a todos los efectos por delegados sindicales²⁶⁰¹. Se recomienda que el resultado de la elección del delegado sindical así como la identificación de la persona elegida para el cargo se comunique al empresario²⁶⁰².

En referencia al ámbito temporal de aplicación de esta garantía —a diferencia de lo afirmado para la representación unitaria— en la ley no se manifiesta alusión alguna al tiempo máximo del mandato de tales representantes por lo que las normas sindicales —estatutos del sindicato— podrán fijar límites específicos a su duración. El disfrute de esta garantía durante un período más o menos duradero dependerá —entre otros matices— de

²⁵⁹⁶ STS 1 de junio de 1990 [RJ 1990, 4996].

²⁵⁹⁷ STS 25 de mayo de 1988 [RJ 1988, 4297].

²⁵⁹⁸ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, cit., p. 38.

²⁵⁹⁹ OJEDA AVILÉS, A.: *Compendio de Derecho Sindical*, Madrid, Tecnos, 2012, p. 211.

²⁶⁰⁰ Vid. STC 201/1999, de 8 de noviembre [RTC 1999, 20].

²⁶⁰¹ La existencia de delegados sindicales sólo será posible cuando cada centro de trabajo cuente con más de 250 trabajadores y tenga un comité de empresa propio con presencia del sindicato al que pertenezca la correspondiente sección sindical. El número de delegados sindicales varía en función de la audiencia electoral del sindicato: el sindicato de pertenencia de la sección sindical debe haber obtenido el 10 por ciento de los votos en la elección al comité de empresa.

²⁶⁰² TUDELA CAMBRONERO, G.: “Los expedientes disciplinarios como garantía de los representantes de los trabajadores”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 460.

los pronósticos que sobre la ocupación del cargo de delegado sindical reporten los estatutos de cada sindicato²⁶⁰³.

Respecto a las garantías de los miembros del comité que deben de hacerse extensibles a los delegados sindicales la doctrina más extendida aboga por una interpretación amplia de las disposiciones legales –concretamente del artículo 10.3 LOLS– entendiéndose que esta interpretación incluye, además de las garantías recogidas en la legislación estatal, la de los instrumentos normativos como el convenio colectivo²⁶⁰⁴. En este sentido el citado precepto establece lo siguiente: “*los delegados sindicales, en el supuesto de que no formen parte del comité de empresa, tendrán las mismas garantías que las establecidas legalmente para los miembros de los comités de empresa o de los órganos de representación que se establezcan en las administraciones públicas, así como los siguientes derechos a salvo de lo que se pudiera establecer por convenio colectivo*”.

— En tercer lugar, de acuerdo con el artículo 37.1 LPRL, “*lo previsto en el artículo 68 del Estatuto de los Trabajadores en materia de garantías será de aplicación a los delegados de prevención en su condición de representantes de los trabajadores*”.

Esta disposición amplía el ámbito de aplicación del precepto estatutario a otros sujetos que pese a ser omitidos de esa garantía en los preceptos citados –artículo 55.1 y 68 ET, y 10.3 LOLS– y no ostentar la condición de representante unitario o sindical, sin embargo, asumen labores de gestión y defensa de los intereses de los trabajadores²⁶⁰⁵; en consecuencia, se les propaga la garantía del artículo 68.a) ET²⁶⁰⁶.

En un principio el cargo de delegado de prevención lo desempeñará un trabajador que ya posea la condición de representante unitario. A ello se refiere el artículo 35 LPRL al establecer que “*los delegados de prevención son los representantes de los trabajadores con funciones específicas en materia de prevención de riesgos en el trabajo*” siendo designados “*por y entre los representantes del personal, en el ámbito de los órganos de representación*”.

Para concretar el período de tiempo en el que los delegados de prevención disfrutarán de la garantía de tramitación del expediente previo a la implantación de sanciones, al posibilitar la LPRL asistir a sistemas especiales de designación de los delegados de prevención constituidos en la negociación colectiva –artículo 35.4 LPRL–, habrá que estar a lo que instaure el convenio sobre la duración de la representación en materia de prevención sin oposición al desarrollo de la garantía durante el año siguiente a la terminación del mandato.

²⁶⁰³ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, cit., p. 38.

²⁶⁰⁴ LÓPEZ ÁLVAREZ, M^a. J.: *El Expediente Disciplinario Laboral*, cit., p. 102.

²⁶⁰⁵ *Ibidem*, p. 105.

²⁶⁰⁶ STSJ Madrid 27 de diciembre de 2005 [JUR 2006, 121139].

6.2 Terminación del expediente: secuelas por omisión o cumplimiento defectuoso y efectos de la tramitación. Principio de permanencia, garantía de inmunidad y garantía de indemnidad

6.2.1 Omisión del expediente y efectos de su tramitación

En caso de omisión total del trámite del expediente contradictorio previo a la implantación de la sanción de despido, el mismo deberá ser calificado de improcedente por falta de forma –artículo 55.4 ET–. Sin embargo, habrá que diferenciar si el expediente se ha gestionado –aunque sea de forma defectuosa– ocasionando indefensión o no al trabajador expedientado: solo producen efectos negativos aquellos que atenten contra la finalidad de garantías que pretende la norma y cuyo cumplimiento conlleve a una situación de efectivo desamparo. Será preciso en todo expediente contradictorio valorar si se ha producido efectivamente tal incumplimiento y si ha producido indefensión para el trabajador²⁶⁰⁷. Si existe indefensión el despido será declarado improcedente por discernimientos de forma incumbiendo al representante la facultad de elección entre la readmisión y la extinción indemnizada del contrato de trabajo²⁶⁰⁸, sin perjuicio de la facultad de enmendar los defectos formales que la legislación le concede al empleador en el marco de un nuevo despido.

Sobre la terminación de expediente el ET no instaura un plazo de conclusión concreto. Plazo que puede ser objeto de ordenación por convenio colectivo. Pero si el convenio colectivo no contiene reglas la doctrina jurisprudencial viene refiriéndose a un plazo razonable de duración mayor o menor en función de la laboriosidad necesaria para el esclarecimiento de las faltas imputadas, no permitiéndose que sea objeto de demoras superfluas que de producirse no pueden beneficiar al causante del retraso²⁶⁰⁹. Aunque el artículo 68.a) ET no establezca plazo de duración de la tramitación del expediente contradictorio –al ser el instrumento establecido legalmente para sancionar las faltas de los trabajadores con representación sindical– su duración viene determinada –dentro de su sumariedad– por la complicación y dificultad que conlleven las faltas a esclarecer revelando el conocimiento cabal de los hechos y la voluntad de sancionar o hacer desistir a la empresa de tal medida. Doctrina que debe ponerse en relación con la del Tribunal Constitucional en el sentido de que toda resolución que pueda atentar a un derecho fundamental se resuelva en un plazo razonable y proporcionado respecto a los fines que se persiguen al encontrarnos analizando un trámite de instrucción previa a una posible sanción grave como es la privación a un puesto de trabajo y que exige resolución sin dilaciones innecesarias. Asimismo, la dilación en la tramitación del expediente no puede favorecer al causante del retraso²⁶¹⁰.

Observado el trámite de audiencia al expedientado y al órgano de representación del que forme parte, practicadas las correspondientes pruebas, el instructor del expediente dispondrá de suficientes fundamentos con los que tomar la decisión final sobre los hechos imputados al trabajador representante. Tras la observancia de los pertinentes trámites el instructor elaborará su propuesta de resolución. Cualquiera que

²⁶⁰⁷ STSJ Cataluña 5 de octubre de 1998 [AS 1998, 4532] y STSJ Asturias 18 de febrero de 2000 [AS 2000, 5182].

²⁶⁰⁸ STST Canarias/Las Palmas 30 de marzo de 2011 [JUR 2011, 282961].

²⁶⁰⁹ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al.*: *Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 1001.

²⁶¹⁰ STS 30 de octubre de 1989 [RJ 1989, 7460].

sea el sentido de la propuesta junto con un resumen del desarrollo del trámite se pondrá en conocimiento del empresario lo que dada su naturaleza y necesidad de aportación del juicio cabe pensar que se hará por escrito²⁶¹¹. Recibida la propuesta por el empresario deberá decidir sobre lo instruido y en su caso determinar la sanción a imponer al representante expedientado sin que las diversas opiniones manifestadas en este trámite le vinculen jurídicamente²⁶¹²: no obstante, no aceptar una cierta vinculación por parte del empresario a la propuesta del instructor deduce una cierta discrecionalidad del empleador como nota configuradora del poder disciplinario y una cierta arbitrariedad en los trámites precedentes a la imposición de la sanción²⁶¹³.

El expediente puede concluir con sobreseimiento o con sanción de despido. Si el expediente finaliza con sanción de despido tiene que notificarse por escrito al trabajador –de acuerdo con el artículo 55.1 ET–²⁶¹⁴. Si bien y en relación a los hechos de la carta de despido se permite su no repetición: en efecto es suficiente con ceñirse a los que en su día se fijaron en el pliego de cargos ya que la razón de la exigencia de constancia de los hechos determinantes del cese es la de ofrecer al trabajador información suficiente con la que pueda preparar su defensa en el proceso. Es evidente que esta finalidad se cumple aunque la carta no contenga la descripción de los hechos siendo totalmente correcta su remisión a los que en su momento se establecieron en el pliego de cargos, pues en este caso, el trabajador no poseerá dudas sobre la conducta que motivó la decisión de la empresa²⁶¹⁵.

Los efectos jurídicos aparejados a la tramitación del expediente contradictorio son diversos²⁶¹⁶: a) Durante la tramitación del expediente se detiene el cómputo de los plazos de prescripción de las faltas previstas en el artículo 60 ET. b) La relación laboral sigue vigente y debe continuar desarrollándose con plenos efectos. En principio el trabajador debería de continuar prestando sus servicios en la empresa. Sin embargo, y con motivación del tiempo de duración de la tramitación del expediente contradictorio – que puede extenderse más tiempo del deseado– el empleador con el fin de suprimir los riesgos de ocultación de pruebas o de daños para las personas o cosas, e incluso con el propósito de atenuar la situación de conflicto que se haya podido originar o paliar el menoscabo del clima laboral que la puesta en marcha del procedimiento disciplinario pueda desatar, posee la facultad de ejercitar ciertas medidas cautelares –que pueden ser impugnadas– durante el período de tramitación del expediente. c) Los representantes de los trabajadores podrán continuar ejerciendo sus ocupaciones representativas sin perjuicio de que la facultad de decretar la suspensión cautelar pueda extenderse excepcionalmente a las capacidades representativas. d) La tramitación del expediente no reemplaza el requisito de audiencia al delegado sindical si el representante o el candidato a ocupar un cargo representativo detentara la cualidad de afiliado aún en el supuesto de que el delegado hubiera estado presente durante la tramitación de aquél. e) De haberse solicitado el despido de un representante, de acuerdo con el artículo 106.2 LRJS, se ha de aportar al proceso judicial el expediente contradictorio. La carencia de aportación de dicho expediente conlleva efectos procesales de gravedad en tanto que el

²⁶¹¹ STS 28 de septiembre de 1989 [RJ 1989, 6538].

²⁶¹² MELLA MÉNDEZ, L.: *La formalización del despido disciplinario. Un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 349.

²⁶¹³ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a. F.: *El poder disciplinario en la empresa*, cit., pp. 366 y ss.

²⁶¹⁴ STS 20 de marzo de 1990 [RJ 1990, 2185].

²⁶¹⁵ STS 9 de abril de 1990 [RJ 1990, 3427].

²⁶¹⁶ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, cit., pp. 40 y 41.

despido podrá ser declarado improcedente por falta de forma. f) Una vez aportado el expediente contradictorio debe tenerse en cuenta que el desenlace del mismo no somete al órgano jurisdiccional quién deberá decidir en cuanto al fondo del asunto a la vista de las pruebas practicadas en el juicio oral²⁶¹⁷.

El expediente no reviste el carácter de prueba privilegiada²⁶¹⁸. Es una prueba más que el juzgador deberá valorar de acuerdo con las circunstancias concurrentes y en relación al resto de los elementos de convicción obrantes en el proceso²⁶¹⁹ –verbigracia, la declaración del instructor o del secretario del expediente–²⁶²⁰. En este sentido, el expediente disciplinario en cuanto compendio de diligencias de diversa índole practicadas por una de las partes contendientes en la *litis*, en averiguación de los hechos presuntamente disciplinarios, no puede esgrimirse como instrumento probatorio incuestionable toda vez que la convicción sancionatoria obtenida en aquél constituye, en definitiva, un juicio o valoración subjetiva de parte interesada en el proceso que obviamente no puede superponerse al criterio valorativo más objetivo y completo conseguido por el juzgador de instancia a través de toda la prueba practicada en juicio²⁶²¹. El expediente tramitado por la empresa para aclarar los hechos imputados a uno de sus trabajadores no puede ser tenido como un documento unitario con fuerza probatoria suficiente para hacer trascender los hechos al ámbito jurisdiccional. Se trata de una ordenada y sistemática recopilación que incluye los pliegos de cargos y de descargos y los medios probatorios aportados o propuestos por empresa y trabajador que debe finalizar con un informe que verse sobre si los hechos atribuidos han quedado probados y la propuesta de la sanción laboral que correspondería aplicar en caso afirmativo²⁶²². Pero las declaraciones de testigos recogidas en el expediente disciplinario no se configuran como una prueba documental; nos encontramos ante una testifical impropia pues no se valoran como prueba desarrollada en juicio²⁶²³; para que sea valorada como prueba prestada en juicio los testimonios desarrollados en el expediente disciplinario deberán prestarse en el acto del juicio a través de la reproducción o ratificación de sus autores²⁶²⁴. No obstante, en aras de los principios de economía y celeridad procesal se ha admitido por alguna sentencia que solo se requiere de la ratificación cuando el expediente no reúna las suficientes garantías de seriedad e imparcialidad; *a sensu contrario*, cuando no se cuestione la autenticidad y formalidad del expediente no se requiere reproducirlo mediante ratificación –pero no es lo usual–²⁶²⁵. Lo normal es que para desarrollar los efectos de prueba testifical es preciso que los testimonios se presten de nuevo en el juicio oral. En caso de discrepancias entre las declaraciones emitidas en el expediente y en el juicio prevalecerán estas últimas²⁶²⁶.

²⁶¹⁷ STSJ Cataluña 5 de octubre de 1998 [AS 1998, 4532].

²⁶¹⁸ STS 28 de diciembre de 1984 [RJ 1984, 6509].

²⁶¹⁹ STS 23 de enero de 1990 [RJ 1990, 198].

²⁶²⁰ STSJ Cantabria 3 de enero de 1993 [AS 1993, 193].

²⁶²¹ STS 5 de diciembre de 1990 [RJ 1990, 9759].

²⁶²² STS 9 de octubre de 1982 [RJ 1982, 6139].

²⁶²³ STS 6 de noviembre de 1989 [RJ 1989, 8007].

²⁶²⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “Derecho a la prueba y proceso de despido”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 1990, núm. 1, p. 33.

²⁶²⁵ STSJ Cantabria 3 de enero de 1993 [AS 1993, 193].

²⁶²⁶ MELLA MÉNDEZ, L.: *La formalización del despido disciplinario. Un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 377.

6.2.2 El principio de permanencia y las garantías de indemnidad e inmunidad en las funciones representativas

El carácter de la garantía de la función representativa posee la finalidad de proteger al sujeto que se compromete al ejercicio de esta función evitando que este trabajador pueda ser despedido arbitrariamente. Además el empresario no puede restringir la facultad del trabajador de ejercer las funciones de representante en el centro de trabajo donde ha sido elegido –verbigracia, trasladando al trabajador representante a otro centro de trabajo sin justificación²⁶²⁷–. En efecto para garantizar y proteger el correcto ejercicio y desarrollo de las funciones representativas se constituyen los siguientes razonamientos: principio de permanencia, garantía de indemnidad y garantía de inmunidad.

El principio de permanencia como aval del correcto desarrollo de la función representativa se cobija en el artículo 68.b) ET: “*los miembros del comité de empresa y los delegados de personal, como representantes legales de los trabajadores*”, tendrán “*prioridad de permanencia en la empresa o centro de trabajo respecto de los demás trabajadores, en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas*”, completándose esta disposición con otras alusiones estatutarias como los supuestos de traslado y desplazamiento –artículo 40.5 ET–, despidos objetivos por amortización del puesto de trabajo –artículo 52.c) ET– y despidos colectivos –artículo 51.7 ET–. Para los supuestos de sucesión de empresa –previstos en el artículo 44 ET– cuando la empresa, centro de trabajo o unidad productiva objeto de la transmisión mantenga su autonomía, el cambio de titularidad del empresario no extingue el mandato de los representantes legales de los trabajadores que seguirán ejerciendo sus funciones y avatares bajo los mismos términos y condiciones²⁶²⁸. Como regla general ha de interpretarse de forma represiva la extensión de esta garantía si bien es cierto que la prioridad de permanencia debe ejercerse cuando el ejercicio representativo y la continuidad del mandato puedan verse íntegramente afectados con la decisión empresarial.

El Tribunal Supremo ha dispuesto que aceptada la existencia de contradicción hay que examinar la infracción que se denuncia de los artículos 52.c) y 68.b) ET. El primero de los preceptos citados establece que “*los representantes de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa en el supuesto a que se refiere este apartado*”: extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas²⁶²⁹. Por su parte, el artículo 68.1.b) del mismo texto legal prevé que los representantes de los trabajadores tienen, entre otras, la garantía de “*prioridad de permanencia en la empresa o centro de trabajo respecto de los demás trabajadores*”. El número 7 del artículo 51 ET se refiere también a esta prioridad de permanencia en la empresa. En efecto la prioridad supone el reconocimiento de una preferencia de conservación del empleo en los supuestos de cese debido a las causas indicadas en los preceptos citados. Pero esas normas no determinan el ámbito al que esa garantía se extiende pues las expresiones “*en la empresa*” o “*en el centro de trabajo*” no tienen esa significación. La garantía es relativa: la misma no puede actuar cuando

²⁶²⁷ STSJ Cataluña 10 de enero de 2000 [AS 2000, 74].

²⁶²⁸ HERRERA DUQUE, M^a. J.: “Los representantes de los trabajadores y el despido”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 278.

²⁶²⁹ STS 23 de mayo de 2014 [RJ 2014, 4358].

desaparecen todos los puestos de trabajo al no haber una alternativa de selección. Esta alternativa se produce cuando existen varios puestos de trabajo sobre los que se proyecta el efecto de la causa extintiva: en ese caso la garantía desprende sus efectos favoreciendo el puesto del representante²⁶³⁰. Pero si la determinación empresarial acarrea la aniquilación absoluta de todos los puestos de trabajo es inviable hacer valer el ejercicio de la garantía del representante de los trabajadores. Por otro lado, sería conveniente tener presente también el criterio de la idoneidad profesional del trabajador²⁶³¹.

La prioridad de la permanencia se extiende a la empresa o al centro de trabajo. *“Es cierto que esto obliga a que, por la lógica de la sustitución, pueda resultar afectado por la causa extintiva quien objetivamente no lo estaría en principio, pues si la empresa, para respetar la garantía tiene que emplear al representante en otra unidad productiva”*, consecuentemente un trabajador de esa unidad productiva puede resultar excedente si no hay vacante siendo asignado su puesto de trabajo al representante. *“Pero esta es un consecuencia de la efectividad de la garantía, que, en cuanto preferencia, se traduce siempre en un sacrificio potencial para el resto de los trabajadores incluidos en el ámbito en que opera la garantía, con independencia de que éste pueda ser más o menos extenso. Por otra parte, si no fuera así las posibilidades de eludir la garantía mediante el ejercicio por parte del empresario de sus facultades en orden a la movilidad supondrían un riesgo muy alto para la efectividad de aquella garantía”*²⁶³².

En el ejercicio de la garantía de prioridad de permanencia del trabajador que desarrolla ocupaciones representativas no es necesario que se haya de aducir tal garantía para hacerla real sino que se aplica automáticamente; en efecto, el empresario no debe conceder al representante la elección del ejercicio de su derecho²⁶³³.

Por otro lado, la garantía de inmunidad y la garantía de indemnidad se cobijan en el artículo 68.c) ET que posee una doble vertiente de protección del trabajador: por una parte, prohíbe la extinción del contrato o la sanción del representante por el mero cumplimiento de sus funciones; de otra parte, el trabajador no podrá ser discriminado en su promoción económica o profesional en razón precisamente del desempeño de su representación.

La protección que nuestra normativa laboral concede al representante tiene el propósito de tratar de compensar aquellas conductas del empleador que pudieran perpetrarse como venganza del correcto desarrollo de las funciones de representación del trabajador. Nos encontramos ante una prohibición de transgredir el derecho de igualdad imposibilitando que el representante sufra represalias por el ejercicio de su función o pueda recibir un trato deplorable relacionando estas garantías con la promoción económica y profesional.

²⁶³⁰ STS 30 de noviembre de 2005 [RJ 2006, 922].

²⁶³¹ HERRERA DUQUE, M^a. J.: “Los representantes de los trabajadores y el despido”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 280.

²⁶³² STS 30 de noviembre de 2005 [RJ 2006, 922]. *Vid.* STSJ Galicia 19 de octubre de 2016 [AS 2016, 1579], STSJ Comunidad Valenciana 29 de abril de 2015 [JUR 2015, 277903] y STSJ Cataluña 14 de noviembre de 2014 [JUR 2015, 17854].

²⁶³³ STC 191/1996, de 26 de noviembre [RTC 1996, 191].

Sobre la garantía de inmunidad la tutela o protección del trabajador va a imposibilitar al empresario ejecutar decisiones sancionadoras sin justificación cuyo verdadero fundamento sea la extinción del contrato por la correcta ocupación de la función representativa. Esto supone que toda corrección disciplinaria ha de tener adecuada fundamentación de lo contrario los órganos judiciales invalidarán el despido. Sin embargo, este razonamiento no simboliza la total liberación e impunidad de las intervenciones de los representantes: la ley ofrece al empresario la facultad de sancionar al trabajador –representante– que haya infringido sus deberes contractuales –con gravedad suficiente– desencadenando la procedencia de la extinción laboral por causa justa de despido cuando la decisión no esté vinculada con la función representativa. Se trata de que el empleador acredite –objetiva y razonablemente– el correcto ejercicio de sus poderes directivos y disciplinarios apartando cualquier segregación en la decisión de resolver el contrato de trabajo. El trabajador representante que se sirve de esta garantía deberá aportar indicios con los que verificar la discriminación sin que sea suficiente el hecho de ser representante²⁶³⁴; por el otro lado, le incumbe al empleador ofrecer la justificación conveniente del uso legítimo de sus facultades correctoras²⁶³⁵.

En los supuestos en los que el trabajador aduzca que el despido tiene como presupuesto alguna causa de discriminación enlazada con las ocupaciones de sus labores de representación corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable suficientemente probada de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad, siendo obligatorio que el trabajador demandante pruebe que este indicio es suficientemente preciso y concreto en referencia a la supuesta discriminación que aduce –artículo 96 LRJS–. Quien invoca la regla de inversión de la carga de la prueba debe desarrollar una actividad alegatoria suficientemente concreta y precisa en torno a los indicios de que ha existido discriminación –presupuesto obligado de la inversión de la carga de la prueba–²⁶³⁶. En caso de que el empresario atestigüe, no sólo el rechazo de cualquier móvil ajeno a la discriminación por el ejercicio de las funciones representativas sino que además acredite la idoneidad de la medida adoptada, es indiscutible que el despido deberá ser declarado procedente.

La garantía de indemnidad posee el mismo propósito de impedir al empleado cualquier menoscabo procedente de la función representativa pero con una mayor repercusión que la afectación al despido estableciendo el artículo 68.c) ET que el empleado “no podrá ser discriminado en su promoción económica o profesional en razón, precisamente, del desempeño de su representación”. Lo que se pretende es evitar cualquier consecuencia negativa que el desarrollo de sus actuaciones le pudiera ocasionar al representante legal sin que sus ocupaciones le desencadenen una carga que haga poco atractivo el acceso al mandato representativo. Es una garantía que atiende a supuestos de discriminación salarial y remoción profesional y que se esparce a cualquier otra medida vinculada con la movilidad funcional²⁶³⁷. En suma, la garantía de indemnidad conlleva cualquier imposibilidad de adoptar medidas intencionales de

²⁶³⁴ STSJ Galicia 18 de febrero de 2016 [AS 2016, 455] y STSJ Galicia 27 de febrero de 2017 [JUR 2017, 82878].

²⁶³⁵ HERRERA DUQUE, M^a. J.: “Los representantes de los trabajadores y el despido”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 282.

²⁶³⁶ STC 266/1993, de 20 de septiembre [RTC 1993, 266].

²⁶³⁷ HERRERA DUQUE, M^a. J.: “Los representantes de los trabajadores y el despido”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 284.

represalia derivadas del ejercicio de los derechos que amparan al propio trabajador entre los que se encuentra el ejercicio de representación²⁶³⁸. Pero la tutela de indemnidad también actúa aun cuando no exista dicho propósito reactivo pero concurra un perjuicio que quede objetiva y causalmente vinculado al mismo²⁶³⁹.

7. Formalidades singulares establecidas por convenio colectivo

Los requisitos formales impuestos legalmente pueden ser incrementados por negociación colectiva²⁶⁴⁰. En consecuencia el despido será improcedente cuando existan incumplimientos contractuales formales sin perjuicio de lo que disponga expresamente el convenio colectivo²⁶⁴¹: si es libre de incrementar o no los requisitos de forma en igual medida podrá otorgar el alcance que crea conveniente en cuanto a los efectos que produce el incumplimiento de los mismos²⁶⁴².

Nuestra legislación accede a que por convenio colectivo se incrementen las exigencias formales a cumplir con carácter previo o coetáneo a la imposición de la sanción de despido disciplinario²⁶⁴³. A ello se refiere el ET en su artículo 55.1, párrafo 2º, cuando dispone que “*por convenio colectivo podrán establecerse otras exigencias formales para el despido*”²⁶⁴⁴. Se exterioriza así la posibilidad de constituir garantías accesorias que fortalezcan el mínimo legal regulado. Con anterioridad al ET la jurisprudencia venía aceptando esta misma posición pero no con una regulación manifiesta como la que ahora alberga el artículo citado: se llegaba a esta misma conclusión al no ser prohibido expresamente por ninguna norma de derecho²⁶⁴⁵.

La expresión literal “*otras exigencias formales*” del artículo precitado –artículo 55.1.2º– podría inducir al error de sustituir o reemplazar la carta de despido exigida en el párrafo primero. Consideración que el Tribunal Supremo rechazó al considerar este párrafo de “*derecho necesario relativo*”²⁶⁴⁶ y de acatamiento inexcusable. En efecto el convenio colectivo puede adicionar diferentes formalidades pero nunca desprenderse de ellas²⁶⁴⁷. El Tribunal Supremo, en unificación de doctrina, aprecia que el ET y en su caso el convenio colectivo avalan suficientemente el derecho de defensa del trabajador por lo que las exigencias formales complementarias previstas por normas no laborales, no tendrían consideración alguna en el ámbito del Derecho del Trabajo de modo que ni acotan, ni aminoran, ni restringen el ejercicio del poder disciplinario empresarial: las

²⁶³⁸ STC 14/1993, de 18 de enero [RTC 1993, 14] y STC 3/2006, de 16 de enero [RTC 2006, 3].

²⁶³⁹ STC 6/2011, de 14 de febrero [RTC 2011, 6].

²⁶⁴⁰ Para mayor abundamiento, *vid.* LÓPEZ ÁLVAREZ, Mª. J.: *El Expediente Disciplinario Laboral*, cit., pp. 80 y ss.

²⁶⁴¹ STS 3 de abril de 2018 [RJ 2018, 1524].

²⁶⁴² CRUZ VILLALÓN, J.: “Requisitos ordinarios: la carta de despido”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al.*: *El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 179.

²⁶⁴³ *Vid.* MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, Mª. N.: “Artículo 55. Forma y efectos del despido disciplinario”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al.*: *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, cit., pp. 778 y 779.

²⁶⁴⁴ STSJ Andalucía/Sevilla 9 de febrero de 2017 [JUR 2017, 173206] y STSJ Cataluña 3 de febrero de 2017 [JUR 2017, 111875].

²⁶⁴⁵ *Vid.* STS 21 de febrero de 1984 [EJ 1984, 899] y STS 21 de diciembre de 1984 [RJ 1984, 6475].

²⁶⁴⁶ STS 3 de junio de 1988 [RJ 1988, 5211].

²⁶⁴⁷ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al.*: *Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 985.

garantías para el trabajador en las causas por despido vienen establecidas en el artículo 55 ET pudiendo eventualmente ser adicionadas con previsiones del convenio colectivo. En suma, el juego de estas dos instituciones garantiza suficientemente el derecho de defensa del trabajador²⁶⁴⁸.

El convenio colectivo puede introducir formalidades que se aglomerarían sin sustituir en ningún caso a las previstas legalmente²⁶⁴⁹: 1) Audiencia previa al interesado. Las posibilidades de defensa del trabajador se incrementan cuando puede manifestar su posición acerca de los cargos que se le imputan otorgándole la posibilidad de ser oído antes de la imposición del despido²⁶⁵⁰. Este trámite convencional debe cumplirse en términos semejantes a los del trámite legal de audiencia del delegado sindical. En caso contrario el despido sería improcedente por falta de forma²⁶⁵¹. 2) Audiencia previa a los representantes sindicales, a los miembros de la representación unitaria o a un comité disciplinario, aun cuando el trabajador al que se desee despedir no posea la condición de afiliado ni de representante emitiéndose informe no vinculante para el despido. El propósito de dicha audiencia –cualificada e imparcial– es facilitar una mejor defensa de éste²⁶⁵². 3) Audiencia previa al delegado de personal o a los miembros del comité de empresa o al delegado sindical de otro centro de trabajo cuando el empleado al que se pretende despedir se encuentre afiliado a un sindicato que no posea delegado sindical en su centro de trabajo. 4) Extensión de la obligación de tramitar expediente contradictorio o procedimiento sumario para los despidos de trabajadores que no ocupen cargos representativos –ni electivo, ni sindical, ni de prevención– o que hayan ostentado la cualidad de meros representantes informales. 5) Prorroga de la garantía de tramitar el expediente contradictorio previo para despidos de los sujetos que en su momento fueron representantes. 6) Notificación simultánea a los representantes legales. 7) Participación de la comisión paritaria del convenio o de un órgano o comisión de composición mixta –empresarial y laboral– compuesta para este fin pudiendo incluso solicitarse a estos órganos informe sobre la medida disciplinaria proyectada²⁶⁵³.

La única restricción implícita en la legislación es aquella que se refiere a formalidades que resulten inservibles y que solo aumenten –redundantemente– las gestiones previas al despido o el propio procedimiento disciplinario sin perjuicio de que en caso de prolongarse el procedimiento se puedan admitir, entre tanto, medidas prudenciales –con naturaleza cautelar y función precautoria– con las que tutelar la realización de nuevas faltas, eludir controversias o el deterioro del establecimiento empresarial y erradicar el riesgo de obstaculizar la investigación empresarial de las faltas aun cuando el convenio colectivo nada vaticine sobre este particular²⁶⁵⁴.

²⁶⁴⁸ STS 28 de octubre de 2002 [RJ 2003, 461] que confirma la tesis defendida en su STS 5 de diciembre de 1990 [RJ 1990, 9757].

²⁶⁴⁹ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, cit., pp. 42 y ss.

²⁶⁵⁰ MELLA MÉNDEZ, L.: *La formalización del despido disciplinario. Un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 450.

²⁶⁵¹ STSJ Madrid 5 de febrero de 2008 [JUR 2008, 113629].

²⁶⁵² STSJ Madrid 3 de mayo de 1995 [AS 1995, 2182].

²⁶⁵³ ALEMÁN PÁEZ, F.: *Las comisiones paritarias*, Madrid, Civitas, 1996, *passim*. También MELLA MÉNDEZ, L.: *La formalización del despido disciplinario. Un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*, cit., pp. 471 y ss.

²⁶⁵⁴ STS 7 de diciembre de 2006 [RJ 2007, 93], STSJ Asturias 30 de diciembre de 2004 [JUR 2005, 193760] y STSJ Andalucía/Sevilla 19 de octubre de 2004 [JUR 2005, 74478].

Un importante efecto derivado del cumplimiento de los trámites convencionales se encuentra en la paralización del cómputo del plazo de prescripción de las faltas. El inicio de un expediente contradictorio no simboliza que automáticamente se deba detener el cómputo de los plazos de prescripción de las faltas dado que esta paralización va a depender de la obligación o no del expediente y de su propósito. Sin embargo, sí existen efectos suspensivos cuando haya obligación de tramitar expediente contradictorio previsto legalmente o por convenio colectivo²⁶⁵⁵: en ambos casos la sanción de despido no podría establecerse lícitamente si no se hubiera tramitado con carácter previo el expediente contradictorio. Legalmente se refiere a ello el artículo 106.2 LRJS cuando destaca que en “*los despidos de miembros de comité de empresa, delegados de personal o delegados sindicales habrá de aportarse por la demandada el expediente contradictorio legalmente exigido*”. En caso de que el convenio colectivo incorpore exigencia de diferente naturaleza que la establecida por ley el cumplimiento de la citada imposición producirá la suspensión del cómputo del plazo de prescripción: en efecto, nos encontraríamos ante la apertura de un inciso durante el tiempo en el que se prolongue esta exigencia formal prevista por convenio; una vez se haya rebasado tal exigencia debería imponerse la sanción pertinente sin que se produzcan otras consecuencias que la no computación del tiempo usado para cumplir este trámite en plena vinculación con la prescripción²⁶⁵⁶.

Evidentemente las consecuencias aparejadas a la observancia o inobservancia de las formalidades convencionales se localizan en el artículo 108.1 LRJS que califica el despido como procedente “*cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en el escrito de comunicación. En caso contrario, o en el supuesto en que se hubieren incumplido los requisitos de forma establecidos en el número 1 del artículo 55 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, será calificado como improcedente*”. Por supuesto las exigencias establecidas en convenio colectivo han de ser contempladas para que el despido sea formalmente adecuado debiendo calificarse de improcedente en caso contrario²⁶⁵⁷. Por tanto, la desobediencia de las formalidades convencionales –a las que se refiere el párrafo segundo del artículo 55.1 ET– traerá como consecuencia la inoperancia del despido efectuado. La extinción de la relación laboral se declarará improcedente por falta de forma sin perjuicio de la facultad que el artículo 55.2 ET otorga al empresario para corregir los defectos formales iniciando un nuevo despido por los mismos hechos.

8. Formalidad general complementaria: la propuesta de liquidación de cantidades pendientes de pago

De acuerdo con el artículo 49.2 ET, “*el empresario, con ocasión de la extinción del contrato, al comunicar a los trabajadores la denuncia, o, en su caso, el preaviso de la extinción del mismo, deberá acompañar una propuesta del documento de liquidación de las cantidades adeudadas*”. La obligación de propuesta de liquidación de cantidades pendientes de pago no es característica única del despido disciplinario sino que opera en todos los supuestos de extinción de la relación laboral.

²⁶⁵⁵ STS 21 de septiembre de 1987 [RJ 1987, 6227] y STS 4 de noviembre de 1987 [RJ 1987, 24179].

²⁶⁵⁶ STS 19 de junio de 2002 [RJ 2002, 8522] y STS 29 de junio de 1999 [RJ 1999, 5230].

²⁶⁵⁷ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al.*: *Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 986.

El artículo encomendado de regular la propuesta de liquidación de las cantidades adeudadas –artículo 49.2 ET– no instaura el contenido de dicho documento, ni la forma en que deba de cumplirse tal obligación. Esta propuesta de liquidación variará en virtud de la mayor o menor retribución que haya recibido el empleado, así como de la voluntad de las partes de saldar los conceptos adeudados al trabajador en el momento de efectividad del despido.

Es indiscutible que en el documento de liquidación de las cantidades a deber por el empresario se contemplará la suma económica adeudada al empleado en la fecha de efectos de la extinción. Pero de igual forma deberá advertirse el concepto al que incumben las citadas cantidades económicas así como las deducciones que se vayan a ejercer sobre la suma total.

En virtud del artículo 49.2 ET, “*el trabajador podrá solicitar la presencia de un representante legal de los trabajadores en el momento de proceder a la firma del recibo del finiquito, haciéndose constar en el mismo el hecho de su firma en presencia de un representante legal de los trabajadores, o bien que el trabajador no ha hecho uso de esta posibilidad. Si el empresario impidiese la presencia del representante en el momento de la firma, el trabajador podrá hacerlo constar en el propio recibo, a los efectos oportunos*”. Se desprende así que la garantía adicional del artículo citado deberá cumplirse sólo en casos en los que el trabajador lo haya requerido.

En ausencia de la existencia de representación legal en la empresa que decide extinguir la relación laboral del trabajador, el empleador deberá permitir la presencia de un representante sindical –si los hubiera–. Por otro lado, en caso de que el trabajador al que se le va a despedir quisiera disfrutar de la garantía adicional de presencia de los representantes y no pudiera cumplirse en ese mismo instante, el empleador deberá prolongar el momento de la firma del finiquito. Si por el contrario el empresario decide obstaculizar la presencia del representante en el momento de la firma estaría cometiendo una infracción grave.

Si el empleado acepta la propuesta del documento de liquidación de las cantidades adeudadas procediendo a la firma del recibo del finiquito se desprenden efectos diversos. Por un lado, el despido disciplinario no se transforma en un supuesto de mutuo acuerdo extintivo. El trabajador despedido que está de acuerdo con el finiquito no significa que deba sufrir las consecuencias negativas correspondientes a efectos de desempleo –como la no apertura de la situación legal de desempleo– o fiscales –inaplicabilidad de exenciones–. En otros términos el empleado que acepta firmar el documento del finiquito solo expresa su aquiescencia en lo que respecta a las consecuencias económicas que se asocian a la extinción de la relación laboral lo que no quiere decir que esté de acuerdo con la causa que origina el despido²⁶⁵⁸. Si el trabajador decidiera impugnar judicialmente el despido, de calificarse éste de improcedente y optase por la extinción indemnizada, también podrá reclamar el cumplimiento de las obligaciones económicas asociadas a dicha indemnización. En caso de que el empresario –o representante– decidiera optar por la readmisión en despido improcedente o el despido haya sido declarado nulo, el trabajador deberá reintegrar lo ingresado con el finiquito. Por otro lado, con la aceptación de la liquidación al trabajador no le está vetada la facultad de imponer reclamaciones de cantidad con

²⁶⁵⁸ STSJ País Vasco 30 de septiembre de 2003 [JUR 2003, 251593]. Vid. STS 24 de junio de 1998 [RJ 1998, 5788].

posterioridad a la firma del finiquito²⁶⁵⁹. Lo anterior aun en el supuesto de que el documento haya incorporado clausula, en virtud de la cual, el empleado admite que con el pago de las cantidades que se establecen en el recibo del finiquito da por liquidadas todas las deudas que haya podido adquirir con la empresa con anterioridad a la fecha de efectos del despido.

Por tanto, el finiquito puede ser una vía lícita y correcta para recoger una determinada transacción. Pero para ello será necesario que se cumplan determinados requisitos²⁶⁶⁰: en primer lugar, debe quedar claro que a través de esta vía las partes mediante concesiones recíprocas están evitando o poniendo fin a un pleito –artículo 1809 del Código Civil–. En segundo lugar, el objeto al que se refiere la declaración debe estar expresado con suficiente determinación –artículo 1815.1 del Código Civil– sin que se puedan considerar válidas aquellas cláusulas de renuncia generales que comprenden derechos que no tienen relación con la disputa a la que ha de entenderse referida la transacción –artículo 1815.2 del Código Civil–. En tercer y último lugar, si la declaración se ha producido fuera de los cauces legalmente previstos para las conciliaciones laborales será necesario que exista una cierta incertidumbre en cuanto al resultado del litigio y una proporción en el sacrificio de los eventuales derechos indisponibles: *“ninguna de estas exigencias se cumple en el presente caso. La declaración de saldo y quita no previene, ni pone fin a un pleito; consiste en una cláusula genérica de renuncia, no se aprecia incertidumbre alguna y tampoco resultaría apreciable la proporcionalidad en las prestaciones”*²⁶⁶¹.

Los finiquitos son expresión de la libre voluntad de las partes²⁶⁶². Poseen eficacia liberatoria y extintiva definitiva en función del alcance de la declaración de voluntad que incorporan. Pero es posible que el documento no exteriorice esa intención o voluntad extintiva o liquidatoria o que su objeto no se encuentre detalladamente establecido, lo que hace que estos documentos se encuentren sujetos a las reglas de interpretación de los contratos del Código Civil²⁶⁶³.

En suma el finiquito es la manifestación externa de un mutuo acuerdo de las partes. Es *“expresión de un consentimiento, que, en principio, debe presumirse libre y conscientemente emitido y manifestado –por lo tanto sin vicios que lo invaliden–”* y recaído *“sobre la cosa y causa, que han de constituir el contrato”*, de acuerdo con el artículo 1262 del Código Civil. *“Esta eficacia jurídica liberatoria que, con carácter general, se atribuye al citado documento, no quiere decir que el mismo tenga, carácter «sacramental», de modo que se imponga aquella eficacia en todo caso, abstracción hecha de las circunstancias y condicionamientos que intervienen en su redacción”*. En efecto, el *“finiquito, sin perjuicio de su valor normalmente liberatorio –deducible, en principio, de la seguridad del tráfico jurídico e incluso de la buena fe del otro contratante– viene sometido como todo acto jurídico o pacto del que es emanación externa a un control judicial. Control que puede y debe recaer, fundamentalmente, sobre todos aquellos elementos esenciales del pacto previo –mutuo acuerdo, o en su*

²⁶⁵⁹ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, cit., p. 47.

²⁶⁶⁰ STS 28 de febrero de 2000 [RJ 2000, 2758].

²⁶⁶¹ STS 28 de febrero de 2000 [RJ 2000, 2758].

²⁶⁶² STSJ Castilla y León/Burgos 15 de noviembre de 2017 [JUR 2017, 309513] y STSJ Andalucía/Sevilla 7 de noviembre de 2017 [JUR 2018, 10463].

²⁶⁶³ STS 26 de junio de 2007 [RJ 2007, 6124] y STSJ de Cataluña 17 de diciembre de 2012 [AS 2013, 653].

*caso transacción– en virtud del cual aflora al exterior y es, con motivo de este examen e interpretación, cuando puede ocurrir que el finiquito pierda su eficacia normal liberatoria, sea por defectos esenciales en la declaración de la voluntad, ya por falta del objeto cierto que sea materia del contrato o de la causa de la obligación que se establezca (artículo 1261 CC) ya por ser contrario a una norma imperativa, al orden público o perjudique a terceros*²⁶⁶⁴.

9. Formalidades de tiempo: plazo para despedir y prescripción de las faltas laborales

El artículo 60.2 ET se refiere al plazo de prescripción de las faltas laborales. Se introduce así una acotación de tiempo en la facultad empresarial de ejercicio del poder disciplinario. El propósito es garantizar la seguridad jurídica y una cierta permanencia al trabajador. Se entiende que si el empleador, conocedor de la consumación de una falta sancionable por el empleado no ejercita inminentemente su poder disciplinario, es porque no tiene voluntad de exteriorizar sanción alguna lo que configura en el trabajador la certeza de que no podrá ser objeto sorpresivo de sanción.

El artículo citado pretende limitar –de conformidad con el principio de buena fe y la seguridad jurídica– la aptitud del empresario de sancionar al empleado por la ejecución de acciones punibles. Al no ejecutarse la potestad disciplinaria durante el período de tiempo que la normativa laboral concede ya no podrá hacerse en un momento posterior. Se deduce que si el empleador no impone con inmediatez la pena o sanción que corresponda la falta queda sin represalia. Sancionarla una vez se haya excedido el plazo de tiempo convenido sería un retraso desleal que habrá constituido en el trabajador la confianza legítima de que no se persigue sancionar su conducta. Si posteriormente se decidiese sancionar al trabajador se estaría actuando *contra factum proprium venire*²⁶⁶⁵ –es decir, imposibilidad de adoptar un comportamiento contradictorio²⁶⁶⁶–. Nunca podrá establecerse lapso temporal de control perpetuo, imperecedero o inagotable no sólo por la propia dicción de la normativa laboral sino por razones de seguridad jurídica para el propio trabajador al que no se podrá colocar en permanente situación de posible sanción por acciones lejanas en el tiempo.

Sobre los plazos de prescripción de las faltas, la jurisprudencia viene refiriéndose a una “*prescripción corta*” en relación con los 10, 20 o 60 días de prescripción de las faltas leves, graves o muy graves contadas a partir de la fecha en el que la empresa tuvo conocimiento de su comisión; y a una “*prescripción larga*” en relación con el plazo de los seis meses de haberse cometido; ambas prescripciones sin exclusión de los días inhábiles. La consumación de una falta por el trabajador origina la apertura de un plazo de 6 meses para poder ser sancionada debiendo actuar el empresario dentro del plazo de la prescripción corta que computa desde que se tiene conocimiento de la desobediencia cometida. De este modo, el legislador fija –en lo que a las faltas muy graves se refiere que son las que pueden justificar un despido y de acuerdo con el principio de proporcionalidad que rige en el ámbito del poder

²⁶⁶⁴ STS 28 de febrero de 2000 [RJ 2000, 2758].

²⁶⁶⁵ RABANAL CARBAJO, P. F: “La prescripción de las faltas laborales en la última jurisprudencia”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., pp. 287 y 288.

²⁶⁶⁶ STSJ Aragón 16 de enero de 2017 [JUR 2017, 27020] o STSJ Extremadura 10 de noviembre de 2015 [JUR 2015, 291398].

disciplinario empresarial– dos plazos: el de prescripción corta y el de prescripción larga²⁶⁶⁷.

En cuanto a las dificultades que el establecimiento de dos plazos prescriptivos origina –plazos prescriptivos distintos pero de cómputo solapado– debe comenzarse con la fijación del *dies a quo* en una contingencia tan sumamente subjetiva y personal como es el conocimiento por parte de la empresa de la falta consumada por el trabajador. La prueba de este conocimiento puede ser exageradamente complicada al ser un elemento intangible y etéreo que no puede ser reconocido en sí mismo y que tan solo puede deducirse a través de la manifestación realizada por quien en efecto posee o adquiere dicho conocimiento. Sin embargo, el mayor de los problemas se localiza en el plazo de la prescripción larga, ya que una parte de las faltas que van a realizar los trabajadores –y nos referimos a una pequeña cantidad de infracciones pero de vital calidad al suponer perjuicios graves a la empresa– van a quedar indemnes por el transcurso del plazo de prescripción larga que para ciertas acciones es excesivamente breve²⁶⁶⁸. De acuerdo con lo manifestado resaltar una serie de matizaciones²⁶⁶⁹:

— Por lo que se refiere a la prescripción corta:

El *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción corta no comienza por el menoscabo sufrido por la empresa sino desde el conocimiento de la conducta sancionable –ya sea por la empresa en sí o por el titular de las facultades sancionadoras²⁶⁷⁰–. Conocimiento que no ha de ser “*superficial, genérico o indiciario*”²⁶⁷¹ de la falta cometida sino que requiere un conocimiento “*pleno, cabal y exacto*”²⁶⁷². La jurisprudencia estima que el término “*conocimiento*” al que alude el artículo 60.2 ET es sinónimo de convicción o certeza suficiente en cuanto a los hechos y a las circunstancias relevantes para asignarles el carácter de gravedad requerido. Se exige no solo un conocimiento muy depurado en cuanto a los hechos –para que pueda comenzar a computarse el plazo de la prescripción– sino que además debe conocerse por quienes en la configuración empresarial se responsabilizan del régimen disciplinario²⁶⁷³.

Si para este conocimiento completo de los hechos se requiere la previa instrucción de un expediente contradictorio, es lícito que se produzca la suspensión del cómputo de prescripción de la falta siempre que el expediente sea conocido formalmente por el afectado²⁶⁷⁴. Pero si el convenio no decreta la instrucción del

²⁶⁶⁷ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al*: *Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 977.

²⁶⁶⁸ RABANAL CARBAJO, P. F.: “La prescripción de las faltas laborales en la última jurisprudencia”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al*: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., pp. 288 y 289.

²⁶⁶⁹ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al*: *Extinción del contrato de trabajo*, cit., pp. 977 y ss.

²⁶⁷⁰ STSJ Castilla-La Mancha 12 de febrero de 2002 [AS 2002, 1820].

²⁶⁷¹ STS 19 de junio de 2002 [RJ 2002, 8522]. *Vid.* STSJ Asturias 22 de junio de 2012 [AS 2012, 2567] o STSJ Andalucía/Sevilla 22 de noviembre de 2017 [JUR 2018, 11899].

²⁶⁷² STS 22 de mayo de 1996 [RJ 1996, 4607]. *Vid.* STSJ 16 de octubre de 2017 [JUR 2017, 278933] y STSJ Extremadura 8 de junio de 2017 [JUR 2017, 176907].

²⁶⁷³ RABANAL CARBAJO, P. F.: “La prescripción de las faltas laborales en la última jurisprudencia”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al*: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 297.

²⁶⁷⁴ STS 25 de enero de 1996 [RJ 1996, 199].

expediente sino un simple preaviso al empleado al que se va a sancionar, no existe interrupción de la prescripción de la falta: simplemente no se incluirán aquellos días de preaviso en el plazo de prescripción²⁶⁷⁵.

Al problema de la inadvertencia de determinadas faltas –por excederse el período de prescripción larga– se une la dificultad del *dies a quo* del plazo de prescripción corta pudiendo derivarse a una arriesgada doctrina que permite que mixtificando ambos plazos –prescripción corta y larga– se pueda reescribir la ley sometiendo las faltas laborales a un único plazo prescriptivo cuyo *dies a quo* computaría desde el momento en que la empresa tiene conocimiento cabal y exacto del ilícito. Esta proyección puede observarse en dos construcciones jurídicas *ad hoc* como son la falta clandestina u ocultación y la falta continuada²⁶⁷⁶.

En las denominadas faltas clandestinas –las que se comenten fraudulentamente, ocultándolas y eludiendo los controles del empresario– el cómputo de la prescripción corta no se inicia hasta que el empresario tenga conocimiento de los hechos y pueda ejercer las facultades disciplinarias²⁶⁷⁷. La ocultación no requiere ineludiblemente actos positivos: basta para que no empiece a computarse la prescripción que el cargo que desempeña el infractor obligue a la vigilancia y denuncia de la falta cometida. El estar de modo continuo gozando de una confianza especial de la empresa que sirve para la ocultación de la propia falta –de por sí– constituye una falta continua de lealtad que impide –mientras perdura– que se inicie el cómputo de la prescripción²⁶⁷⁸. Al amparo de lo argumentado y aun habiendo transcurrido un período de tiempo superior a los seis meses desde la fecha de comisión de la falta ciertamente se puede actuar contra la misma²⁶⁷⁹: como hemos mencionado la ocultación del acto cometido constituye una falta continua en el tiempo.

Cuando se trata de faltas continuadas su composición viene exigiendo una unidad de propósito y una permanente vulneración de determinados bienes jurídicos de la misma o análoga naturaleza²⁶⁸⁰, o una cadena de hechos tendentes a la finalidad de obtener un beneficio o ventaja con evidente perjuicio para los intereses de la empresa²⁶⁸¹ y que se considera como un solo hecho a efectos de sanción²⁶⁸². Por tanto, para el inicio del cómputo del plazo corto de prescripción no se puede prestar atención a actuaciones precisas y aisladas del trabajador sino que es necesario hacerlo el día que la empresa tuvo conocimiento del verdadero alcance de los hechos.

La interrupción de la prescripción de la falta no se instaura cuando el empresario –en lugar de sancionar– se limita a expedir avisos o despachar advertencias al empleado. Este comportamiento lo único que hace es demostrar que el empleador verdaderamente poseía conocimiento del incumplimiento laboral del trabajador y que no

²⁶⁷⁵ STS 19 de junio de 2002 [RJ 2002, 8522].

²⁶⁷⁶ RABANAL CARBAJO, P. F.: “La prescripción de las faltas laborales en la última jurisprudencia”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 289.

²⁶⁷⁷ STS 20 de marzo de 1996 [RJ 1996, 2304].

²⁶⁷⁸ STS 29 de septiembre de 1995 [RJ 1995, 6925].

²⁶⁷⁹ STSJ Madrid 14 de mayo de 2014 [AS 2014, 2829], STSJ Galicia 22 de junio de 2012 [AS 2012, 2567] y STSJ Cataluña 18 de junio de 2002 [JUR 2002, 225719].

²⁶⁸⁰ STS 17 de noviembre de 1986 [RJ 1986, 6459].

²⁶⁸¹ STS 14 de mayo de 1990 [RJ 1990, 4316].

²⁶⁸² STS 15 de julio de 2003 [RJ 2004, 5410].

lo sancionó²⁶⁸³. En cambio sí se detiene la prescripción de la falta cometida por el empleado cuando se haya consumado una acción penal relacionada con los mismos hechos sin que pueda iniciarse el nuevo cómputo del plazo de prescripción hasta que no haya finalizado el proceso penal pertinente: *“cuando el hoy recurrente impone la sanción de despido al trabajador aquí recurrido, dentro, también, de los 60 días siguientes a aquél en que tuvo conocimiento de la sentencia en que resultó condenado dicho trabajador como autor responsable de los hechos que le fueron imputados en la carta de despido no había prescrito el derecho que la ley le atribuye a imponer aquella sanción”*²⁶⁸⁴. Lo anterior conlleva que sea factible argumentar que el nuevo cómputo no comience hasta que el proceso penal concluya²⁶⁸⁵. En efecto, *“cuando se trata de hechos cuya autoría no está bien determinada por la lógica precaución de los autores y existe un procedimiento criminal encaminado a su averiguación, en el que la investigación se dirige contra varias personas, no cabe presumir abandono del ejercicio de la facultad sancionadora por el hecho de que la empresa espere a conocer los resultados de la investigación criminal, de modo que el cómputo del plazo de la prescripción de las faltas comienza cuando concluye la misma”*²⁶⁸⁶.

— Por lo que se refiere a la prescripción larga:

El *dies a quo* del cómputo de la llamada prescripción larga se inicia a raíz de la comisión de la falta. Sin embargo, para las faltas continuadas el día inicial del plazo largo de la prescripción se inicia desde la comisión del último acto ilícito cometido que completa la entidad total de la infracción²⁶⁸⁷. Con otras palabras: *“en el momento en que el trabajador decide el abandono voluntario de su conducta infractora y no con referencia a actos aislados que manifiesten la misma”*²⁶⁸⁸. Algo equivalente sucede en las denominadas faltas clandestinas en donde los tribunales vienen comprendiendo que el inicio de la prescripción larga lo es también a partir de la fecha en que la empresa tuvo conocimiento de la realización del hecho como si de la prescripción corta se tratase: el trabajador *“teniendo a su cargo la realización y el control de las operaciones en cuentas de los clientes del banco”* realizó *“disposiciones y transferencias irregulares de las que la empresa no tuvo conocimiento hasta que el 10 de junio de 2000”* se interpuso una *“queja de un cliente”* que impulsó *“el inicio de las actuaciones pertinentes por el banco”* para la averiguación de lo ocurrido y *“que concluyeron el 28 de septiembre de 2000, produciéndose el despido el 27 de octubre siguiente”*. En efecto, desde *“que la empresa tuvo la primera noticia de los hechos”* hasta *“la fecha del despido”* no habían transcurrido *“6 meses, ni tampoco los 60 días a los que alude el artículo 60.2 ET”*. En otros términos, *“desde que la empresa tuvo cabal conocimiento de lo ocurrido hasta el despido, es decir, desde el 28 de septiembre de 2000 al 27 de octubre del mismo año”* no había transcurrido el plazo de prescripción²⁶⁸⁹.

Lo cierto es que la postura jurisprudencial se encuentra unificada por doctrina del Tribunal Supremo que ha estimado que la regla de partida para el cómputo del plazo

²⁶⁸³ ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) et al: *Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 277.

²⁶⁸⁴ STS 24 de septiembre de 1992 [RJ 1992, 6809].

²⁶⁸⁵ STS 3 de diciembre de 1985 [RJ 1985, 6042].

²⁶⁸⁶ STSJ Murcia 7 de julio de 2014 [JUR 2014, 280632].

²⁶⁸⁷ STS 14 de mayo de 1990 [RJ 1990, 4316].

²⁶⁸⁸ STS 7 de noviembre de 1990 [RJ 1990, 8558].

²⁶⁸⁹ STS 25 de julio de 2002 [RJ 2002, 9526].

largo de prescripción es la establecida legalmente: por tanto, comienza a contar desde que se cometió la falta y no desde que la empresa tuvo conocimiento de la misma. Pero aplicar esta previsión normativa en su literalidad haría imposible la persecución de determinadas acciones imputables como en las citadas faltas continuadas u ocultadas por el propio trabajador beneficiándose de las facultades otorgadas por su situación personal en la empresa. Lo que ha hecho la jurisprudencia en estos casos excepcionales no es modificar la regla legal del cómputo, pues no puede hacerlo en atención al principio constitucional de legalidad –artículo 117.1 CE–, sino aplicar las previsiones legales para entender que el día en que se cometió la falta fue aquel en el que se consumó la última o en que cesó la deslealtad en que se traducían la ocultación. La jurisprudencia no ha modificado la regla legal aunque sí que la ha acomodado a las circunstancias de cada caso para aceptar que mientras la falta se esté cometiendo –por continuada o por ocultada– la apreciación por el empresario de su comisión constituye el momento inicial del plazo: desde ese instante la falta ya es patente y debe sancionarse –el plazo comienza a computar desde que tiene conocimiento el órgano de la empresa que posea facultad de sancionar siendo indiferente que conocieran la falta otros trabajadores o jefes si no tienen facultad punitiva²⁶⁹⁰–. Esta previsión legal es aplicada siempre que el trabajador siga ocultando o cometiendo la falta; en caso contrario, el plazo de los seis meses computa desde la última falta cometida –en caso de falta continuada– o desde que cesó la ocultación –caso de faltas ocultadas–²⁶⁹¹.

— Por lo que se refiere a la prescripción corta y larga:

El conocimiento por el empresario de la comisión de la falta al poco tiempo de que prescriba el plazo de prescripción larga –verbigracia, a los 5 meses y 25 días– provoca el interrogante respecto a si finaliza a los seis meses –prescripción larga– o por el contrario se produce la apertura del período de 20, 30 y 60 días –prescripción corta–. Al respecto, existen opiniones doctrinales diversas²⁶⁹². Por nuestra parte entendemos que los plazos actúan independientemente por lo que una vez se tenga constancia de la falta cometida dentro del plazo largo –por lo tanto, lo importante es la fecha de conocimiento– comienza el cómputo del plazo de prescripción corta en su totalidad: 20, 30 o 60 días. No obstante, se aconseja que antes de que finalice el plazo de 6 meses se ponga en conocimiento del empleado el inicio de las indagaciones o averiguaciones sobre la falta cometida –con acuse de recibo–.

En resumen nuestro ordenamiento jurídico establece un sistema sustentado en tres componentes con los que determinar el tiempo máximo para el ejercicio concreto del poder sancionador empresarial: a) el tiempo al que nos referimos opera en términos prescriptivos; b) existe un plazo de prescripción que comienza cuando el empleador es conocedor de la transgresión consumada por el empleado denominado “*prescripción*”

²⁶⁹⁰ CEBRIÁN CARRILLO, A.: “Las prescripciones de las faltas laborales”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 381.

²⁶⁹¹ STS 15 de julio de 2003 [RJ 2004, 5410].

²⁶⁹² Vid. CEBRIÁN CARRILLO, A.: “Las prescripciones de las faltas laborales”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., pp. 382 y ss.

corta”; y c) existe plazo de prescripción más amplio y doblegado al anterior que acontece desde la comisión del ilícito denominado “*prescripción larga*”²⁶⁹³.

Adentrándonos en las faltas clandestinas los hechos han sido consumados con ocultación cuando “*el cargo que desempeña el infractor obligue a la vigilancia y denuncia de la falta cometida, y no los haya denunciado*” por ostentar, en el período en que llevó a cabo las faltas, “*los cargos de director de sucursal e interventor, que encajan claramente en el supuesto dicho*”²⁶⁹⁴. Para comprender mejor el concepto de actuación debemos de atender a los siguientes criterios: 1) en los supuestos de despidos por transgresión de la buena fe contractual o abuso de confianza por faltas clandestinas, la fecha en que se inicia el plazo de prescripción establecido en el artículo 60.2 ET, no es aquel en que la empresa tiene un conocimiento superficial, genérico o indiciario de las faltas cometidas, sino que se debe fijar en el día en que la empresa tenga un conocimiento cabal, pleno y exacto de los mismos; 2) se ha de entender que ese conocimiento lo tiene o adquiere la empresa cuando el mismo llega a un órgano con facultades sancionadoras o inspectoras; 3) la ocultación de las faltas fraudulentas que eluden los posibles controles del empresario no requiere de actos positivos; basta para que no empiece a computarse la prescripción que el cargo que desempeña el infractor obligue a la vigilancia y denuncia de la falta cometida. Es obvio que cuando se goza de una especial confianza en la empresa que se utiliza para ocultar el propio incumplimiento se comete una falta continua de lealtad que impide que se inicie el cómputo de la prescripción. La sensación es que existen ocasiones en las que no tiene sentido distinguir los plazos de prescripción largo y corto por debatirse simplemente la fecha en que se inicia el plazo de prescripción establecido en el artículo 60.2 ET²⁶⁹⁵.

Cuando se comete un incumplimiento contractual grave –de por sí merecedor de despido– y se oculta también se está cometiendo una desobediencia merecedora de sanción grave debido a la facultad de ocultación del empleado. La lógica nos muestra que el sujeto que comete una falta no suele ser quien denuncia su propia comisión –aun cuando sean sus funciones–. En la sanción por la falta cometida se incluye el hecho de que el transgresor, además de perpetrar la falta, no la denunció. En el Derecho Penal cuando sucede lo contrario se aminora la sanción considerando la existencia de atenuantes. En otros términos, es un principio confirmado que el auto-encubrimiento resulta impune²⁶⁹⁶.

Pero la consecuencia de la ocultación no es imposibilitar que se inicie el cómputo de la prescripción de la falta porque realmente es la falta de ocultación –no la falta ocultada sino el acto de ocultarla– la que se sigue consumando como falta continuada. Es por este motivo por lo que habrá que prestar especial interés a la carta de despido para confrontar si la conducta imputada es la falta ocultada, la falta de ocultación o ambas²⁶⁹⁷.

²⁶⁹³ RABANAL CARBAJO, P. F.: “La prescripción de las faltas laborales en la última jurisprudencia”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 288.

²⁶⁹⁴ STS 11 de octubre de 2005 [RJ 2005, 8007].

²⁶⁹⁵ STS 11 de octubre de 2005 [RJ 2005, 8007].

²⁶⁹⁶ RABANAL CARBAJO, P. F.: “La prescripción de las faltas laborales en la última jurisprudencia”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., pp. 290 y 291.

²⁶⁹⁷ *Ibidem*, p. 293.

Adentrándonos en las faltas continuadas –aunque ya lo hayamos mencionado– en estos casos el cómputo del plazo no comienza hasta que se cesa en la conducta –sin perjuicio de los numerosos problemas que se desarrollan a efectos de determinar lo que deba comprenderse por falta continuada, puesto que, aun repitiéndose una misma conducta, entre dos faltas sucesivas pueden existir lapsos de tiempo más o menos prolongados–. Pese a que el artículo 60 ET al establecer el plazo de prescripción largo estima que en todo caso operará la prescripción a los seis meses de haberse cometido las faltas, la jurisprudencia asiente que en los casos de faltas continuadas, ese plazo no empieza a computar hasta que se cesa en la conducta sancionable²⁶⁹⁸. Faltas continuadas que se caracterizan por la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que, respondiendo a un plan preconcebido o con aprovechamiento de análoga o idéntica ocasión, quebrantan uno o varios preceptos obedeciendo a una unidad de propósito, vulnerando bienes jurídicos de la misma o análoga naturaleza²⁶⁹⁹. Por otra parte, el plazo de prescripción corto no operaría hasta que se tenga discernimiento cabal de los hechos²⁷⁰⁰.

Existen incidentes de interrupción o suspensión del cómputo del plazo de la prescripción cuando surgen determinadas eventualidades de manera que la empresa puede sancionar las desobediencias de los trabajadores en los seis meses posteriores a la fecha en que se sucedieron las faltas. Debemos partir de la siguiente regla general: la comunicación escrita de la sanción impide la prescripción²⁷⁰¹. El régimen jurídico de la prescripción parece –en principio– acomodarse al derecho común lo que significaría que el cómputo se interrumpe por reivindicación judicial, extrajudicial o cualquier acto de reconocimiento –artículo 1973 del Código Civil–. La interrupción de la prescripción supone la imposibilidad de consolidar la misma –en referencia a la prescripción– de manera que se pierde el tiempo de prescripción ya transcurrido comenzado de nuevo en toda su extensión una vez cese la causa que motiva la interrupción –el nuevo cómputo se inicia desde cero–. Lo anterior partiendo de un principio interpretativo de minoración del sistema interruptor de la prescripción y que forma parte de la buena fe.

En este sentido, el ejercicio de la acción ante un tribunal “*lleva a que el nuevo cómputo no comience hasta que el proceso penal concluya*”²⁷⁰². “*La prescripción de las acciones se interrumpe, entre otras causas, por su ejercicio ante los Tribunales, según disposición clara del artículo 1973 del Código Civil*”. En efecto, “*si la voluntad empresarial sancionadora se proyecta, inicialmente, y dentro del plazo establecido por el precepto laboral, en ejercitar la correspondiente acción penal, este ejercicio interrumpe el plazo de prescripción*”. El ejercicio de la acción “*ha de interrumpir la prescripción*” lo que lleva a que el nuevo cómputo no comience hasta que el proceso concluya. Una vez que este proceso concluya por sentencia firme, “*comenzarán a correr ambos plazos de prescripción, larga y corta, que han de entenderse hasta entonces interrumpidos*”²⁷⁰³. Verbigracia, “*si el auto del Tribunal Supremo se notificó a la demandada el 1 de febrero de 2007, el expediente disciplinario se incoa el 5 de febrero de 2007 y el 19 de febrero siguiente se le comunica el despido, es manifiesto*

²⁶⁹⁸ STS 12 de marzo de 1990 [RJ 1990, 2057].

²⁶⁹⁹ STSJ Madrid 14 de noviembre de 2006 [AS 2007, 631].

²⁷⁰⁰ STSJ Asturias 8 de abril de 1994 [AS 1994, 1540].

²⁷⁰¹ CEBRIÁN CARRILLO, A.: “Las prescripciones de las faltas laborales”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 385.

²⁷⁰² STS 24 de septiembre de 1992 [RJ 1992, 6809].

²⁷⁰³ STSJ Castilla y León/Valladolid 21 de abril de 2010 [AS 2010, 1854]. En el mismo sentido, STS 24 de septiembre de 1992 [RJ 1992, 6809].

que no había transcurrido el plazo de prescripción corta de 60 días del artículo 60.2 ET,²⁷⁰⁴.

Sin embargo, la doctrina en la materia ha sido modificada y unificada por la jurisprudencia para supuestos de expedientes contradictorios²⁷⁰⁵. Doctrina jurisprudencial que puede resumirse en los siguientes términos²⁷⁰⁶: para descontar del período prescriptivo el tiempo necesario para evacuar la incoación de un expediente disciplinario que sea preceptivo por imperativo legal o convencional, la jurisprudencia se inclina por la “suspensión del mencionado plazo prescriptivo, de tal manera que del mismo se descuenten los días invertidos en aquel trámite, en vez de acudir a la «interrupción» a la que se refiere el artículo 1973 del Código Civil para la prescripción de las acciones, en cuyo caso el plazo de prescripción, una vez interrumpido, habría de comenzar a computarse de nuevo en toda su extensión. Se opta por la aludida solución suspensiva y no interruptiva, entre otras razones, porque el plazo de prescripción del artículo 60.2 ET es propiamente de prescripción de faltas y no de prescripción de acciones, siendo en cambio esto último lo que contempla el artículo 1973 del Código Civil”. En el mismo sentido, reiterada jurisprudencia²⁷⁰⁷, “interpretando el plazo de prescripción larga de las faltas muy graves, de seis meses, contemplado en el artículo 60.2 ET, ha flexibilizado el rigor de la aplicación de este instituto, cuando se haya tramitado un expediente contradictorio”. En estos supuestos, cuando se haya tramitado un expediente previo para realizar una correcta averiguación de los hechos antes de la imposición de la sanción, “aun cuando hubiese recaído transcurrido el plazo de prescripción larga, no se aprecia esta prescripción, salvo que se aprecie que ha existido una dilación indebida en la tramitación del expediente”²⁷⁰⁸. “En el supuesto que nos ocupa, la tramitación de expediente, que terminó por la imposición de la sanción, tan sólo se ha excedido en menos de dos meses, respecto del plazo convencional de la prescripción larga para las faltas muy graves, por lo que no se aprecia una dilación indebida, ni una pasividad de la parte demandada”²⁷⁰⁹. En el supuesto que nos ocupa “era preceptivo proceder a la apertura de expediente contradictorio” lo que “produce el efecto de interrumpir el plazo de prescripción mientras dura la tramitación del mismo”, conforme al cual, “el plazo de prescripción corta para la imposición de sanciones y despidos disciplinarios de trabajadores sindicados se suspende durante el tiempo invertido en el trámite de audiencia previa a los delegados sindicales, reanudándose el cómputo del plazo de prescripción tras la finalización de dicho trámite por lo que reste de dicho plazo”²⁷¹⁰. Esta jurisprudencia se desliga del régimen jurídico de la prescripción para apreciar que en estos supuestos de

²⁷⁰⁴ STS 9 de febrero de 2009 [RJ 2009, 1714].

²⁷⁰⁵ STS 31 de enero de 2001 [RJ 2001, 2136]. Dos son las opciones posibles: “una opción es la suspensión de dicho plazo de prescripción mediante el descuento de los días invertidos en el trámite, y la otra es la interrupción del mismo propiamente dicha, empezando de nuevo su cómputo, al modo de la prescripción de acciones del artículo 1973 del Código Civil”. La segunda de las opciones “no convence por dos razones; una es que los plazos de prescripción del artículo 60.2 ET no son en realidad plazos de prescripción de acciones sino plazos de prescripción de faltas; y la otra es que, de admitir tal tesis, el empresario que demorare injustificadamente el cumplimiento de dicho trámite conseguiría la ventaja innecesaria de la reapertura del plazo de prescripción completo”.

²⁷⁰⁶ STS 6 de marzo de 2001 [RJ 2001, 3169].

²⁷⁰⁷ STS 31 de enero de 2001 [RJ 2001, 2136] y STS 25 de julio de 2002 [RJ 2002, 9526].

²⁷⁰⁸ STS 15 de julio de 2003 [RJ 2004, 5410].

²⁷⁰⁹ STSJ Andalucía/Sevilla 13 de mayo de 2009 [AS 2009, 126].

²⁷¹⁰ STSJ Galicia 14 de diciembre de 2010 [AS 2011, 744].

incoación de expediente contradictorio se trata de un efecto suspensivo –propio del régimen de caducidad– y no de interrupción de la prescripción²⁷¹¹.

El conocimiento de la carga de la prueba de la prescripción –que como acción y efecto de conocer resulta ciertamente subjetiva– ha de practicarse en el interior de un proceso sancionador en el que se localizan reglas probatorias precisas. En concreto, el trabajador deberá probar los hechos que aparentemente y desde un punto de vista objetivo revelen la situación de conocimiento por parte del empresario que, a su vez, deberá acreditar los hechos que le han impedido, dificultado o retrasado el conocimiento de los mismos²⁷¹². En efecto, recae sobre el trabajador acreditar que la falta ha prescrito planteándose la cuestión en instancia²⁷¹³. El empleado que invoca la prescripción es quién debe aportar mecanismos probatorios adecuados con el fin de acreditar que la mercantil disfrutaba del conocimiento pertinente de la falta; y la empresa, en virtud de artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, deberá presentar pruebas para demostrar que el conocimiento se produjo en fecha que haga inservible la prescripción de la falta. Lo anterior teniendo presente el momento en el que se produce el conocimiento por la empresa; cuándo este conocimiento puede ser considerado verdaderamente suficiente; y quién –de los diversos sujetos que posee la representación empresarial– alcanza ese conocimiento efectivo²⁷¹⁴.

Por otro lado, existen singularidades y particularidades en el despido de empleados públicos: en estos casos, el plazo hábil para la imposición de la sanción del despido se incrementa cuantiosamente cuando actúa en el marco de las relaciones laborales especiales de empleo público. A ello se refiere el artículo 97 EBEP que fija al efecto un plazo unitario de 3 años. En concreto, dispone el precitado artículo lo siguiente: *“las infracciones muy graves prescribirán a los 3 años, las graves a los 2 años y las leves a los 6 meses; las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los 3 años, las impuestas por faltas graves a los 2 años y las impuestas por faltas leves al año. El plazo de prescripción comenzará a contarse desde que la falta se hubiera cometido, y desde el cese de su comisión cuando se trate de faltas continuadas. El de las sanciones, desde la firmeza de la resolución sancionadora”*.

En caso de estimarse la existencia de prescripción de la falta por el órgano judicial, el despido practicado será declarado improcedente al no poderse sancionar lo que ya ha prescrito –aún en el supuesto de que se haya probado la existencia de las faltas, así como la gravedad y culpabilidad del trabajador–.

10. Defectos de forma y nuevo despido

10.1 Rectificaciones de defectos formales

Con anterioridad a la reforma laboral de 1994 –realizada por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los

²⁷¹¹ RABANAL CARBAJO, P. F.: “La prescripción de las faltas laborales en la última jurisprudencia”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., pp. 301 y ss.

²⁷¹² STS 16 de diciembre de 1987 [RJ 1987, 8955].

²⁷¹³ STS 27 de octubre de 1987 [RJ 1987, 7208].

²⁷¹⁴ RABANAL CARBAJO, P. F.: “La prescripción de las faltas laborales en la última jurisprudencia”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., pp. 299 y 300.

Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social— la inadvertencia de los requisitos de forma —impuestos por la legislación— llevaba aparejada la declaración de nulidad del despido de modo que el empresario venía obligado a readmitir al trabajador sufragando los salarios correspondientes al período de tramitación. Pero ya se le reconocía al empresario *ex lege* la facultad de proceder a la corrección de defectos formales después de dictar sentencia en la que declarara el despido nulo e incluso antes de recaer esta sentencia²⁷¹⁵. La reforma precitada introdujo de forma explícita en nuestro ordenamiento jurídico una segunda oportunidad de subsanación precisando los presupuestos y los efectos aparejados de esa corrección²⁷¹⁶.

La legislación actual otorga dos oportunidades con las que subsanar las deficiencias de forma que se hayan cometido durante el procedimiento de despido con el fin de que el empresario pueda contar con una nueva ocasión con la que extinguir la relación laboral —esta vez conforme a derecho— ocasionando la ruptura definitiva del contrato de trabajo por las causas disciplinarias recogidas en el ET.

10.1.1 Primera oportunidad

El artículo 55.2 ET establece que *“si el despido se realizara inobservando lo establecido en el apartado anterior, el empresario podrá realizar un nuevo despido en el que cumpla los requisitos omitidos en el precedente. Dicho nuevo despido, que solo surtirá efectos desde su fecha, solo cabrá efectuarlo en el plazo de veinte días, a contar desde el siguiente al del primer despido”*²⁷¹⁷.

El propósito del precepto no es otro que el de favorecer legalmente al empresario eludiendo la declaración judicial de improcedencia del despido por incumplimiento de exigencias formales. De la sola literalidad del artículo se exterioriza que este precepto trata de regular aquella situación en la que se puede situar un empresario que después de despedir a un trabajador considera —por sí mismo o después del oportuno asesoramiento jurídico— que el despido se realizó sin atender a las formalidades de causación, escritura o procedimiento requeridos por el artículo 55.1 ET²⁷¹⁸. La conclusión a la que se llegaría —necesariamente— a partir de un despido producido sin los requisitos formales que dicho precepto exige, sería declarar dicho despido como improcedente, de conformidad con las previsiones estatutarias contenidas en el apartado 4 *in fine* del indicado artículo 55 ET. Con esta facultad de enmendar la situación el legislador ha pretendido dar al empleador la posibilidad de subsanar los defectos formales cometidos por su propia actuación²⁷¹⁹.

Que técnicamente el despido encaminado en vía de subsanación de otro anterior a corregir defectos u omisiones relativos a solemnidades prescritas por la ley como

²⁷¹⁵ STS 3 de octubre de 1989 [RJ 1989, 7102].

²⁷¹⁶ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, cit., pp. 57 y 58.

²⁷¹⁷ Vid. MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Artículo 55. Forma y efectos del despido disciplinario”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al*: *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 782.

²⁷¹⁸ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 71.

²⁷¹⁹ STS 10 de noviembre de 2004 [RJ 2004, 8010].

mínimas o indispensables tenga la consideración de nuevo despido no quiere decir que en lo material no sea un verdadero acto de subsanación. Lo que la ley persigue al insistir en su carácter de nuevo despido, “no es desvirtuar o ignorar la real naturaleza de las cosas, sino inmunizar la situación jurídica del trabajador, que hasta la subsanación se encuentra ilegalmente agredida, frente a los virtuales efectos de esta agresión, para que la misma no los genere sino a partir del momento en que cumpla con toda puntualidad las exigencias legales de forma”²⁷²⁰.

El ET le concede al empresario una primera oportunidad con la que poder corregir los vicios formales cometidos al efectuar el primer despido dentro del improrrogable plazo de veinte días naturales –plazo de naturaleza civil²⁷²¹ y no procesal²⁷²². Esta brevedad del plazo pretende solucionar los problemas de inseguridad evitando demoras en el procedimiento²⁷²³. Este segundo despido solo surte efectos desde su fecha²⁷²⁴. Es conveniente destacar que²⁷²⁵: a) Este plazo es de caducidad –al pertenecer al orden público expresado por norma imperativa– y no prescriptivo. Se trata de un plazo de caducidad que tiene establecido un límite insuperable de veinte días que no es posible sobrepasar ni subsanar al concebirse en una norma que puede considerarse de orden público por la finalidad garantista que la preside²⁷²⁶. De lo contrario sería hacer heterogéneo lo que es homogéneo²⁷²⁷. Si la corrección de los defectos formales se producen dentro del plazo, se comprende que estamos ante un segundo despido contra el que, en su caso, tendrá que reaccionar el trabajador mientras que si la subsanación se produce fuera de dicho plazo no tendrá ningún valor como nuevo despido y habrá que estar al primero con todos sus efectos negativos para el empleador²⁷²⁸. b) No se excluyen los días inhábiles (por lo que computan sábados y domingos). Al constituirse como plazo civil y no procesal es doctrina jurisprudencial unificada que de su cómputo no se excluyen los días inhábiles²⁷²⁹. c) Ya no cabe la subsanación de defectos formales del primer despido hasta la presentación de la demanda.

Continuando con la primera oportunidad de subsanación del despido, el empresario debe transmitirle al trabajador su intención de privar de todo efecto el primer despido realizado inapropiadamente para volver a extinguir la relación laboral por los mismos hechos –primera oportunidad de volver a despedir– cursando previamente todos los trámites y formalidades normativas con objeto de que el despido

²⁷²⁰ STSJ Asturias 27 de octubre de 1995 [AS 1995, 3643].

²⁷²¹ STS 10 de noviembre de 2004 [RJ 2004, 8010].

²⁷²² ARUFE VARELA, A.: “Tres apuntes acerca del plazo para la realización de un nuevo despido previo con defectos de forma”, en GÁRATE CASTRO, J. (Coord.) *et al*: *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario: estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor “honoris causa” por la Universidad de Santiago de Compostela*, cit., p. 125.

²⁷²³ GOERLICH PESET, J. M^º.: *La extinción del contrato de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, p. 95.

²⁷²⁴ TOLOSA TRIBIÑO, C.: *Despido: comentarios, jurisprudencia, formularios*, cit., p. 102.

²⁷²⁵ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al*: *Extinción del contrato de trabajo*, cit., pp. 1005 y ss.

²⁷²⁶ STS 10 de noviembre de 2004 [RJ 2004, 8010].

²⁷²⁷ STSJ Aragón 6 de junio de 1995 [AS 1995, 2571]. También, MELLA MÉNDEZ, L.: *La formalización del despido disciplinario. Un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 489.

²⁷²⁸ ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al*: *Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 288.

²⁷²⁹ GÓMEZ CABALLERO, P.: “El despido disciplinario: aspectos relativos a su formalización y calificación”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 1996, pp. 479 y ss.

disciplinario pueda conceptuarse válido. Al empresario se le exige que apure todos los medios que se encuentren a su alcance para poner en conocimiento del trabajador la intención de privar de todo efecto el primer despido dejando constancia expresa de que está corrigiendo las imperfecciones de forma cometidas que privaría de validez al mismo²⁷³⁰. Ciertamente el empresario al desarrollar este segundo despido está reconociendo la incorrección formal del primer despido²⁷³¹. Antes de comenzar a oficializar este segundo despido –primera oportunidad– y para mantener la ficción de entender que el contrato de trabajo se ha mantenido vivo hasta ese momento –sin solución de continuidad²⁷³²–, el empresario debe abonar los salarios pertinentes al período transcurrido desde la fecha de efectos del primer despido hasta el segundo, así como volver a dar de alta y cotización en la Seguridad Social por el período intermedio²⁷³³, o, al menos, debe existir testimonio del compromiso de efectuar tal abono con relativa inmediatez²⁷³⁴. En otros términos, al realizar este segundo despido que subsana el anterior *ante portas* de su revisión jurisdiccional, el empresario queda obligado a pagar al trabajador los citados salarios²⁷³⁵. El verdadero elemento revelador de la reconstrucción de la situación preexistente es la de abonar al trabajador los salarios devengados *medio tempore*: denominados así porque –realmente– no son de trámite al no haber sido iniciado proceso alguno con anterioridad o simultáneamente a la comunicación del nuevo despido²⁷³⁶. Lo anterior salvo que el empleado haya estado trabajando para otro empresario y el período cubierto por el nuevo empleo iguale, como mínimo, al de inactividad en la empresa que lo despidió pues en este caso no existiría perjuicio alguno²⁷³⁷. De ponerse a disposición del trabajador una cantidad inferior a la debida por error del cálculo estando el empresario dispuesto a pagar la cantidad debida las obligaciones del empresario se estiman cumplidas²⁷³⁸; pero si en esta incidencia el montante económico fuera meramente simbólico o existiera clara voluntad de resistencia a una verdadera satisfacción, las obligaciones del empresario se entenderían incumplidas²⁷³⁹. Por cierto, la renuncia del empleado a los salarios intermedios no afecta a la exigibilidad del ingreso de la cotización debida por el empresario, en tanto que la renuncia del trabajador solo vincula a quienes intervienen pero no a un tercero ajeno como es la Seguridad Social²⁷⁴⁰.

El empleador al consumir este segundo despido se le otorga la facultad de ampliar la motivación de la decisión extintiva para insertar hechos anteriores al primer

²⁷³⁰ STSJ Cataluña 13 de julio de 2001 [AS 2001, 3543].

²⁷³¹ MELLA MÉNDEZ, L.: *La formalización del despido disciplinario. Un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 486.

²⁷³² MURCIA CLAVERÍA, A.: *El despido en España: una perspectiva histórica*, cit., p. 37.

²⁷³³ Artículo 209.6 TRLGSS: “en los supuestos a los que se refiere el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores el empresario deberá instar el alta y la baja del trabajador y cotizar a la Seguridad Social durante el período correspondiente a los salarios de tramitación que se considerará como de ocupación cotizada a todos los efectos”.

²⁷³⁴ STSJ Cataluña 11 de julio de 1997 [AS 1997, 3082] y STSJ Canarias/Las Palmas 22 de marzo de 2002 [AS 2002, 2629].

²⁷³⁵ BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J.: *El despido o la violencia del poder privado*, cit., p. 109.

²⁷³⁶ SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, J.: *Los plazos en el proceso de despido disciplinario*, cit., p. 256.

²⁷³⁷ MELLA MÉNDEZ, L.: *La formalización del despido disciplinario. Un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 500.

²⁷³⁸ SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, J.: *Los plazos en el proceso de despido disciplinario*, cit., p. 257. MELLA MÉNDEZ, L.: *La formalización del despido disciplinario. Un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 498.

²⁷³⁹ STS 15 de noviembre de 1996 [RJ 1996, 8624].

²⁷⁴⁰ STS 7 de marzo de 1991 [RJ 1991, 2182].

despido –que no fueron mencionados o no se detallaron correctamente en el primer despido–²⁷⁴¹. Pero si decide añadir conductas y acciones reprochables cometidas con posterioridad, en este caso, nos encontraríamos ante un nuevo despido independiente del anterior que disfruta de autonomía y sustantividad propia, iniciándose los concernientes plazos de caducidad de la acción, en cada uno de ellos, a partir del momento en que se exteriorizó la voluntad de despedir²⁷⁴². Por tanto, si se trata de una carta de simple subsanación cuyo objetivo es, en términos del artículo 55.2 ET, cumplir con los requisitos omitidos en el precedente despido mediante la concreción escrita de los hechos que lo motivaron, es evidente que nos encontramos, a efectos de caducidad, ante un despido que, en su manifestación verbal, queda sin efecto por la posterior carta explicativa que lo anula. Es la razón por la que, en tales casos, el artículo 55 ET impone al empresario la obligación de poner a disposición del trabajador los salarios devengados en los días intermedios manteniéndole durante los mismos en alta en la Seguridad Social como si éste hubiera permanecido trabajando durante ese período. Pero si la segunda carta imputa al trabajador hechos posteriores a los que provocaron la primera decisión extintiva, es obvio que entonces no cabe hablar de subsanación de defectos formales ni de concreción de hechos, sino de un nuevo despido independiente del anterior: es un problema que, con independencia de la solución aplicable, no puede confundirse con el de la subsanación del primer despido por hechos producidos con anterioridad al mismo, porque en aquel supuesto ya no se trata de cumplir los requisitos omitidos en la primera comunicación, sino de invocar como causas de la extinción de la relación laboral unos incumplimientos que se habrían producido con posterioridad a que esa relación se haya declarado extinguida por un acto del propio empresario, lo que plantea cuestiones distintas en orden a la existencia de un eventual despido *ad cautelam* o de una readmisión expresa o tácita para despedir luego por una conducta del trabajador que se produce en un período cualificado por la ejecutividad de la primera decisión extintiva del empresario²⁷⁴³.

Por tanto, cuando el primer despido quedó consumado existiendo posteriormente una segunda misiva que amplía las razones para despedir no cabe reconducir este supuesto al artículo 55.2 ET²⁷⁴⁴.

Al margen de los supuestos de subsanación del despido defectuosamente formulado a los que se refiere el artículo 55.2 ET, la jurisprudencia ha admitido que se puede proceder a despedir al trabajador ya despedido por motivos posteriores a los consignados en la decisión extintiva mientras se halla *sub iudice* la calificación de tal medida adoptada por el empleador²⁷⁴⁵. Como comentábamos se trata, en este caso, de un despido formulado *ad cautelam* vinculado en su análisis y efectividad a la suerte que pueda correr el primero. Por ello, la jurisprudencia es contraria a la posibilidad de incorporar al despido disciplinario cartas ampliatorias en las que haga constar hechos posteriores. Como se ha dicho sólo cabe en esos casos proceder a un segundo despido que tendrá naturaleza *ad cautelam* –no olvidemos que este despido se ejecuta por

²⁷⁴¹ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, cit., pp. 59 y 60.

²⁷⁴² ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 1004.

²⁷⁴³ STS 14 de abril de 2000 [RJ 2000, 3957].

²⁷⁴⁴ ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al: Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 288.

²⁷⁴⁵ STSJ Madrid 22 de mayo de 2014 [JUR 2014, 205833] y STSJ Madrid 17 de marzo de 2017 [AS 2011, 1118].

hechos posteriores²⁷⁴⁶. Una buena estrategia procesal sería la de subsanar este primer despido –primera oportunidad– y si posteriormente ocurren nuevos hechos proyectar otro despido –por estos últimos sucesos– con naturaleza *ad cautelam*.

Esta oportunidad de un segundo despido del artículo 55.2 ET es distinta a aquella en que, despedido el trabajador de forma incorrecta, el empleador en fase de conciliación readmite al trabajador para depurar responsabilidades laborales volviéndolo a despedir a continuación. Y es que una vez reincorporado el trabajador a su puesto de trabajo la primera acción de despido se ha agotado y los efectos del primer despido han desaparecido por lo que la actividad posterior tendente a despedir no entraña una subsanación del despido precedente: “*no nos encontramos aquí ante una relación de trabajo ilícitamente extinguida por causa de un acto de despido incorrectamente formalizado, sino ante una relación de trabajo restablecida mediante la decisión de revocación del despido adoptada por el empresario y aceptada por el trabajador*”. En efecto una vez reincorporado el trabajador a su puesto de trabajo, “*la primera acción de despido se ha agotado y los efectos del primer despido han desaparecido, por lo que la actividad posterior tendente a despedir no entraña una subsanación del despido precedente*”²⁷⁴⁷.

Este nuevo despido al que se refiere el artículo 55.2 ET surte efectos desde su fecha. Es decir el nuevo despido produce el cese desde que se comunica²⁷⁴⁸. Cuestión fuertemente relacionada con la determinación del *dies a quo* para el cómputo de plazo del ejercicio de la acción para impugnar este segundo despido²⁷⁴⁹.

10.1.2 Segunda oportunidad

De acuerdo con el artículo 110.4 LRJS cuando “*el despido fuese declarado improcedente por incumplimiento de los requisitos de forma establecidos y se hubiese optado por la readmisión, podrá efectuarse un nuevo despido dentro del plazo de siete días desde la notificación de la sentencia. Dicho despido no constituirá una subsanación del primitivo acto extintivo, sino un nuevo despido, que surtirá efectos desde su fecha*”. De esta manera se le brinda al empresario una segunda oportunidad de subsanación de vicios de forma que será considerado un nuevo despido²⁷⁵⁰ –ambas oportunidades se prevén de forma acumulativa y no alternativa²⁷⁵¹–. Este despido, por una parte, constituye un negocio extintivo completamente nuevo y distinto del primitivo e ineficaz que no por el hecho de corregir los defectos que poseía lo reconstruye *ex post*; por otra parte, presupone un desistimiento formal del acto extintivo original y una reconstrucción *ex tunc* de la relación laboral²⁷⁵².

²⁷⁴⁶ STS 27 de febrero de 2009 [RJ 2009, 1841].

²⁷⁴⁷ STS 11 de mayo de 2000 [RJ 2000, 4798].

²⁷⁴⁸ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 257.

²⁷⁴⁹ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 1008.

²⁷⁵⁰ STSJ Castilla-La Mancha 9 de junio de 2016 [AS 2016, 1176] y STSJ Castilla y León/Valladolid 17 de marzo de 2016 [AS 2016, 720].

²⁷⁵¹ MELLA MÉNDEZ, L.: *La formalización del despido disciplinario. Un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 505.

²⁷⁵² SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, J.: *Los plazos en el proceso de despido disciplinario*, cit., p. 269.

De la propia literalidad del precepto se desprende que lo que se trata de regular es aquella situación en la que se ha declarado judicialmente la improcedencia del despido por incumplimiento de los requisitos de forma otorgándole al empleador la posibilidad de subsanar defectos formales. Ahora bien, esta subsanación en beneficio del empresario se ha llevado a cabo imponiendo determinadas condiciones o requisitos con los que no perjudicar los derechos de defensa del trabajador, y, por ello, en lugar de calificar aquella subsanación del primer despido como tal se le otorga la consideración explícita de un nuevo despido, a partir del cual, nacerá el *dies a quo* para el ejercicio de la posible acción del trabajador contra el mismo²⁷⁵³. Además, la validez de dicha subsanación transformada por imperio de la ley en un nuevo despido se condiciona al cumplimiento de otro límite garantista, cual es, el de que se lleve a cabo dentro del plazo de siete días exigiéndose, a su vez, que el empleador al realizar el despido ponga a disposición del trabajador los salarios devengados en los períodos intermedios y lo mantenga –durante los mismos– en alta en la Seguridad Social²⁷⁵⁴.

La readmisión puede haberse optado bien por el empresario –como ocurrirá en la generalidad de los casos– bien por el trabajador –porque detenta legalmente el ejercicio de la opción–²⁷⁵⁵. La brevedad del plazo –siete días desde la notificación de la sentencia²⁷⁵⁶– no proyecta graves dificultades de orden práctico si el defecto formal se refiere a la comunicación escrita; pero cuando se hubiera omitido o se haya cumplido deficientemente alguna de las formalidades exigidas por ley o convenio colectivo –en concreto, el deber de tramitar un expediente contradictorio o audiencia a los representantes sindicales si el despedido está afiliado a un sindicato o la garantía se ha expedido a otros trabajadores por convenio colectivo– sí se localizan dificultades considerables. Al respecto y aunque en un momento inicial la jurisprudencia no admitió diferencias en torno a la formalidad omitida en el procedimiento disciplinario²⁷⁵⁷, actualmente ha considerado que en la formalización de este segundo despido puede disponerse de un mayor período de tiempo que el establecido cuando la oficialización del expediente disciplinario se hubiera constituido dentro del plazo legal de los siete días. De todos modos, el expediente habrá de consumir un plazo razonable puesto que en caso de demorarse injustificadamente este nuevo despido podría inhabilitarse. Mismas apreciaciones habrá que efectuar con el trámite de audiencia al delegado sindical. Además, el cómputo del plazo a efectos de los siete días permanece suspendido mientras se esté dando cumplimiento a las formalidades legales o convencionales hasta la total corrección de los defectos formales cometidos en el primer despido²⁷⁵⁸. En caso de dejarse transcurrir el plazo de este segundo despido –siete días siguientes a la notificación de la sentencia²⁷⁵⁹– aunque no se hubiera consumido el plazo de prescripción de las faltas no se podrá despedir por los mismos hechos –cosa juzgada–

²⁷⁵³ STSJ Galicia 18 de septiembre de 2015 [JUR 2015, 24019].

²⁷⁵⁴ STSJ Madrid 5 de diciembre de 2006 [JUR 2007, 83556].

²⁷⁵⁵ ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al*: *Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 305.

²⁷⁵⁶ STSJ Galicia 18 de septiembre de 2015 [JUR 2015, 24019].

²⁷⁵⁷ STS 10 de noviembre de 1995 [RJ 1995, 8400].

²⁷⁵⁸ STSJ Comunidad Valenciana 12 de enero de 1993 [AS 1993, 490].

²⁷⁵⁹ El *dies a quo* se sitúa a partir de la firmeza de la sentencia: STS 10 de noviembre de 1995 [RJ 1995, 8400], STS 1 de octubre de 1990 [RJ 1990, 7508] o STSJ Andalucía/Sevilla 19 de abril de 2012 [JUR 2012, 207903].

²⁷⁶⁰, por lo que nos encontramos ante un plazo autónomo²⁷⁶¹ superpuesto al plazo de prescripción de las faltas y de caducidad²⁷⁶².

Mientras no se produzca la firmeza de la sentencia que declara la improcedencia del despido no cabe la aplicación de la previsión del artículo 110.4 LRJS: “*autorizar un nuevo despido, que sería objeto de un nuevo procedimiento fundado en la misma conducta que puede todavía ser enjuiciada en el primer proceso, implica la posibilidad de sentencias contradictorias*”. En suma, la declaración “*que inicia el plazo de siete días para proceder a un nuevo despido no sólo ha de estar notificada a la parte, sino que debe gozar del carácter de firmeza*”²⁷⁶³.

En ocasiones la jurisprudencia ha declarado que el plazo de siete días naturales – brevedad amparada en seguridad jurídica–, por falta de precisión en la normativa, han de computarse en días hábiles en atención a la considerable brevedad y a que se trata de un plazo de caducidad sin que la cuestión sea pacífica²⁷⁶⁴. Así las cosas se hace necesario resolver la naturaleza jurídica del citado plazo y determinar si estamos ante un plazo procesal o ante un plazo civil –también denominado sustantivo o material– a los efectos de decidir si su cómputo ha de hacerse de conformidad con lo que dispone el artículo 5.2 del Código Civil, según el cual, “*en el cómputo civil de los plazos no se excluyen los días inhábiles*” o como señala el artículo 133.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al establecer que “*en el cómputo de los plazos señalados por días se excluirán los inhábiles*”. Ahora bien, si tenemos en cuenta que el cómputo procesal de los plazos con descuento de los días inhábiles sólo está previsto en el indicado precepto de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con las actuaciones procesales, – pues no otra cosa puede deducirse del hecho de que tal previsión se encuentre dentro de su Título V, del Libro I, dedicado a las “*actuaciones judiciales*”–, no nos puede caber duda alguna acerca de que aquel plazo del artículo 110.4 LRJS es un plazo situado fuera y antes de cualquier proceso judicial ya iniciado o por iniciar y que en principio se trata de un plazo situado fuera de las previsiones de la indicada norma procesal por cuya razón su cómputo habrá de regirse por las previsiones del precepto del Código Civil²⁷⁶⁵. En suma el plazo analizado parece de caducidad por lo que no admite interrupción – salvo excepciones de suspensión–: “*al tratarse de un plazo para el ejercicio de un derecho o facultad que se otorga a la empresa, para proceder a un nuevo despido, siendo concorde la doctrina y la jurisprudencia en que de no efectuarse dentro de dicho plazo, decae tal posibilidad del nuevo despido, aun en el caso de que las conductas sancionadas no hubieran prescrito, por lo que resulta evidente que se trata de un plazo de caducidad, de manera que transcurrido el mismo se produce el decaimiento del derecho, sin que tal plazo admita más interrupción o suspensión que las derivadas de la necesidad de tramitar un expediente contradictorio o de dar audiencia a los delegados sindicales*”²⁷⁶⁶. Asimismo, el plazo conferido de siete días es un plazo “*fatal*”²⁷⁶⁷ pues una vez transcurrido este período de tiempo, la declaración de improcedencia del

²⁷⁶⁰ STSJ Baleares 29 de septiembre de 1997 [AS 1997, 3442].

²⁷⁶¹ STSJ Aragón 8 de febrero de 2006 [JUR 2006, 185710].

²⁷⁶² MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, cit., pp. 60 y 61

²⁷⁶³ STS 1 de octubre de 1990 [RJ 1990, 7508].

²⁷⁶⁴ STSJ Baleares 29 de septiembre de 1997 [AS 1997, 3442].

²⁷⁶⁵ STSJ Madrid 5 de diciembre de 2006 [JUR 2007, 83556].

²⁷⁶⁶ STSJ Baleares 29 de septiembre de 1997 [AS 1997, 3442].

²⁷⁶⁷ STS 13 de octubre de 1982 [RJ 1982, 6157].

despido adquiere la condición de cosa juzgada y no queda afectada por el segundo despido que eventualmente se pudiera formular²⁷⁶⁸.

Entrando más a fondo en el debate de la naturaleza procesal o civil del plazo de siete días de la segunda oportunidad desde la notificación de la sentencia –artículo 110.4 LRJS–, con este precepto –reiteramos– no están subsanándose los defectos formales cometidos sino que constituyen una nueva decisión extintiva distinta e independiente de la primera aunque basada en las mismas causas. Pero la cuestión es dilucidar cuál es la naturaleza del plazo para subsanar el despido improcedente por defectos formales previsto en el artículo 110.4 LRJS. En esta cuestión se hace necesario indagar sobre cuál es la finalidad y la naturaleza jurídica del plazo establecido en el citado precepto²⁷⁶⁹. Por ello, *“si la subsanación se produce dentro del plazo habrá que entender que estamos ante un segundo despido contra el que, en su caso, habrá que accionar el trabajador, mientras que si la subsanación se produce fuera de dicho plazo no tendrá ningún valor como nuevo despido. Se trata por lo tanto de un plazo de caducidad puesto que tiene establecido un límite insuperable de siete días que no es posible sobrepasar, ni subsanar, dados los términos en los que se halla concebido en una norma que puede considerarse de orden público dada la finalidad garantista que la preside”*. Así las cosas, se hace necesario decidir la naturaleza jurídica del citado plazo y, en concreto, se hace necesario decidir si estamos ante un plazo procesal o ante un plazo civil a los efectos de decidir su cómputo: una vez más, de acuerdo con la jurisprudencia, el plazo del artículo 110.4 LRJS, *“es un plazo situado fuera y antes de cualquier proceso judicial ya iniciado o por iniciar y que, por ello, en principio se trata de un plazo situado fuera de las previsiones de la indicada norma procesal y de su cómputo, por cuya razón su cómputo habrá de regirse por las previsiones del precepto del Código Civil citado”*²⁷⁷⁰.

Cabe indicar, *“que el plazo de 7 días es un plazo máximo, de carácter imperativo y cuyo tratamiento se ha de considerar como días naturales, al tratarse de un trámite preprocesal, pues pese a que ya ha existido un despido anterior, el que se puede hacer es uno nuevo que nada tiene que ver con el anterior, pues así lo indica el propio precepto del artículo 110.4 de la Ley de la Jurisdicción social, al indicar que “dicho despido no constituirá una subsanación del primitivo acto extintivo, sino un nuevo despido que surtirá efectos desde su fecha”, pero sólo se deberá entender correctamente efectuado si se ha realizado dentro del plazo fijado por el mencionado*

²⁷⁶⁸ SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, J.: *Los plazos en el proceso de despido disciplinario*, cit., p. 280.

²⁷⁶⁹ STSJ Madrid 5 de diciembre de 2006 [JUR 2007, 83556]. De acuerdo con esta sentencia –confirmada por STS 12 de noviembre de 2007 [RJ 2008, 1171]–, *“se trata por lo tanto de un plazo de caducidad puesto que tiene establecido un límite insuperable de siete días que no es posible sobrepasar, ni subsanar, dados los términos en los que se halla concebido en una norma que puede considerarse de orden público dada la finalidad garantista que la preside”*. *“Si el cómputo del plazo de los siete días del artículo 110.4 de la Ley de Procedimiento Laboral, ha de hacerse conforme a las previsiones generales del cómputo civil de los plazos señalados por días, y por lo tanto, computando todos los transcurridos desde la fecha de notificación de la Sentencia de esta Sección de Sala, hasta la fecha en que se produjo la subsanación, en el caso que se somete a la consideración de la Sala, se ha de concluir que la notificación del nuevo despido efectuada al trabajador con fecha 09/01/06”*, *“no puede afirmarse correctamente efectuada puesto que desde la fecha de notificación de la Sentencia señalada como «dies a quo» del cómputo, esto es, el 16/12/05, hasta la fecha de notificación de la nueva comunicación extintiva, que ha de jugar como «dies ad quem» o día final, esto es, el 09/01/06, transcurrieron con notable exceso aquellos siete días de plazo máximo que el legislador ha fijado como período de válida subsanación de los defectos formales de un despido ya producido”*.

²⁷⁷⁰ STSJ Comunidad Valenciana 26 de noviembre de 2012 [AS 2013, 263]

precepto, incluso aunque se aleguen, además, hechos distintos”. Así las cosas, “la sentencia fue notificada en fecha 17 de octubre de 2011 y la empresa efectuó nuevo despido en fecha 26 de octubre, por tanto fuera del plazo al que se refiere el artículo 110.4 de la Ley de la Jurisdicción social, esto es, cuando se efectuó el nuevo despido la acción del empresario de hacer nuevo despido había caducado, dejando, en consecuencia, activo la anterior extinción contractual que ya había sido enjuiciada judicialmente, con las consiguientes consecuencias inherentes al incumplimiento del plazo legal”²⁷⁷¹.

Pero como indicábamos existen excepciones con las que admitir suspensiones con las que excluir del cómputo determinados días. En efecto, diferente es el caso de que, durante estos siete días del artículo 110.4 LRJS, se proceda al cumplimiento de la tramitación del expediente contradictorio o de dar audiencia a los delegados sindicales. Al respecto, establece el Tribunal Supremo que *“cuando el trámite formal de la tramitación del expediente contradictorio se inicie dentro de los siete días y tenga una duración razonable, los días que se inviertan en ese trámite han de quedar excluidos del cómputo, lo que en el caso de autos equivale a entender que efectivamente la empresa utilizó ese trámite que le ofrecía el número 4 del artículo 110 LPL de manera adecuada y dentro del plazo legal, desde el momento en que la sentencia de despido improcedente se notificó el 16 de mayo a la empresa, el expediente se tramitó en tres días, desde el 22 al 26 de mayo de 2.006, y el nuevo despido se produjo el día 26 de mayo, con efectos del 27. Descontando entonces esos días de tramitación del expediente, la decisión de despido amparada en la repetida norma procesal se produjo en tiempo”²⁷⁷².*

Recapitulando, el artículo 110.4 LRJS, *“en cuanto permite a los empresarios la subsanación de los defectos formales de un primer despido a través de un segundo despido que no es subsanación del primero, sino uno nuevo, no establece un plazo procesal, sino que establece un plazo sustantivo al no haberse todavía iniciado el proceso posterior a que la impugnación del segundo despido puede dar lugar”²⁷⁷³.*

El artículo 110.4 LRJS no expresa nada sobre la procedencia de los abonos de salarios devengados entre la fecha de la notificación de la sentencia –en la que declara improcedente el despido por falta de forma– y la fecha en la que se haya previsto que el segundo despido alcance efectividad, sin manifestarse tampoco sobre la obligación de dar de alta al trabajador y cotizar durante ese período de tiempo. Sin embargo, al encontrarnos ante un artículo que admite la posibilidad de privar de toda consecuencia al primer despido para proceder inminentemente a practicar un nuevo despido respaldado por los mismos hechos del trabajador, este primer despido solo se entenderá privado de todo efecto si se procede a dicho abono así como a cursar el alta y satisfacer las obligaciones de cotización. Lo anterior, no significa que estas obligaciones constituyan requisitos esenciales que deban cumplirse inmediatamente con carácter previo²⁷⁷⁴.

La subsanación *ex post* del despido formalmente irregular –que técnicamente no es subsanación sino un nuevo despido– autorizado por el artículo 110.4 LRJS,

²⁷⁷¹ STSJ Comunidad Valenciana 26 de noviembre de 2012 [AS 2013, 263].

²⁷⁷² STS 8 de junio de 2009 [RJ 2009, 4447].

²⁷⁷³ STSJ Galicia 18 de septiembre de 2015 [JUR 2015, 240190].

²⁷⁷⁴ STSJ Canarias/Las Palmas 19 de diciembre de 2001 [JUR 2002, 159593].

constituye una técnica no funcional en la gestión ordinaria de la empresa y que no termina de encajar en la sistemática del despido: el acto de despedir debe considerarse un acto individual y único, sustentado en una específica causa, con una definida formalidad y fundamentada sobre unos determinados hechos que no pueden sobrevivir al control judicial que declara la ilicitud del acto empresarial para, posteriormente, idénticos hechos constituir una nueva declaración extintiva²⁷⁷⁵.

Resumiendo, el artículo 110.4 LRJS corrige las imperfecciones formales facultando al empresario realizar un nuevo despido por lo que si las faltas atribuidas en el primer despido no habían prescrito tampoco se entienden prescritas las faltas al oficializarse este nuevo despido. Esta norma complementa e integra la que establece el artículo 60.2 ET²⁷⁷⁶. Al respecto, es indiferente que se hubiera omitido íntegramente un determinado trámite o que se hubiera cumplido deficientemente.

Los efectos de la primera y segunda oportunidad de despedir rectificando defectos formales podrían sintetizarse de la siguiente forma: si el empleador dejara transcurrir el plazo de veinte días que se le concede para la subsanación –primera oportunidad– éste habrá de soportar imperativamente los efectos de la sentencia condenatoria –declarativa de la improcedencia por falta de forma– debiendo esperar a que se abra este segundo plazo de siete días –segunda oportunidad de subsanación– a la notificación de la sentencia. El empleador “*procedió a despedirle por los mismos hechos del despido ahora enjuiciado*” admitiendo el defecto formal de omitir el “*expediente disciplinario*” y “*habiendo transcurrido con exceso el plazo de 20 días para subsanar defectos formales que concede el reiteradamente invocado artículo 55.2 del Estatuto de los Trabajadores*”, por lo que la omisión de dicho expediente disciplinario respecto del primer despido del trabajador “*no puede ser tenido como subsanado, con la inevitable consecuencia legal de que el despido adolezca de un grave defecto formal que determina la improcedencia del despido conforme a lo dispuesto en los artículos 55.1 y 2 y 68.a) ET*”; defecto que –como hemos indicado– no podía ser subsanado por haber caducado el plazo de 20 días –de la primera oportunidad– lo que conlleva a declarar el despido improcedente pero con la salvedad de que la empresa “*podrá efectuar un nuevo despido por los mismos motivos dentro del plazo de siete días desde la notificación de la sentencia*” conforme al artículo 110.4 LRJS²⁷⁷⁷. Pero en el supuesto de que el empleador deje de transcurrir este segundo plazo –de siete días– ya sí tendrá que soportar las consecuencias de la declaración de improcedencia por falta de forma sin ocasión alguna de volver a despedir por los mismos hechos, incluso en el supuesto de que no se hubiera consumido todavía el plazo de prescripción de las faltas cometidas por el trabajador.

10.2 Los despidos sucesivos

Cuando nos encontramos ante dos despidos sucesivos las consecuencias no son siempre las mismas²⁷⁷⁸:

²⁷⁷⁵ BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J.: *El despido o la violencia del poder privado*, cit., p. 113.

²⁷⁷⁶ STSJ Galicia 5 de diciembre de 1997 [AS 1997, 4044].

²⁷⁷⁷ STSJ Comunidad Valenciana 15 de mayo de 1998 [AS 1998, 5812].

²⁷⁷⁸ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, cit., pp. 63 y ss.

1) Cuando la empresa procede a despedir inicialmente de forma verbal notificando después comunicación escrita en la que se consuman todas las formalidades exigidas legalmente, nos encontraríamos ante lo que se denomina carta explicativa que se tramita con fines de subsanación dejando sin efecto el primer despido expresado verbalmente siempre y cuando a la carta se le acompañe la disposición de los salarios correspondientes al período acontecido desde el despido verbal hasta la recepción de ésta, así como el alta en Seguridad Social, o como mínimo el cumplimiento inmediato de ambas exigencias legales²⁷⁷⁹. Por otro lado, el plazo de caducidad de la acción comenzará a computarse a partir del día siguiente a la fecha de efectos estipulada en la carta. Por tanto, si se trata de una carta de simple subsanación cuyo objetivo es, en términos del artículo 55.2 ET, cumplir con los requisitos omitidos en el precedente despido verbal mediante la concreción escrita de los hechos que la motivaron, es evidente que nos encontramos, a efectos de caducidad, ante un despido que en su manifestación verbal queda sin efecto por la posterior carta explicativa que lo anula. Esa es la razón por la que en tales casos el artículo 55 ET impone al empresario la obligación de poner a disposición del trabajador los salarios devengados en los días intermedios manteniéndole durante los mismos en alta en la Seguridad Social como si éste hubiera permanecido trabajando durante todo ese período²⁷⁸⁰.

2) En contra si el despido irregular inicial viene sucedido simplemente de la remisión de una comunicación escrita de extinción en la que se atribuyen determinadas faltas laborales nos encontraríamos ante dos despidos diferentes: en este caso, el segundo despido no constituye tentativa de subsanación de los defectos formales que se cometieron en el primer despido. Así, el primero de los despidos deberá ser declarado improcedente por falta de forma y el segundo deberá juzgarse por el órgano jurisdiccional. Lo correcto es que empleado se defienda frente a cada uno de los despidos de forma individual para que ninguna de las extinciones afiance efectos extintivos dado que si el trabajador solo se protege del ulterior despido –el segundo– sin responder al primer despido, en caso de que el primero se declare procedente, los efectos extintivos del mismo se afianzarían de modo que el segundo despido ya no sería revisable al quedar la relación laboral firmemente extinguida con el primer despido. Entender que una comunicación escrita posterior al despido efectivo –la primera extinción– restaura por sí misma la relación extinguida por el propio despido y da lugar a un reinicio del plazo de caducidad es una creencia o pretensión jurídicamente errónea. Posteriores comunicaciones formales podrán tener la eficacia que la ley le reconozca pero no eliminan la existencia del despido realmente producido²⁷⁸¹. En tal caso, el segundo despido podría calificarse *ad cautelam*: insistimos, el trabajador debe reaccionar también frente al mismo. Y es que si la primera decisión extintiva gana firmeza el segundo despido pierde incluso esa eficacia puramente cautelar y no puede declararse de nuevo extinguido lo que ya está de manera firme abolido, ni tampoco ejecutar una decisión que ordena el restablecimiento de la relación extinguida o indemnizar una terminación que ya ha tenido lugar²⁷⁸².

²⁷⁷⁹ Sobre el despido verbal, *vid.* SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, J.: *Los plazos en el proceso de despido disciplinario*, cit., p. 66.

²⁷⁸⁰ STS 14 de abril de 2000 [RJ 2000, 3957].

²⁷⁸¹ STS 22 de septiembre de 1997 [RJ 1997, 6574].

²⁷⁸² STS 4 de febrero de 1991 [RJ 1991, 795].

11. La impugnación del despido: caducidad

Al tratar de diferenciar prescripción y caducidad nos encontramos ante una construcción unitaria –sobre el plano conceptual– de los dos fenómenos siendo su única diferencia la más fuerte tutela de la certeza jurídica que se logra a través de la caducidad. En suma, la prescripción –en sentido estricto– y la caducidad son dos modos de ser del mismo fenómeno extintivo y liberatorio²⁷⁸³.

El despido como acción de resolución del contrato no se encuentra sometido a caducidad: “*se pretende esta adición a efectos del artículo 59.3 ET, cuando la caducidad que ese precepto regula, opera sólo sobre la acción de despido y no sobre la de resolución del contrato*”²⁷⁸⁴. En efecto, la específica actuación del poder empresarial de sancionar las faltas cometidas por el trabajador se encuentra supeditada a plazo de prescripción –no de caducidad– conforme el artículo 60.2 ET. A pesar del insidioso título que encabeza este capítulo, lo que sí está sujeto a término de caducidad es la acción que tiene el trabajador para oponerse o reclamar contra el despido según dispone la expresión del artículo 103.1 LRJS²⁷⁸⁵. Por tanto, conviene diferencia de manera clara entre, por un lado, la acción del empresario de despedir al empleado –el despido del trabajador–; y, por otro, la acción del trabajador para oponerse al despido del empresario –la acción contra el despido proyectado por el empleador– que de acuerdo con los artículos 59.3 ET y 103.1 LRJS sí está sometido a plazo de caducidad. Lo cierto es que en nuestro derecho no localizamos una definición del instituto de la caducidad y menos aún una regulación de la misma. Nuestro Código Civil neciamente desatiende el concepto. Lo anterior no ha impedido la recepción jurisprudencial del concepto de caducidad desde antaño tanto en el ámbito civil como el laboral. En este último espacio, existe coincidencia en señalar que fue una sentencia del Tribunal Supremo de los años cuarenta²⁷⁸⁶, la primera que sustentó que el ejercicio de la acción del despido estaba sometido a plazo de caducidad y no de prescripción. Cuestionada tal interpretación jurisprudencial finalmente acabó adhiriéndose de forma expresa, primero a la Ley de Contrato de Trabajo de 26 de enero de 1944, y, luego, a todas las posteriores normas laborales sustantivas y procesales hasta llegar a los actualmente vigentes artículos 59.3 ET y 103.1 LRJS²⁷⁸⁷.

Observando múltiples definiciones de la caducidad en nuestra doctrina civil, la doctrina laboral ha estimado que por caducidad ha de comprenderse que ciertos derechos, facultades o poderes nacen con un plazo inevitable de vida determinado por la ley para su ejercicio y que una vez acontecido este plazo sin ejercitar la correspondiente acción se extinguen²⁷⁸⁸. Por otro lado, tras negarse discrepancias ontológicas entre la

²⁷⁸³ GRASSO, B.: “Sulla distinzione tra prescrizione e decadenza” en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, núm. 2, 1970, p. 890.

²⁷⁸⁴ STS 2 de julio de 1984 [RJ 1984, 4106].

²⁷⁸⁵ Vid. MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N. y GARCÍA VALVERDE, M^a. D.: “Artículo 103. Presentación de la demanda por despido”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al: Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, cit., pp. 578 y ss.

²⁷⁸⁶ En concreto, de fecha 7 de enero de 1941.

²⁷⁸⁷ GODINO REYES, M.: “Caducidad del despido”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 308.

²⁷⁸⁸ BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *La caducidad en el derecho laboral*, cit., p. 58.

figura jurídica de la prescripción y la figura jurídica de la caducidad, los atributos que identifican a la segunda respecto a la primera podrían enunciarse así: a) la caducidad no acoge incidentes de interrupción –frente a la prescripción que puede soportar un número ilimitado de ellos– aunque puede suspenderse si lo permite expresamente la ley; b) es irrenunciable una vez sobrevenida; y c) es apreciable de oficio por el juez²⁷⁸⁹. Pero el empleado puede no ejercitar la acción contra el despido renunciando a la acción²⁷⁹⁰. Por tanto, cuando la caducidad afecta a un derecho disponible –como la acción para impugnar el despido por el trabajador– se considera que quiebran los caracteres de la irrenunciabilidad y de la aplicación de oficio de la caducidad: en tales casos, la única diferencia apreciable entre ambas figuras radicaría en el hecho de que la caducidad no puede interrumpirse y sólo se suspende cuando lo haya previsto la ley, a diferencia de la prescripción que admite actos interruptivos y también suspensivos –como hemos visto con la incoación del expediente contradictorio–²⁷⁹¹; entendiéndose por interrupción la esterilidad del plazo ya transcurrido de manera que al interrumpirse comienza a correr una nueva prescripción²⁷⁹². En fin, la caducidad como medida excepcional del ordenamiento y con la que se acomete la apresurada estabilidad y certeza de las situaciones jurídicas supone el ocaso de derechos por el mero transcurso del tiempo, por lo que no puede ser objeto de apreciación extensiva que obstruya la facultad de un examen material del fondo de la pretensión cuando su ejercicio no es manifiestamente extemporáneo²⁷⁹³.

Conviene –de entrada– precisar, siquiera sucintamente, las características genéricas de la caducidad que la configuran como una cuestión sustraída a la voluntad de las partes pues su regulación se basa en normas de carácter imperativo y de derecho necesario por razones de seguridad jurídica y no en normas de derecho dispositivo, por lo que el pertinente plazo actúa de forma fatal e inexorable *ope legis*, aplicable incluso de oficio por el juzgador de instancia suspendiéndose tan solo en los casos expresamente establecidos en la ley²⁷⁹⁴.

El propósito de la caducidad no es otro que la seguridad jurídica; en otros términos, la necesidad de que las condiciones de las partes de una relación jurídica queden establecidas de forma irrefragable facilitando la permanencia del tráfico jurídico²⁷⁹⁵. Más aun cuando localizamos terceras personas también interesadas en la protección de esa seguridad sobre la terminación o no de la relación laboral –como pudieran ser las entidades gestoras de la Seguridad Social y de la protección por desempleo–²⁷⁹⁶.

²⁷⁸⁹ GIL Y GIL, J. L.: *La prescripción y la caducidad en el contrato de trabajo*, Granada, Comares, 2000, p. 20.

²⁷⁹⁰ GODINO REYES, M.: “Caducidad del despido”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 309.

²⁷⁹¹ GIL Y GIL, J. L.: “La caducidad de la acción de despido”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 745.

²⁷⁹² VON TUHR, A.: *Tratado de las obligaciones*, Madrid, Reus, 1934, p. 741.

²⁷⁹³ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 192.

²⁷⁹⁴ STSJ Andalucía/Granada 11 de enero de 2006 [JUR 2007, 189410].

²⁷⁹⁵ Para mayor abundamiento, *vid.* OJEDA AVILÉS, A.: “La asimilación por el ordenamiento laboral de la caducidad de derechos”, en *Revista de Política Social*, núm. 95, 1972, *passim*.

²⁷⁹⁶ GIL Y GIL, J. L.: *La prescripción y la caducidad en el contrato de trabajo*, cit., p. 140.

Si el trabajador no está de acuerdo con la decisión empresarial de extinguir la relación laboral puede impugnarla. A estos efectos, el artículo 59.3 ET manifiesta que el ejercicio de la acción contra el despido “*caducará a los veinte días siguientes de aquel en que se hubiera producido. Los días serán hábiles y el plazo de caducidad a todos los efectos. El plazo de caducidad quedará interrumpido por la presentación de la solicitud de conciliación ante el órgano público de mediación, arbitraje y conciliación competente*”. En otro orden de cosas el artículo 103 LRJS –en referencia expresa al despido disciplinario– reproduce –sin matiz apreciable– la anterior disposición sustantiva.

Este plazo de caducidad no solo se atribuye a los supuestos de extinción del contrato de trabajo por causas disciplinarias sino a todas las formas de despido. Además este plazo de caducidad será de aplicación a las acciones contra las decisiones empresariales en materia de movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo –artículo 59.4 ET–. Por otro lado, también es aplicable a las resoluciones de contratos temporales a pesar de que la finalización de los mismos es causa de extinción distinta del despido –artículo 59.3 ET–. Pero lo más destacado no es que la reclamación contra la extinción del contrato por otros motivos diferentes del despido se encuentre sujeto a este plazo de caducidad de veinte días sino el hecho de que, a efectos de aplicar el mismo, se ha estimado que ha de insertarse en el concepto de despido cualquier resolución contractual que se origine por decisión del empresario. Cabe citar los supuestos de finalización del contrato durante el período de prueba²⁷⁹⁷, la jubilación forzosa²⁷⁹⁸, la negativa de la empresa a reincorporar al trabajador tras un período de excedencia voluntario²⁷⁹⁹ o forzoso²⁸⁰⁰ –aunque el plazo no es de aplicación si se ejercita la acción de reincorporación y ésta era la que correspondía al no haberse producido una negativa radical e incondicionada a la voluntad de reincorporarse²⁸⁰¹– o de incapacidad temporal²⁸⁰² y la falta de llamamiento de los trabajadores fijos discontinuos²⁸⁰³. Por supuesto el plazo se aplica también en los supuestos en los que el trabajador aprecie que el despido se ha producido con transgresión de derechos fundamentales²⁸⁰⁴.

11.1 La naturaleza de derecho necesario del plazo establecido: comienzo del cómputo del plazo de caducidad

11.1.1 El plazo de caducidad de la acción contra el despido

El plazo para ejercitar la acción frente a la extinción de la relación laboral es de caducidad, lo que conlleva que posea carácter de orden público razón por la que no puede ser modificada por la autonomía colectiva²⁸⁰⁵. En el ámbito de la acción por despido esta regla general desprende todos sus efectos asumiendo la indisponibilidad

²⁷⁹⁷ STS 11 de mayo de 1990 [RJ 1990, 4308].

²⁷⁹⁸ STS 29 de diciembre de 1992 [RJ 1992, 10378] y STS 2 de marzo de 1994 [RJ 1994, 2046].

²⁷⁹⁹ STS 22 de mayo de 1986 [RJ 1986, 2611].

²⁸⁰⁰ STC 15/1985, de 5 de febrero [RTC 1985, 15].

²⁸⁰¹ STSJ Andalucía/Granada 8 de noviembre de 2001 [AS 2001, 4047].

²⁸⁰² STSJ Canarias/Las Palmas 5 de octubre de 1993 [AS 1993, 4351].

²⁸⁰³ STS 27 de marzo de 2002 [RJ 2002, 5312].

²⁸⁰⁴ GODINO REYES, M.: “Caducidad del despido”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., pp. 310 y 311.

²⁸⁰⁵ STC 201/1992, de 19 de noviembre [RTC 1992, 201].

del plazo de caducidad tanto para la autonomía colectiva como para la individual. Por lo que no es posible tolerancia alguna en el acogimiento de una acción que se ejercita fuera del plazo convenido para su caducidad –en otros términos, extemporáneamente– de modo que finalizado el plazo, aun cuando sea por un solo día, el más elemental principio de seguridad jurídica impide relativizar el carácter preclusivo de los plazos, de forma que transcurrido uno de ellos desaparece la posibilidad de ejercitar válidamente los derechos que necesariamente han de actuarse durante su vigencia cualquiera que sea la mayor o menor proximidad del momento del pretendido ejercicio con el de la extinción del período; máxime cuando se trata del plazo fijado para la caducidad que no es en modo alguno un mero formalismo o elemento de forma, ya que atañe a la subsistencia del propio derecho y no sólo a la posibilidad de actuarlo²⁸⁰⁶. De tal forma que al enlazar la indisponibilidad de las normas que regulan la caducidad con su fundamento –la seguridad jurídica–, si no hay automaticidad en la eliminación de posiciones jurídicas inocuas o si la purificación del entramado jurídico se deja a voluntad de los particulares, no cabría hablar de defensa en la seguridad jurídica²⁸⁰⁷.

El propósito del legislador es que el derecho del trabajador a impugnar el despido se extinga llegado un determinado momento porque concedido un plazo, si no se ejercita acción alguna durante el mismo, el empleado ya no tiene posibilidad de hacerlo al consumarse la prerrogativa por sí misma: ha muerto definitivamente²⁸⁰⁸. En la búsqueda de una solución que explicase la caducidad de la acción del despido se concluyó que se estaba ante una extinción del contrato de trabajo por mutuo acuerdo –quizás algo excesivo– al sumarse a la voluntad del empresario manifestada con el despido la voluntad –implícita– del trabajador de no proceder al ejercicio de la acción de despido. Con otras palabras la pasividad del empleado habría de entenderse como signo de aceptación de la voluntad extintiva empresarial asintiendo implícitamente la extinción de su contrato²⁸⁰⁹.

Cambiando de orden discursivo el empresario dispone de un plazo de prescripción de sesenta días para reaccionar frente a las faltas muy graves cometidas por el empleado; por contra, el trabajador ha de impugnar la sanción en el plazo de caducidad de tan solo veinte días. La consecuencia se traduce en la siguiente afirmación: el legislador reclama al empleado una mayor diligencia que la exigida al empresario –profesional–. El trabajador ha de reaccionar contra la extinción del contrato de trabajo en un plazo de caducidad de veinte días –período que no admite interrupciones y sólo algún supuesto de suspensión establecido por ley– frente a la sanción que fue impuesta por el empleador en un plazo de sesenta días –período que sí admite determinadas causas de interrupción y alguna suspensiva–. De la situación actual puede deducirse un claro privilegio sobre el poder disciplinario del empresario²⁸¹⁰.

Que la reclamación contra el despido deba efectuarse dentro de los veinte días hábiles siguientes a aquel en que se hubiese producido revela las siguientes particularidades: a) Que a efectos del cómputo del plazo de caducidad de la acción, el

²⁸⁰⁶ STS 22 de octubre de 1990 [RJ 1990, 7706].

²⁸⁰⁷ OJEDA AVILÉS, A.: “La asimilación por el ordenamiento laboral de la caducidad de derechos”, en *Revista de Política Social*, cit., pp. 71 y 72.

²⁸⁰⁸ *Ibidem*, p. 67.

²⁸⁰⁹ MELLA MÉNDEZ, L.: *La formalización del despido disciplinario. Un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*, cit., pp. 524 y 525.

²⁸¹⁰ GIL Y GIL, J. L.: “La caducidad de la acción de despido”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., pp. 747 y 748.

día en que se produce el despido no computa. En efecto, sabido es que el cómputo para el plazo de los referidos veinte días no ha de tomar como *dies a quo* el de la recepción de la carta de despido sino aquel en el que se produce efectivamente el mismo. El cómputo del plazo para el ejercicio de la acción por despido tiene lugar no cuando el trabajador tiene conocimiento de la voluntad del empleador de rescindir sus servicios sino desde el día siguiente a aquel en que se produce de manera efectiva el despido con arreglo al principio *dies a quo non computatur in termino*²⁸¹¹. Tal argumentación puede extraerse del artículo 5.1 del Código Civil –influenciado por la citada expresión latina²⁸¹²– y que dispone: “*siempre que no se establezca otra cosa, en los plazos señalados por días, a contar de uno determinado, quedará éste excluido del cómputo, el cual deberá empezar en el día siguiente*”. b) El plazo para reclamar frente al despido comienza a correr a partir del siguiente día hábil a aquel en que se produce el despido²⁸¹³. Para poder inaugurar el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción el día posterior a aquel en el que se realiza el despido ha de ser hábil. Cuestión importante es determinar el significado del término hábil: con esta finalidad ha de ser considerado el artículo 182 LOPJ pues el plazo se refiere al ejercicio de una acción judicial y no a la presentación de escritos o solicitudes ante los órganos administrativos, por lo que no puede entenderse que sea un día hábil para el ejercicio de la acción, aquél en el que no existe la posibilidad de presentar escritos ante el juzgado ordinario en el que corresponda hacerse por ser un día inhábil para este órgano²⁸¹⁴. No obstante, si el empresario ha sido respetuoso con el deber legal de revelar en la carta de despido la fecha de efectos del mismo –artículo 55.1 ET– la determinación del *dies a quo* de la acción por despido no ofrece dudas: es justamente el de la fecha de efectos del despido establecido por el empleador en la notificación –siempre que esta fecha no sea anterior a la recepción de la notificación–. Teniendo presente los dos puntos anteriores resulta esencial la especificación del día en el que el despido se produjo. Es por ello que conviene distinguir entre los despidos que se hayan notificado por escrito de aquellos otros consumados de modo verbal o tácito.

El *dies a quo* para el inicio del plazo de caducidad ha de contemplarse desde el día en que efectivamente se prescinde de los servicios del trabajador²⁸¹⁵. El artículo 55.1 ET establece la imposición de que en la carta resolutoria figure la fecha en que tendrá efectos el despido disciplinario. En este mismo sentido, los artículos 59.3 ET y 103 LRJS señalan como fecha de inicio del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción el siguiente hábil a aquel en que el despido se hubiera producido²⁸¹⁶.

Prevalece la fecha expresada en la misiva resolutoria cuando el trabajador permanece prestando sus servicios sin conocimiento del empleador. Con independencia de que haya podido existir una prestación de servicios con posterioridad a la fecha establecida en la propia carta de despido, para que se produzca el cese, no cabe entender

²⁸¹¹ STSJ Cataluña 20 de abril de 1994 [AS 1994, 1469]. Vid, STS 14 de junio de 2011 [RJ 2011, 5563].

²⁸¹² GODINO REYES, M.: “Caducidad del despido”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 318.

²⁸¹³ MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N. y GARCÍA VALVERDE, M^a. D.: “Artículo 103. Presentación de la demanda por despido”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al: Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, cit., p. 580.

²⁸¹⁴ SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, J.: *Los plazos en el proceso de despido disciplinario*, cit., p. 34.

²⁸¹⁵ STS 13 de junio de 2000 [RJ 2000, 6891].

²⁸¹⁶ STS 16 de diciembre de 1987 [RJ 1987, 8957].

que existe conformidad de la entidad empleadora sino más bien desconocimiento unilateral de la orden empresarial lo que no puede suponer ni continuidad del vínculo frente a la eficacia del acto extintivo empresarial, ni ampliación del plazo de caducidad²⁸¹⁷.

Una típica dificultad a la hora de precisar el plazo de caducidad de los despidos se localiza en la desavenencia entre la fecha de notificación del despido y la fecha de efectos del mismo. Si la fecha de notificación del despido es –como debe ser– anterior a la fecha de efectos –en otros términos, a la fecha del cese efectivo en el trabajo– el *dies a quo* es este último –en virtud de lo recogido en el artículo 59.3 ET– sin obviar que el trabajador puede plantear su acción desde la fecha de notificación de la carta del despido; por tanto, antes de que haya comenzado el cómputo del plazo de caducidad²⁸¹⁸. En suma, la fecha importante será la del cese verdadero en la actividad con falta de percepción de los salarios²⁸¹⁹: “*el cómputo ha de iniciarse no a partir del anuncio al trabajador por parte del empresario de que en un día futuro se prescindirá de sus servicios sino del día en que efectivamente se prescinde*”²⁸²⁰; en otros términos, “*los efectos extintivos de la relación laboral que conlleva el acto del despido no se producen, como es obvio, hasta que se rompe la relación de trabajo*”²⁸²¹. Por contra, si la fecha de notificación es posterior a la fecha de efectos del despido establecida en la carta, el *dies a quo* de la acción es el de la propia notificación pues el despido tiene carácter recepticio y no puede entenderse producido antes de haberse notificado²⁸²², de acuerdo con lo estipulado en el artículo 1262 del Código Civil²⁸²³. Motivo por el que el plazo para el ejercicio de la impugnación del despido deberá ser computado desde la fecha en la que el trabajador recibe la comunicación escrita –no desde la fecha señalada en ella–²⁸²⁴. En estos casos no ha de estarse a la teoría de la emisión sino a la de la recepción: “*la eficacia ejecutiva del acto extintivo, que interrumpe el plazo de prescripción de la potestad sancionadora, se fija conforme a la teoría de la emisión, esto es, por la realización del acto de comunicación al trabajador, con los requisitos para su virtual eficacia, sin comprometer este efecto el tiempo que transcurra desde la emisión a la recepción. La eficacia ejecutoria, que desencadena el plazo de caducidad de la acción impugnadora, se determina en cambio conforme a la teoría de la recepción, necesitándose pues que la comunicación llegue, efectivamente, al destinatario y éste pueda así conocer su contenido para impugnarla judicialmente sin indefensión. Mientras que la valoración jurídica de la emisión ha de hacerse de modo objetivo, en función de sus elementos extrínsecos de manifestación dada su naturaleza*

²⁸¹⁷ STS 13 de junio de 2000 [RJ 2000, 6891].

²⁸¹⁸ STS 29 de junio de 1983 [RJ 1983, 3063].

²⁸¹⁹ SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, J.: *Los plazos en el proceso de despido disciplinario*, cit., p. 56.

²⁸²⁰ STS 11 de febrero de 1984 [RJ 1984, 859]. En este sentido, STSJ Baleares 24 de marzo de 2015 [JUR 2015, 141156], STSJ Cataluña 5 de febrero de 2015 [AS 2015, 1434] y STSJ Andalucía/Granada 4 de diciembre de 2014 [JUR 2015, 65144].

²⁸²¹ STS 25 de septiembre de 1995 [RJ 1995, 6888]. En este sentido, STSJ Extremadura 7 de noviembre de 2017 [JUR 2017, 310406], STSJ Madrid 30 de mayo de 2014 [AS 2014, 2298] y STSJ Asturias 30 de diciembre de 2011 [AS 2012, 88].

²⁸²² STS 9 de marzo de 1987 [RJ 1987, 1357].

²⁸²³ GODINO REYES, M.: “Caducidad del despido”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 314.

²⁸²⁴ SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, J.: *Los plazos en el proceso de despido disciplinario*, cit., p. 58.

*introvertida, la determinación de la recepción debe necesariamente subjetivarse en el destinatario atendiendo a sus posibilidades concretas de conocimiento*²⁸²⁵.

Otro obstáculo es aquel que se refiere a la notificación intentada por el empleador sin éxito por circunstancias achacables al trabajador. En estos casos, si el empresario ha puesto la diligencia conveniente en el propósito de notificar el despido habiendo desplegado –conforme a las reglas de la buena fe– una conducta activa para alcanzar tal finalidad imposibilitada por una intervención dolosa o negligente del empleado que ha impedido la realidad de la notificación, el *dies a quo* de la acción contra el despido habrá de emplazarse en la fecha en que la notificación se ha pretendido sin éxito puesto que no puede abandonarse al arbitrio de una de las partes, en este caso del trabajador, la propia efectividad del despido²⁸²⁶.

11.1.2 Particularidades en la caducidad del despido

Por sus especiales particularidades la caducidad en el despido tácito parte de dos reglas jurisprudenciales que no pueden soslayarse: la primera, referida a la interpretación represiva de la noción; la segunda, referida a la exigencia de actos empresariales determinantes y no equívocos que evidencien la intención extintiva. Debe tenerse en cuenta que los actos empresariales que pueden llegar a conformar un despido tácito residen en desobediencias contractuales del propio empleador²⁸²⁷. Frente a tales incumplimientos empresariales el empleado detenta las siguientes opciones²⁸²⁸: a) reivindicar judicialmente el reconocimiento de sus derechos desconocidos por el empresario; b) solicitar la extinción del contrato conforme el artículo 50 ET; y c) formular demanda por despido. En este último supuesto –formulación de demanda de despido– cuando nos encontremos ante un despido tácito también opera el plazo de caducidad de la acción pero entendiendo que el día del inicio del cómputo de la caducidad es flexible. En un despido tácito existe, por definición, un incumplimiento empresarial de la obligación de dar forma escrita al mismo con la inseguridad que ello produce en el trabajador afectado. La parte que ha incumplido su obligación formal no puede prevalerse de la situación de inseguridad generada para intentar hacer valer la caducidad de la acción de despido si transcurren veinte días desde una fecha en la que arbitrariamente se fijan los efectos de dicho despido. La caducidad solamente puede estimarse cuando hayan transcurrido más de veinte días hábiles desde la fecha en la que objetivamente se pueda decir que el trabajador, más allá de toda duda razonable, haya debido interpretar, en función de los hechos objetivos, que su relación laboral había quedado extinguida. Es evidente que no puede empezar a correr el plazo de caducidad mientras se mantenga la inseguridad interpretativa de la voluntad empresarial²⁸²⁹. En definitiva la determinación del *dies a quo* de la acción contra la extinción de la relación laboral en el supuesto del despido tácito es un aspecto que ha de descifrarse en función del caso concreto teniendo presente dos importantes premisas: a) el trabajador debe responder frente al despido tácito desde que concurren fundamentos suficientes para

²⁸²⁵ STSJ Madrid 10 de febrero de 2000 [AS 2000, 2212] y STSJ Madrid 4 de julio de 2006 [JUR 2007, 17121].

²⁸²⁶ STS 23 de mayo de 1990 [RJ 1990, 4493].

²⁸²⁷ ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al*: *Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 290.

²⁸²⁸ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al*: *Extinción del contrato de trabajo*, cit., pp. 1010 y 1011.

²⁸²⁹ STSJ Castilla y León/Burgos 18 de junio de 2014 [JUR 2014, 19669], STSJ Asturias 22 de enero de 2010 [AS 2010, 315] y STSJ Cantabria 30 de julio de 2004 [AS 2004, 2101].

deducir que la voluntad extintiva del empresario es inequívoca; y b) la conducta inestable y confusa del empresario no puede desfavorecer al trabajador de forma que sólo cabe entender iniciado el plazo de caducidad de la acción del despido cuando la conducta del empleador es nítida e indiscutible en sus actos²⁸³⁰.

Singular es también la caducidad del despido de los trabajadores fijos discontinuos. El artículo 16.2 ET establece que “*los trabajadores fijos-discontinuos serán llamados en el orden y la forma que se determine en los respectivos convenios colectivos, pudiendo el trabajador, en caso de incumplimiento, reclamar en procedimiento de despido ante la jurisdicción social, iniciándose el plazo para ello desde el momento en que tuviese conocimiento de la falta de convocatoria*”²⁸³¹. El despido por falta de llamamiento de trabajadores fijos discontinuos al reanudarse la actividad empresarial es un despido *sui generis* cuya finalidad principal consiste en garantizar que la empresa cumpla con la obligación legal de convocar al trabajador, convocatoria que puede ser omitida por razones ajenas a la voluntad de rescindir de modo definitivo la vinculación permanente. La falta de convocatoria no equivale a la falta de formalización del despido²⁸³²; solo es necesario el conocimiento por parte de trabajador del inicio de la campaña²⁸³³, conocimiento al que la ley vincula el inicio del plazo para demandar²⁸³⁴.

La formalidad del despido de los trabajadores fijos-discontinuos constituye una anomalía a la exigencia legal de la forma escrita²⁸³⁵. No se exige que el llamamiento sea realizado por escrito siendo derecho del trabajador –frente al incumplimiento por la empresa de su obligación de llamarlo– el poder reclamar por despido estableciendo como día inicial del plazo para la reclamación aquel en que tuviera conocimiento de la falta de convocatoria. El hecho de que la ley no imponga obligación de realizar el llamamiento por escrito y de modo recíproco fije el día inicial del plazo para reclamar por el incumplimiento del conocimiento del trabajador, es indicio claro de que el comienzo del trabajo y el despido implícito por falta de convocatoria no están sujetos a la formalidad escrita²⁸³⁶.

El inicio del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción por despido no es otro que el instante en que el trabajador tuviese conciencia de la falta de convocatoria – artículo 16.2 ET–. Y en este punto se ha de tener presente las siguientes particularidades²⁸³⁷: a) corresponde al trabajador acreditar la falta de llamamiento²⁸³⁸. Y

²⁸³⁰ GODINO REYES, M.: “Caducidad del despido”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al*: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 315.

²⁸³¹ Al respecto, *vid.* SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, J.: *Los plazos en el proceso de despido disciplinario*, cit., pp. 102 y ss.

²⁸³² STSJ Galicia 28 de septiembre de 2015 [JUR 2015, 244922].

²⁸³³ STS 6 de febrero de 1995 [RJ 1995, 2004].

²⁸³⁴ CASAS BAAMONDE, M^a. E.: “El despido disciplinario en la jurisprudencia de unificación de doctrina y la reforma legislativa de 1994”, en GÁRATE CASTRO, J. (Coord.) *et al*: *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario: estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor “honoris causa” por la Universidad de Santiago de Compostela*, cit., p. 254.

²⁸³⁵ ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al*: *Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 291.

²⁸³⁶ STS 6 de febrero de 1995 [RJ 1995, 2004].

²⁸³⁷ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al*: *Extinción del contrato de trabajo*, cit., pp. 1011 y 1012.

no es, en absoluto, inadecuado ni extravagante que la prueba de tal dato se atribuya al propio empleado²⁸³⁹. b) Si al momento del llamamiento el trabajador se encuentra en incapacidad temporal –lo que debe ser comunicado por el empleado, de lo contrario, podría alegarse la caducidad de la acción contra el despido por seguir corriendo el plazo y por la actitud omisiva del trabajador²⁸⁴⁰– y no puede incorporarse el empleador puede sustituirlo por otro sin que se considere despido²⁸⁴¹. Si tras el alta médica solicita la reincorporación y el empresario se niega, ya sí puede estimarse la existencia de despido²⁸⁴². c) El derecho a llamamiento con prioridad a trabajadores externos solo es aplicable durante las respectivas temporadas por lo que en épocas diferentes no le está vetado al empresario acudir a trabajadores externos distintos de sus propios fijos discontinuos. La Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de Medidas Urgentes para la Mejora del Mercado de Trabajo y el Fomento de la Contratación Indefinida, confiere a los trabajadores fijos discontinuos de la empresa derecho a ser llamados con preferencia a los externos únicamente dentro de las respectivas temporadas pero tal derecho preferente no alcanza a otras épocas distintas no contempladas convencional ni legalmente: “*si en estas épocas diferentes necesitara la patronal contratar de forma ocasional más mano de obra, no le está vedada la posibilidad de acudir a trabajadores externos, distintos de sus fijos discontinuos*”²⁸⁴³.

Objetivamente hay que comprender que el *dies a quo* no es tanto el del conocimiento de la falta de convocatoria como el de la fecha en que el trabajador, de forma diligente, ha de conocer tal coyuntura porque en otro caso quedaría a su albedrío el comienzo del plazo de caducidad de la acción en contra de su carácter como mecanismo de seguridad jurídica²⁸⁴⁴. En otros términos, la acción de despido cuando un trabajador fijo-discontinuo no es llamado inicia su cómputo desde el momento en que éste –el trabajador– posee conocimiento de la privación del llamamiento –de haberse conducido con la necesaria diligencia²⁸⁴⁵– y ante la falta de comunicación formal por parte de la empresa no puede realizarse una aplicación severa del plazo iniciándolo en la fecha de alguna o de la última de las contrataciones consumadas²⁸⁴⁶. No obstante, debe tenerse en cuenta que el trabajador debe accionar ante la falta de llamamiento²⁸⁴⁷.

²⁸³⁸ STS 8 de junio de 1992 [RJ 1992, 4534]. En este sentido, STSJ Extremadura 25 de julio de 2011 [AS 2011, 2792].

²⁸³⁹ STS 3 de marzo de 1988 [RJ 1988, 1846].

²⁸⁴⁰ STSJ Andalucía/Granada 13 de noviembre de 2013 [JUR 2014, 47688].

²⁸⁴¹ STS 28 de julio de 1994 [RJ 1995, 6347].

²⁸⁴² STS 8 de junio de 1992 [RJ 1992, 4534].

²⁸⁴³ STS 6 de abril de 1999 [RJ 1999, 4396] y Auto TS 16 de mayo de 2016 [JUR 2006, 205154].

²⁸⁴⁴ GODINO REYES, M.: “Caducidad del despido”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 316

²⁸⁴⁵ GIL Y GIL, J. L.: “La caducidad de la acción de despido”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 727.

²⁸⁴⁶ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 199.

²⁸⁴⁷ STSJ Madrid 8 de febrero de 2016 [JUR 2016, 56805] y STSJ Madrid 17 de noviembre de 2016 [AS 2016, 2125]. Queda extinguida la relación laboral mucho antes de lo alegado por el trabajador cuando “*casi dos años antes de la fecha en que pretende haber sido despedido, sin haber accionado en modo alguno previamente frente a tal falta de llamamiento y sin que conste en absoluto acreditado que los contratos que se le fueron realizando tuvieran una periodicidad concreta ni se haya acreditado circunstancia alguna de la que derivar la existencia de una relación fija discontinua*”, el empleado reclama contra el despido colectivo.

Existen también particularidades en aquellos supuestos de voluntariedad empresarial consistente en la no readmisión del trabajador tras período de excedencia. La negativa del empresario a la reincorporación del trabajador tras gozar de un período de excedencia voluntaria o forzosa –sea por cuidado de hijos²⁸⁴⁸, excedencias especiales creadas por convenio²⁸⁴⁹, por norma²⁸⁵⁰ o por contrato, o acuerdo en consultas alcanzado en expediente de regulación de empleo²⁸⁵¹– puede dar lugar a dos tipos de actuaciones: la de reclamación del derecho a la reincorporación cuando la contestación del empresario a la solicitud de reingreso no ponga en interrogación la existencia del vínculo laboral o no se obtenga contestación; y la de despido cuando la respuesta del empresario confirme su voluntad concluyente de poner fin a la relación laboral, bien porque así lo exteriorice, bien porque concurriendo el derecho a la reincorporación – caso de la excedencia forzosa y la excedencia por cuidado de hijos o al conocerse la existencia de vacante en la excedencia voluntaria– se repudie o se niegue por el empleador sin argumentación legal alguna. En el caso de que la acción desarrollada sea la del despido, el *dies a quo* del plazo de caducidad habrá de localizarse en la fecha en la que el empresario comunica su voluntad extintiva del contrato o su voluntad de no reincorporar al trabajador confluendo las circunstancias que le obligan a hacerlo²⁸⁵². Cuando el empresario “*expresamente rechaza la petición cursada por el trabajador, pretextando la falta de vacante o circunstancias análogas pero sin desconocer positivamente el vínculo entre las partes, el trabajador está asistido de la acción de reingreso tendente a que por los tribunales le sea reconocido el derecho al reingreso que, a su juicio, le es negado injustificadamente por la empresa. Por el contrario, cuando el excedente voluntario insta el reingreso y la empresa responde con una negativa rotunda e incondicionada, de tal manera que signifique un rechazo a la existencia de algún vínculo entre empresa y trabajador, este tipo de negativa al reingreso no es simplemente el desconocimiento de dicho derecho, sino una ruptura del vínculo laboral, que aun en suspenso, estaba vigente entre las partes, por lo que se está ante un supuesto de despido*”²⁸⁵³.

Las ambiguas respuestas de la empresa como la de “*tomar nota*”, “*en su momento se resolverá*” o cualquiera de análoga significación y las no ajustadas a la verdad como la de “*manifestar inexistencia de vacantes cuando en realidad existen, o cuando tal inexistencia se produce por atípica, por fuera de cauces legales, amortización de puestos de trabajo*”, en realidad impide el ejercicio normal de las acciones jurídicas correspondientes por ignorar el trabajador si efectivamente tiene que esperar a que se produzca la vacante o si producida ésta la empresa no quiere readmitirlo. En tales circunstancias es al empresario a quien hay que exigirle una respuesta explícita, inequívoca y ajustada a la verdad sin que pueda esperarse del empleado –que está fuera de la empresa por su condición de excedente– un proceso de investigación difícil sobre la realidad y situación de la plantilla²⁸⁵⁴. Si el empresario no atiende a la petición de reingreso del trabajador, la falta de contestación a la solicitud o

²⁸⁴⁸ STSJ Cataluña 29 de noviembre de 2004 [JUR 2005, 35485].

²⁸⁴⁹ STSJ Comunidad Valenciana 24 de junio de 2004 [JUR 2005, 10144].

²⁸⁵⁰ STSJ Comunidad Valenciana 14 de julio de 2006 [JUR 2007, 56331].

²⁸⁵¹ STSJ Castilla y León/Valladolid 2 de mayo de 2007 [JUR 2007, 210819].

²⁸⁵² GODINO REYES, M.: “Caducidad del despido”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 317.

²⁸⁵³ STS 4 de abril de 1991 [RJ 1991, 3250]. En este mismo sentido, STSJ País Vasco 11 de febrero de 2014 [JUR 2014, 185731].

²⁸⁵⁴ STSJ Aragón 7 de febrero de 2006 [AS 2006, 1701].

el simple silencio del mismo, solo es interpretable como mera negativa al reconocimiento del eventual derecho al reingreso y no como despido²⁸⁵⁵. Son escasas las interpretaciones extintivas del contrato de trabajo en estos supuestos pues faltará la oposición expresa e inequívoca a la reintegración; y lo que existirá será simple desconocimiento del derecho al reingreso pero sin llegar a negar la existencia de la relación laboral²⁸⁵⁶. En efecto, “*la caducidad es una medida extraordinaria que protege el interés de la pronta certidumbre de determinadas situaciones jurídicas que no puede ser objeto de interpretaciones extensivas, ni beneficiar a quien, incumpliendo el principio de buena fe, no informa al trabajador sobre la existencia de vacantes o no contesta a sus solicitudes de reincorporación*”²⁸⁵⁷.

La mayor parte de las ocasiones procederá el ejercicio de la acción de reingreso a través del proceso ordinario y no desplegará efectos el plazo de caducidad sino el plazo de prescripción general de un año, comenzando el cómputo en la fecha en que el empleado tenga conocimiento de la existencia de una vacante que debiendo ocupar no ha podido por el comportamiento achacable a la empresa²⁸⁵⁸. No obstante, esta afirmación no es óbice para que el tribunal aprecie la existencia de un despido tácito proveniente de unos actos que entienda concluyentes²⁸⁵⁹, con la consiguiente aplicación del plazo de caducidad de veinte días: por esta razón, se recomienda plantear dos demandas, una por despido y otra por desconocer el derecho al reingreso, aún a sabiendas que una de las demandas será desestimada²⁸⁶⁰.

Estando el trabajador en situación de incapacidad temporal también puede ser objeto de despido por varias causas incluida –obviamente– la vía tácita. La situación más común es aquella en la que, otorgada el alta médica al trabajador, éste habrá de presentar una copia del parte médico solicitando su inmediata reincorporación al trabajo²⁸⁶¹. El desconocimiento de estas obligaciones por parte del trabajador puede ser considerado como abandono –dimisión tácita– o faltas de asistencias al trabajo que pueden justificar un despido disciplinario o sanción menor. Pero cumplimentadas las obligaciones en tiempo y forma e intentada sin éxito la reincorporación, lo cierto es que puede existir despido del empresario por actos expresos o tácitos siendo la negativa del empleador la fecha en la que comenzará a transcurrir el plazo de caducidad²⁸⁶².

No puede estimarse que obra de buena fe la administración pública que informa erróneamente de los plazos para ejercitar reclamaciones frente a sus actos y después invoca la caducidad frente a quien ejercitó las acciones dentro del plazo indicado en la notificación²⁸⁶³. Aunque las directrices de las administraciones sobre las vías de impugnación de sus actos carecen de fuerza vinculante para las partes, no puede sopesarse falta de diligencia el cumplir las orientaciones incluidas en las notificaciones

²⁸⁵⁵ STSJ Madrid 30 de septiembre de 2015 [JUR 2015, 275375].

²⁸⁵⁶ STSJ Cataluña 7 de diciembre de 2015 [JUR 2016, 19378], STS 23 de enero de 1996 [RJ 1996, 122] y Auto TS 8 de julio de 2014 [JUR 2014, 251569].

²⁸⁵⁷ STSJ Madrid 19 de octubre de 2015 [JUR 2015, 276936].

²⁸⁵⁸ STS 21 de febrero de 1992 [RJ 1992, 1047].

²⁸⁵⁹ STS 4 de abril de 1991 [RJ 1991, 3250].

²⁸⁶⁰ SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, J.: *Los plazos en el proceso de despido disciplinario*, cit., p. 123.

²⁸⁶¹ *Vid.* ausencias por enfermedad o accidente en el epígrafe “*situaciones específicas legales o convencionales*”.

²⁸⁶² Para mayor abundamiento, *vid.* SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, J.: *Los plazos en el proceso de despido disciplinario*, cit., pp. 124 y ss.

²⁸⁶³ STS 17 de marzo de 2003 [RJ 2003, 3648].

administrativas relativas a los recursos procedentes y plazos para interponerlos; lo contrario supondría colocar a los ciudadanos en situación de inseguridad ante las notificaciones administrativas eliminando la garantía que supone para el administrado la regulación legal de los requisitos de esas notificaciones²⁸⁶⁴. La administración no puede advertir de un plazo en la notificación de la reclamación previa para que el trabajador interponga la demanda y posteriormente manifestar la caducidad cuando ésta es presentada dentro del plazo erróneo advertido por la administración²⁸⁶⁵.

11.1.3 No pronunciamiento sobre el fondo en la caducidad: la no interpretación extensiva

Una vez analizado el cómputo de la caducidad en los anteriores supuestos debe resaltarse la siguiente declaración: el plazo de caducidad de la acción no es susceptible de apreciación extensiva ni puede favorecer a quien incumple el principio de buena fe²⁸⁶⁶.

Calificar de caducidad el plazo para el ejercicio de una acción implica, a desemejanza de lo que ocurre con los plazos de prescripción, que tal caducidad pueda ser aducida no solo por la parte sino también estimable de oficio por el órgano judicial²⁸⁶⁷. Dado que la caducidad es una institución que opera automáticamente su apreciación por el juzgador impedirá entrar sobre el fondo de la cuestión hasta tanto no se encuentre resuelta la misma, sin que ello suponga infracción del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a una resolución sobre el núcleo del asunto – artículo 24 CE–; así se pretende dotar de seguridad al tráfico jurídico instando a la definitiva pérdida de los derechos y acciones del titular que no los haya ejercitado dentro del plazo establecido por ley²⁸⁶⁸.

La caducidad figura en nuestro ordenamiento jurídico como una institución que actúa automáticamente siendo aplicable de oficio y que opera *ex lege* para determinar la pérdida de un derecho o acción por su no ejercicio durante el plazo señalado por la ley²⁸⁶⁹, sin que las partes ni los tribunales puedan contener su actividad y consecuencias extintivas que se producen por el mero transcurso del tiempo. Su fundamento radica en dar seguridad al tráfico jurídico a través de la definitiva pérdida de los derechos y acciones para el titular que no los ha ejercido dentro del plazo que la ley le ha marcado. Es por ello que no cabe al juzgador entrar en el examen y valoración de la conducta de la contraparte después de transcurrido ese plazo dado que derecho y acción habrán

²⁸⁶⁴ STC 194/1992, de 16 de noviembre [RTC 1992, 194]. En este mismo sentido, STSJ Comunidad Valenciana 30 de diciembre de 2016 [JUR 2017, 114069] y STSJ Castilla-La Mancha 30 de noviembre de 2016 [JUR 2017, 6880].

²⁸⁶⁵ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 193.

²⁸⁶⁶ STS 19 de octubre de 1994 [RJ 1994, 8254].

²⁸⁶⁷ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 1012.

²⁸⁶⁸ CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, A. M^a.: “El proceso de despido: de la demanda a la sentencia”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 203.

²⁸⁶⁹ STS 5 de abril de 2017 [RJ 2017, 2274], STS 24 de octubre de 2005 [RJ 2006, 102] y STSJ Castilla y León, Burgos 30 de abril de 2009 [AS 2009, 1172].

dejado de existir en la realidad jurídica: de lo contrario, la caducidad no cumpliría su específica finalidad de normalización del orden jurídico²⁸⁷⁰.

Para que el juez o tribunal pueda estimar de oficio la caducidad de la acción del despido se requiere que en el proceso hayan quedado probados con claridad suficiente los hechos fundamentales del mismo²⁸⁷¹, de manera que no exista incertidumbre sobre la caducidad de la acción por concurrir las condiciones indispensables para su consideración²⁸⁷². Si esos hechos, datos o elementos no son convenientemente acreditados o su realidad es incierta no será posible valorar de oficio tal caducidad; por consiguiente, si el juez o tribunal lo hace se está aventurando a adoptar una resolución desacertada y no conforme a derecho con manifiesta indefensión del trabajador demandante²⁸⁷³.

Jurisprudencia doctrinal desfasada –hoy no vigente– defendía que, en todo caso, la caducidad había de ser invocada desde el comienzo –en instancia, ya sea por la parte demandante, ya sea por el juzgador– sin que pudiera considerarse de oficio en el trámite del recurso porque en este caso estaríamos analizando una cuestión novedosa, no admisible en derecho y que transgrediría el derecho de defensa de la parte contraria. Si la cuestión no era alegada en la instancia ni apreciada de oficio por el juzgador no podía analizarse en sede de recurso porque supondría introducir en el debate procesal una cuestión nueva no deducida ni controvertida en la instancia²⁸⁷⁴. En otras palabras, si la caducidad de la acción no era alegada en la instancia ni tampoco se examinaba de oficio en aquella su planteamiento en casación suponía una cuestión nueva no admisible²⁸⁷⁵, tampoco de oficio, en un recurso extraordinario dada su naturaleza y lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución Española, ya que, de lo contrario, vulneraría el derecho de defensa de la otra parte que se vería privada de los medios normales de oposición frente a una alegación extemporánea. Por tanto, la garantía de este derecho fundamental debía primar sobre la posibilidad de apreciar de oficio la caducidad²⁸⁷⁶. En definitiva, la proposición de la caducidad por la parte interesada en trámite de suplicación o casación se consideraba una cuestión nueva no susceptible –bajo ningún concepto– de ser admitida²⁸⁷⁷.

Sin embargo, la doctrina anterior hoy no se encuentra vigente y el criterio es el contrario: sí puede apreciarse la caducidad de oficio aun cuando la misma no haya sido alegada en primera instancia. De acuerdo con el principio dispositivo o de justicia rogada que rige el proceso judicial español, el Juez y Tribunal sólo puede conocer de las pretensiones y cuestiones que las partes hayan planteado en el proceso: “*esta regla se ha de aplicar desde los momentos iniciales del mismo, en los que tales pretensiones y*

²⁸⁷⁰ STS 24 de septiembre de 1984 [RJ 1984, 4460].

²⁸⁷¹ STS 17 de mayo de 2017 [RJ 2017, 2805]. “*Si esos hechos, datos o elementos no han quedado debidamente acreditados o es dudosa su existencia, el Juez o Tribunal no puede apreciar de oficio tal caducidad, pues no existe base para ello, y por consiguiente si lo hace se arriesga a adoptar una decisión equivocada y contraria a derecho, con manifiesta indefensión del trabajador demandante*”.

²⁸⁷² STS 25 de mayo de 2015 [RJ 2015, 3130].

²⁸⁷³ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 192.

²⁸⁷⁴ STS 24 de noviembre de 1988 [RJ 1988, 8880].

²⁸⁷⁵ STS 7 de junio de 2007 [RJ 2007, 5477].

²⁸⁷⁶ STS 18 de enero de 2006 [RJ 2006, 1790].

²⁸⁷⁷ GODINO REYES, M.: “Caducidad del despido”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 313.

cuestiones han de quedar ya configuradas y delimitadas, sin posibilidad de modificarlas sustancialmente ni de añadir ninguna otra cuestión distinta". Por tanto, "no es posible suscitar nuevos problemas o cuestiones; lo que pone en evidencia que estas nuevas cuestiones no se pueden alegar válidamente por vez primera en vía de recurso". Sin embargo, hay determinados tipo de materias respecto a las que no es aplicable el principio de justicia rogada, las cuales, constituyen verdaderas excepciones al citado principio pues "el Juez o Tribunal puede y debe proceder de oficio a su análisis y resolución, sin necesidad que hayan sido alegadas previamente por alguna de las partes". Obviamente se trata de materias de derecho necesario que afectan de forma especialmente relevante al orden público del proceso. Una de estas materias es, precisamente, el instituto de la caducidad: "desde mucho tiempo atrás, tanto la doctrina jurisprudencial como la científica mantienen que el instituto de la caducidad puede y debe ser apreciado de oficio por los Tribunales". Y este criterio es totalmente aplicable a aquellos casos en que "la empresa demandada alega la excepción de caducidad por vez primera en el recurso de suplicación; y así resulta que sólo puede formular válida y eficazmente tal alegación en el recurso, cuando en la sentencia de instancia hayan quedado plenamente acreditados los hechos sobre los que se funda dicha caducidad. Si no aparece claramente esa constancia fáctica, tal alegación carece totalmente de efectividad y el Tribunal está obligado a desestimar tal pretensión impugnatoria de la sentencia de instancia"²⁸⁷⁸.

11.1.4 Los días hábiles e inhábiles en la caducidad del despido

Para examinar los días incluidos y excluidos del cómputo hay que partir de la siguiente afirmación: la institución de caducidad interviene, en principio, en el plazo del derecho material o sustantivo y no del Derecho Procesal²⁸⁷⁹. La figura que se estudia – plazo de caducidad– tiene entidad sustantiva y no procesal pues sólo gozan de esta última condición –entidad procesal– aquellos que marcan los tiempos del proceso que es donde se desarrolla la actuación judicial²⁸⁸⁰. El plazo de caducidad se desarrolla fuera y antes del proceso aunque opere como día final el de presentación de la demanda. No media durante su transcurso actuación judicial alguna pues como es obvio no es tal ni tiene entidad procesal²⁸⁸¹.

Los plazos de caducidad al igual que los plazos civiles se computan de fecha a fecha²⁸⁸², sin detraer los días inhábiles puesto que el cómputo se efectúa sobre días naturales²⁸⁸³. Sin embargo, tanto el artículo 59.3 ET, como el artículo 103.1 LRJS, consideran días hábiles los veinte días para el ejercicio de la acción de despido razón por lo que la doctrina judicial no duda en calificar de supuesto de caducidad atípica y *sui generis* la establecida en los artículos precitados. El que sean días hábiles quiere decir que el legislador ha querido atribuir una singular influencia procesal a la caducidad de la que aquí tratamos –aún sin hacerle perder su naturaleza sustantiva o material– ya que de otro modo no se explicaría el que los días de tal plazo hayan de ser

²⁸⁷⁸ STS 25 de mayo de 2015 [RJ 2015, 3130] y STS 4 de octubre de 2007 [RJ 2008, 608]

²⁸⁷⁹ ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al*: *Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 292.

²⁸⁸⁰ Para un estudio profundo sobre la misma, *vid.* SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, J.: *Los plazos en el proceso de despido disciplinario*, cit., pp. 29 y ss.

²⁸⁸¹ STS 14 de junio de 1988 [RJ 1988, 5291].

²⁸⁸² STS 21 de septiembre de 2017 [RJ 2017, 4257].

²⁸⁸³ A ello se refiere el artículo 5.2 del Código Civil al establecer que "de los plazos no se excluyen los días inhábiles".

hábiles pues el concepto de días hábiles únicamente opera –aparte de en el procedimiento administrativo– en el proceso judicial pero nunca en el ámbito del ordenamiento material o sustantivo²⁸⁸⁴.

No penetran en el cómputo de los veinte días hábiles los declarados inhábiles por el artículo 182 LOPJ. Precepto que establece que “*son inhábiles a efectos procesales los sábados y domingos, los días 24 y 31 de diciembre, los días de fiesta nacional y los festivos a efectos laborales en la respectiva comunidad autónoma o localidad*”²⁸⁸⁵. Pero hay que tener presente que no es inhábil un día de festividad nacional que es hábil en la comunidad donde se localiza la sede del juzgado por haber hecho uso del derecho a reemplazar algunas de las festividades de ámbito nacional²⁸⁸⁶. Los obstáculos que puedan plantear otras situaciones no pueden utilizarse para transformar en inhábil un día hábil en la sede del juzgado o tribunal²⁸⁸⁷.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 183 LOPJ, “*serán inhábiles los días del mes de agosto para todas las actuaciones judiciales, excepto las que se declaren urgentes por las leyes procesales*”. A esto último se refiere el artículo 43.4 LRJS al señalar que los días del mes de agosto serán inhábiles salvo, entre otros supuestos, para las modalidades procesales de despido²⁸⁸⁸. Conforme esta última argumentación los días no festivos del mes de agosto computan dentro de los veinte días hábiles para el ejercicio de la acción del despido –y del recurso²⁸⁸⁹–. A pesar de la inhabilidad general del precepto citado no pueden descartarse del cómputo de plazo de caducidad los días del mes de agosto de manera que a efectos de despido los días del precitado mes son hábiles por dos argumentos determinantes: porque es un plazo de carácter sustantivo y porque aunque no lo fuera a efectos procesales los días del mes de agosto son hábiles en el proceso por despido²⁸⁹⁰. En definitiva no se computarán los sábados²⁸⁹¹, domingos y

²⁸⁸⁴ STS 23 de enero de 2006 [RJ 2006, 347].

²⁸⁸⁵ STS 26 de septiembre de 2008 [RJ 2008, 5535].

²⁸⁸⁶ STS 18 de septiembre de 1989 [RJ 1989, 6452].

²⁸⁸⁷ GODINO REYES, M.: “Caducidad del despido”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 320.

²⁸⁸⁸ En concreto, el artículo 43.4 LRJS recoge lo siguiente: “*los días del mes de agosto serán inhábiles, salvo en las modalidades procesales de despido, extinción del contrato de trabajo de los artículos 50, 51 y 52 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del artículo 139, impugnación de altas médicas, vacaciones, materia electoral, conflictos colectivos, impugnación de convenios colectivos y tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, tanto en el proceso declarativo como en trámite de recurso o de ejecución. Tampoco serán inhábiles dichos días para la adopción de actos preparatorios, medidas precautorias y medidas cautelares, en particular en materia de prevención de riesgos laborales, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, así como para otras actuaciones que tiendan directamente a asegurar la efectividad de los derechos reclamados o para aquellas que, de no adoptarse pudieran dar lugar a un perjuicio de difícil reparación. Será hábil el mes de agosto para el ejercicio de las acciones laborales derivadas de los derechos establecidos en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*”.

²⁸⁸⁹ SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, J.: *Los plazos en el proceso de despido disciplinario*, cit., p. 40.

²⁸⁹⁰ GODINO REYES, M.: “Caducidad del despido”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 320.

²⁸⁹¹ Sobre el cómputo o no de los sábados, *vid.* SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, J.: *Los plazos en el proceso de despido disciplinario*, cit., p. 38.

los festivos en la sede del órgano jurisdiccional a efectos del cálculo del plazo de los veinte días hábiles que tiene el trabajador para reclamar contra el despido²⁸⁹².

Una vez expuesta la teoría general respecto de los días hábiles e inhábiles es necesario aludir a dos supuestos conflictivos²⁸⁹³: a) Los días de huelga que puedan distorsionar el correcto funcionamiento de los órganos judiciales no se descuentan. La mayor o menor dificultad en la gestión –siempre que no aparezcan causas enervantes de suficiente entidad o de fuerza mayor– no permite excluir del cómputo de caducidad, “*el día 14 del mismo mes, en que se realizó la huelga*” pues en tal fecha “*funcionó el servicio de urgencias de los órganos jurisdiccionales*”²⁸⁹⁴. b) No computa el día de presentación de la papeleta de conciliación ni el día en que la conciliación se celebra – en los términos del artículo 65 LRJS–²⁸⁹⁵.

Cuando la demanda por despido sea presentada el último día de plazo –*dies ad quem*– y además en horario de no apertura del registro del juzgado cabe servirse de la vía del artículo 45 LRJS que permite presentarla ante el juzgado de guardia. También puede emplearse el procedimiento del artículo 135.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en virtud del cual, “*cuando la presentación de un escrito esté sujeta a plazo, podrá efectuarse hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo, en el servicio común procesal creado a tal efecto o, de no existir éste, en la sede del órgano judicial*”. Ambas verosimilitudes se encuentran aceptadas por nuestros tribunales²⁸⁹⁶. Si la parte se acoge al sistema del artículo 45.1 LRJS y pretende presentar válidamente un escrito el último día de plazo en horas en que no esté abierto el registro del Juzgado o de la Sala de lo Social, podrá acudir al Juzgado de Instrucción en funciones de Guardia y luego ponerlo en conocimiento del Juzgado o Sala de lo Social al día siguiente hábil. Pero puede utilizar también, alternativamente, el sistema introducido por el artículo 135.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y presentar su escrito directamente ante el Juzgado o la Sala de lo Social hasta las 15 horas del que podríamos denominar “*día después*”, “*día de gracia*” o “*día de caducidad*”; es decir, el siguiente hábil al del vencimiento del plazo. En este último caso no precisa cumplir con la previsión del artículo 45.1 ET²⁸⁹⁷.

Siendo la regulación procesal civil más ventajosa y tratándose de una normativa de carácter supletorio –artículo 4 de la Ley Enjuiciamiento Civil– es lógico pensar que sea la vía más utilizada en la práctica: es totalmente viable aplicar al proceso laboral el artículo 135 de la Ley Enjuiciamiento Civil²⁸⁹⁸, siendo compatibles ambas previsiones

²⁸⁹² GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 196.

²⁸⁹³ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 1015.

²⁸⁹⁴ STS 26 de noviembre de 1990 [RJ 1990, 8602].

²⁸⁹⁵ STS 19 de septiembre de 2017 [RJ 2017, 4214]. Además, de acuerdo con la reciente jurisprudencia, Al encontrarnos ante un escrito dirigido a órgano administrativo, el plazo de caducidad para la demanda por despido queda suspendido desde el mismo momento en que se interpone la papeleta de conciliación en la oficina postal constando fehacientemente la fecha de ello.

²⁸⁹⁶ Para mayor abundamiento sobre esta discusión bizantina, *vid.* SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, J.: *Los plazos en el proceso de despido disciplinario*, cit., pp. 45 y ss.

²⁸⁹⁷ STS 15 de marzo de 2005 [RJ 2005, 3506].

²⁸⁹⁸ STS 3 de junio de 2013 [RJ 2013, 5354] y STSJ Cataluña 10 de noviembre de 2016 [JUR 2017, 49337].

legales –tanto la vía de la LEC como el artículo 45 LRJS– con la advertencia de encauzar cada una atendiendo a las reglas que las disciplinan²⁸⁹⁹.

La utilización de la vía del artículo 135 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en demandas por despido –también para la papeleta de conciliación²⁹⁰⁰– queda admitida por la doctrina jurisprudencial en virtud de dos importantes argumentos²⁹⁰¹: el primero, se refiere al carácter de escrito que tiene la demanda por despido. De este modo, el proceso por despido únicamente puede entablarse mediante la presentación de una demanda y esta demanda tiene legalmente atribuida la condición de escrito cuyos requisitos generales quedan estipulados en los artículos 80 y 104 LRJS; el segundo, consistente en dar cumplimiento a la medida legal acomodaticia de acceso a la jurisdicción. Si interpretáramos la legalidad procesal diferenciando rígidamente el concepto de caducidad de la acción del término de elasticidad del plazo de presentación de escritos²⁹⁰², de tal suerte que, una vez fenecido el plazo de caducidad el vigésimo día a partir de su apertura resultara ya inútil hacer uso del derecho a la presentación de la demanda el día después –tal como a todo litigante le confiere el artículo 135.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil–, se convertiría en irreal la flexibilidad o facilidad introducida por la ley procesal común para la presentación de escritos, cuya finalidad se encuentra en el designio por parte del legislador de evitar a los litigantes la limitación real o *de facto* que se produciría en su derecho a la utilización íntegra de los plazos por el hecho de que la secretaría de los órganos judiciales no esté abierta hasta las doce de la noche de cada día hábil. De esta forma y mediante el cumplimiento del artículo 135.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se entiende que el escrito ha sido presentado dentro del plazo hábil legalmente marcado y no se limita en ninguna medida el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción en la forma legalmente prevista al efecto. El legislador no ha ampliado en modo alguno los plazos procesales sino que el tiempo de éstos permanece incólume. Únicamente –y con el fin de evitar efectos perjudiciales– ha introducido una ficción consistente en entender presentados dentro del plazo legal aquellos escritos que se aporten al tribunal dentro de las 15 primeras horas del siguiente día hábil al del vencimiento del plazo.

11.2 La suspensión del plazo de caducidad

Una de las distinciones fundamentales generales entre prescripción y caducidad se localiza en la característica de que la primera –prescripción– permite interrupciones volviendo a reabrirse el plazo completo cuando desaparece la causa interruptiva; mientras que la segunda –caducidad– sólo admite suspensiones –exclusivamente por las causas legales correspondientes– de modo que siguen resultando computables los días ya transcurridos antes de la suspensión –es decir, una vez finalizada la suspensión se

²⁸⁹⁹ CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, A. M^a.: “El proceso de despido: de la demanda a la sentencia”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al*: *El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 205.

²⁹⁰⁰ STS 3 de junio de 2013 [RJ 2013, 5354]. “Si el actor interpuso el día 8 de noviembre –el día siguiente al plazo de 20 días– la papeleta de conciliación antes de las 15 horas, realmente actuó dentro de plazo, pues ese día resultaba legalmente posible hacerlo de manera eficaz en derecho, cuando la demanda por despido se planteó el mismo día en que se celebró el acto de conciliación sin avenencia”. En efecto, es válido interponer la demanda dentro de las 15 horas del “día 21” del plazo referido, y la demanda ante el Juzgado de los Social el mismo día en que se lleva a cabo la conciliación sin avenencia.

²⁹⁰¹ STS 15 de marzo de 2005 [RJ 2005, 3506].

²⁹⁰² STC 220/2012, de 26 de noviembre [RTC 2012, 220].

reanuda el cómputo sin comenzarse desde el origen²⁹⁰³. En efecto la suspensión es la detención del tiempo útil por causas que sobrevienen e imposibilitan la continuación o que existiendo ya en el momento inicial la detienen desde ese mismo instante²⁹⁰⁴.

Pese a lo anterior el artículo 59.3 ET sigue hablando inadecuadamente de la interrupción del plazo de caducidad. Este precepto dispone explícitamente que “*el plazo de caducidad quedará interrumpido por la presentación de la solicitud de conciliación ante el órgano público de mediación, arbitraje y conciliación competente*”. Artículo que ha sido interpretado desde antaño por el Tribunal Supremo catalogando la expresión de error terminológico corregido en otro artículo de la LRJS –como el artículo 65 LRJS– que sí habla expresamente de efectos suspensivos sobre los plazos de caducidad cuyo cómputo se reanuda una vez finalizada la causa que la motivó. No hay duda alguna de que el plazo de caducidad no puede interrumpirse en ningún supuesto pues en su propia naturaleza está su carácter perentorio, enfocado a conceder seguridad jurídica y evitar circunstancias de incertidumbre en el tráfico jurídico²⁹⁰⁵. En definitiva la caducidad no admite interrupción –aunque con error terminológico diga lo contrario el artículo 59.3 ET– sino suspensión²⁹⁰⁶, “*lo que supone primero que no es aplicable la teoría general de la interrupción del Código Civil y segundo que debe realizarse un cómputo de descuento, en cada caso, de los días suspendidos*”²⁹⁰⁷.

Si la interrupción del plazo de caducidad no cabe en ningún supuesto, la suspensión solo es admisible cuando así lo establece la ley y por el plazo que señala la misma²⁹⁰⁸. Los supuestos legales de suspensión del plazo de caducidad de la acción de despido y las reglas jurisprudenciales más usuales son las siguientes²⁹⁰⁹: conciliación administrativa previa, reclamación administrativa previa, suscripción de un compromiso arbitral, solicitud de designación de abogado de oficio, demanda ante órgano judicial territorialmente incompetente y demanda formulada contra persona a la que erróneamente se atribuye la condición de empresario, entre otros supuestos²⁹¹⁰.

— La conciliación administrativa previa

²⁹⁰³ ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al*: *Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 293.

²⁹⁰⁴ DE RUGGIERO, R.: *Istituzioni di diritto civile. Diritto delle persone, diritti reali e possesso*, Messina-Roma, Casa Editrice Giuseppe Principato, 1926, p. 314.

²⁹⁰⁵ GODINO REYES, M.: “Caducidad del despido”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al*: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 321.

²⁹⁰⁶ MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N. y GARCÍA VALVERDE, M^a. D.: “Artículo 103. Presentación de la demanda por despido”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al*: *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, cit., p. 581.

²⁹⁰⁷ STS 28 de junio de 1986 [RJ 1986, 3752].

²⁹⁰⁸ GIL Y GIL, J. L.: *La prescripción y la caducidad en el contrato de trabajo*, cit., p. 169.

²⁹⁰⁹ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al*: *Extinción del contrato de trabajo*, cit., pp. 1016 y ss. GODINO REYES, M.: “Caducidad del despido”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al*: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., pp. 322 y ss.

²⁹¹⁰ MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N. y GARCÍA VALVERDE, M^a. D.: “Artículo 103. Presentación de la demanda por despido”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al*: *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, cit., p. 581.

La suspensión del plazo de caducidad en la conciliación administrativa previa queda reflejada en el artículo 65.1 LRJS cuando dispone que “*la presentación de la solicitud de conciliación o de mediación suspenderá los plazos de caducidad e interrumpirá los de prescripción. El cómputo de la caducidad se reanudará al día siguiente de intentada la conciliación o mediación o transcurridos quince días hábiles, excluyendo del cómputo los sábados, desde su presentación sin que se haya celebrado*”²⁹¹¹. La finalidad de este procedimiento es lograr una solución extrajudicial al conflicto que enfrenta a las partes lo que convierte a los argumentos jurídicos en actores secundarios durante su tramitación²⁹¹².

De acuerdo con el artículo 6 del Real Decreto 2756/1979, de 23 de noviembre, por el que el Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación asume parte de las funciones que tiene encomendadas, la conciliación se promoverá mediante papeleta en la que deberán constar los siguientes extremos: los datos personales del que la presente y de los demás interesados y sus domicilios respectivos; lugar y clase de trabajo, categoría profesional u oficio, antigüedad, salario y demás remuneraciones con especial referencia a la que, en su caso, sea objeto de reclamación; enumeración clara y concreta de los hechos sobre los que verse su pretensión y cuantía económica si fuere de esta naturaleza; si se trata de reclamación por despido se hará constar la fecha de éste y los motivos alegados por la empresa; y siempre fecha y firma. El Tribunal Constitucional ha manifestado la plena compatibilidad de la conciliación administrativa previa con el derecho a la tutela judicial efectiva –artículo 24 CE– porque ni se excluye el conocimiento jurisdiccional de la cuestión controvertida –pues supone solo un simple aplazamiento de la intervención judicial– ni se trata de un trámite desproporcionado o injustificado –pues su finalidad es procurar una solución extraprocesal de la controversia que beneficia tanto a las partes como al sistema judicial–²⁹¹³.

Existe unanimidad a la hora de considerar que estos quince días han de ser hábiles de acuerdo con el artículo 182 LOPJ²⁹¹⁴: “*por razones de seguridad jurídica y de tutela judicial, no cabe interpretar que el plazo de 20 días de caducidad de la acción de despido haya de computarse de modo distinto que el de 15 días de suspensión del transcurso del plazo de caducidad, cuando ambos plazos se encuentran establecidos en la misma ley*”²⁹¹⁵.

Genéricamente la conciliación sólo suspende la caducidad cuando se maneja apropiadamente²⁹¹⁶, no cuando se utiliza de forma contraproducente o innecesariamente: en efecto, el plazo de caducidad de la acción de despido se constituye tanto en beneficio del trabajador como del empresario para evitar situaciones inestables y precarias en la esfera jurídico-laboral²⁹¹⁷.

Por otro lado, la presentación de solicitud de conciliación en servicio administrativo incompetente por razón del territorio ocasiona la suspensión del plazo de caducidad o con carácter más general es posible y eficaz presentar la solicitud o

²⁹¹¹ Para mayor abundamiento, *vid.* SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, J.: *Los plazos en el proceso de despido disciplinario*, cit., pp. 152 y ss.

²⁹¹² RUBIO DE MEDINA, M^a. D.: *El despido disciplinario*, cit., p. 25.

²⁹¹³ STC 75/2001, de 26 de marzo [RTC 2001, 75].

²⁹¹⁴ SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, J.: *Los plazos en el proceso de despido disciplinario*, cit., p. 42.

²⁹¹⁵ STSJ Murcia 25 de junio de 2007 [JUR 2007, 300016].

²⁹¹⁶ STSJ Andalucía /Málaga 29 de mayo de 2014 [AS 2014, 1762].

²⁹¹⁷ STS 23 de julio de 1990 [RJ 1990, 6454].

papeleta de conciliación previa del artículo 63 LRJS, “en el registro de cualquier órgano administrativo, estatal o autonómico; con la consiguiente suspensión del plazo de caducidad, la cual, sin embargo, se sujetará a los límites señalados en el artículo 65.1, a contar precisamente desde la presentación del escrito inicial en ese otro órgano no competente”²⁹¹⁸. Con esta corriente judicial la doctrina científica dirige la fase de conciliación a lo establecido en la regla segunda del artículo 14 LRJS: “si se estimase la declinatoria, el demandante podrá deducir su demanda ante el órgano territorialmente competente, y si la acción estuviese sometida a plazo de caducidad se entenderá suspendida desde la presentación de la demanda hasta que la sentencia que estime la declinatoria quede firme”. Contenido que ha de ponerse en relación con lo dispuesto en el artículo 3.1 del Código Civil: “las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”. En efecto el verdadero sentido es permitir que “la acción no caducada cuando fue ejercida ante órgano judicial que no fuera competente por razón del territorio no se perjudique por ser estimada la declinatoria, haciendo posible su posterior y eficaz interposición ante el órgano judicial competente territorialmente”²⁹¹⁹. En otro sentido la suspensión del plazo de caducidad mientras se debate la conciliación sólo permite reabrirlo por el tiempo que resta cuando al momento de presentación de la papeleta de conciliación quedaba aún plazo²⁹²⁰.

El día de presentación de la papeleta de conciliación no se computa y tampoco se computa el día de su celebración²⁹²¹. Por otro lado, si el acto de conciliación no se oficia en los quince días siguientes a su presentación, el plazo se reanuda a partir del día siguiente a la finalización de éste²⁹²². Presentado el escrito, el órgano conciliador citará a que comparezcan las partes –siendo la presencia al acto de conciliación imperativa– en cuyo acto se incitará a los afectados a que alcancen un acuerdo. Cuando estando convenientemente emplazadas las partes para el acto de conciliación o de mediación no acudiese el solicitante ni alegase justa causa –verbigracia, presentación de un parte de consulta médica y hospitalización²⁹²³, o sufrir crisis de ansiedad con repentina indisposición sin que el hecho de que el centro clínico sea privado le reste credibilidad o eficacia²⁹²⁴– se tendrá por no presentada la papeleta de conciliación o la solicitud de mediación archivándose todo lo actuado. Si no compareciere la otra parte debidamente convocada se reflejará explícitamente en la certificación del acta de conciliación o de mediación y se tendrá la conciliación o la mediación por intentada sin efecto –artículo 66.2 LRJS–. El juez o tribunal impondrán las costas del proceso a la parte que no hubiera comparecido sin causa justificada, incluidos honorarios hasta el límite de seiscientos euros de letrado o graduado social colegiado de la parte contraria que hubiere intervenido, si la sentencia que en su día se dicte coincidiera prácticamente con la pretensión contenida en la papeleta de conciliación o en la solicitud de mediación²⁹²⁵. El acuerdo de conciliación o de mediación alcanzado podrá ser impugnado por las partes y por quienes pudieran sufrir perjuicio por aquél, ante el juzgado o tribunal

²⁹¹⁸ STS 31 de enero de 2003 [RJ 2004, 1826].

²⁹¹⁹ STS 29 de enero de 1996 [RJ 1996, 483].

²⁹²⁰ STS 17 de diciembre de 1996 [RJ 1996, 9720].

²⁹²¹ STSJ Comunidad Valenciana 11 de abril de 2017 [AS 2017, 1206].

²⁹²² STSJ Canarias/Tenerife 28 de junio de 2017 [JUR 2017, 223852] y STSJ Andalucía/Sevilla 8 de junio de 2016 [JUR 2016, 203375].

²⁹²³ STSJ Madrid 21 de enero de 2008 [JUR 2008, 125103].

²⁹²⁴ STSJ Madrid 21 de marzo de 2007 [JUR 2007, 148580].

²⁹²⁵ A ello se refiere el artículo 66 LRJS.

competente al que le hubiera correspondido el conocimiento del asunto objeto de la conciliación o de la mediación y mediante el ejercicio de la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos con fundamento en su ilegalidad o lesividad. Esta acción caducará a los treinta días hábiles excluidos los sábados, domingos y festivos siguientes a aquel en que se adoptó el acuerdo²⁹²⁶. No obstante, para los posibles perjudicados el plazo contará desde que lo pudieran haber conocido –artículo 67 LRJS–.

En caso de acuerdo entre las partes es apropiado que el trabajador tenga en cuenta que el Fondo de Garantía Salarial únicamente sufragará indemnizaciones derivadas del despido como consecuencia de sentencia o de conciliaciones celebradas con presencia judicial –sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del doble del salario mínimo interprofesional incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias²⁹²⁷– por lo que jamás abonará indemnizaciones provenientes de conciliaciones –administrativas– ante el órgano público de mediación, arbitraje y conciliación. Los elementos de afianzamiento de deudas salariales e indemnizatorias del Fondo de Garantía Salarial son tres: subjetivos –empresario, trabajador e instituto de garantía salarial–, objetivos –los salarios e indemnizaciones cuya garantía justifica esta relación– y formales –título ejecutivo en el que consta el crédito laboral garantizado y constancia documental de la insuficiencia patrimonial del empleador deudor–²⁹²⁸.

Se entiende que existe insolvencia del empresario cuando instada la ejecución en la forma establecida por la LRJS no se consiga satisfacción de los créditos laborales. En sentido genérico, la insolvencia es el elemento causal de la relación de garantía salarial que actúa como requisito previo del derecho a percibir los créditos laborales garantizados. Nos encontramos ante un título formal, declarativo de ésta realidad, emanado de un órgano judicial, requiriéndose para su validez, que se haya dictado con audiencia del Fondo de Garantía Salarial. La insolvencia concursal consiste en una estructura paralela a la descrita para la insolvencia individual. En cualquier caso, ambas situaciones se consideran integradas en la expresión insolvencia o concurso del empresario²⁹²⁹. Por lo tanto, el trabajador debe cerciorarse en la conciliación –sin intervención judicial– de que la cuantía que se convenga en calidad de indemnización derivada de la extinción de la relación laboral sea sufragada en metálico o por cualquier otra forma de pago en la que se asegure el cobro, debiendo no tolerarse la conciliación –administrativa– cuando se tengan mínima desconfianza de que la empresa posee bienes susceptibles de embargo, ya que en el supuesto de que la mercantil infrinja lo convenido en conciliación administrativa, el empleado se verá obligado a solicitar la ejecución judicial y si acontecidos los trámites concernientes no se localizan bienes del empresario el juzgado procederá a dictar la insolvencia transitoria de la empresa. Y en estos casos, aunque el trabajador solicite al Fondo de Garantía Salarial el abono de la cuantía adeudada se procederá a su desestimación al no derivarse de sentencia, resolución administrativa o conciliación judicial, conforme previene el artículo 33.2 ET²⁹³⁰. En suma, las obligaciones de las que responde el Fondo de Garantía Salarial no son las del empresario –responsable principal– sino otras distintas y muy limitadas de origen legal

²⁹²⁶ STSJ Andalucía/Málaga 16 de junio de 2016 [JUR 2017, 31757].

²⁹²⁷ Artículo 33.2 ET.

²⁹²⁸ MARTÍN SERRANO, A. L.: “La responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial por indemnizaciones por despido”, en AA. VV: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 693.

²⁹²⁹ Artículo 33.1 ET.

²⁹³⁰ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 204.

cuya finalidad es paliar la situación de desprotección en la que queda el titular de los créditos laborales por insolvencia del deudor²⁹³¹.

— La reclamación administrativa previa

La reclamación administrativa previa también suspende los plazos de caducidad. A esto último se refiere el artículo 73 LRJS al establecer que “*la reclamación previa interrumpirá los plazos de prescripción y suspenderá los de caducidad, reanudándose estos últimos al día siguiente al de la notificación de la resolución o del transcurso del plazo en que deba entenderse desestimada*”. El trámite de conciliación se sustituye por la reclamación previa en vía administrativa que también suspende el plazo de caducidad para la interposición de la demanda²⁹³², reanudándose –siendo la única diferencia con la conciliación administrativa previa– desde el día siguiente a la notificación de la resolución o desde que haya transcurrido el plazo en que deba comprenderse desestimada.

La reclamación administrativa previa encuentra legitimidad por la finalidad que posee²⁹³³: permite conocer el fundamento de la pretensión deducida por el administrado para satisfacerla extraprocesalmente o posibilitar una fundada oposición²⁹³⁴. La finalidad de esta figura es poner en conocimiento del órgano administrativo el contenido y fundamento de la pretensión formulada especificando los hechos que originan la acción y otorgándole ocasión de resolver directamente el litigio evitando así la necesidad de acudir a la jurisdicción. Es un instrumento para eludir el proceso: una forma de solución privada de conflictos cuando la demandada es la administración pública. Desde la perspectiva procesal la reclamación administrativa previa es un legítimo requisito exigido por el legislador no contrario al artículo 24 CE²⁹³⁵: si bien es cierto que este instrumento preprocesal supone la creación de serias dificultades para permitir el acceso a la jurisdicción ordinaria, se justifica al tratarse de un obstáculo razonable de acuerdo a las funciones constitucionales que la administración tiene asignadas²⁹³⁶.

Denegada la reclamación previa o transcurrido el plazo de un mes sin haber sido notificada la resolución²⁹³⁷, el interesado podrá interponer la demanda ante el Juzgado de lo Social competente uniendo copia de la resolución denegatoria o documento acreditativo de la presentación de la reclamación a la entidad demandada. Por consiguiente, el plazo para presentar la reclamación ante la administración es de veinte días hábiles pero desestimada aquella –también por silencio administrativo²⁹³⁸– no se abre un nuevo plazo sino que se reinicia el anterior debiendo computarse los días

²⁹³¹ MARTÍN SERRANO, A. L.: “La responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial por indemnizaciones por despido”, en AA. VV: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 701.

²⁹³² STS 28 de junio de 1999 [RJ 1999, 5786]. En este sentido, STSJ Asturias 24 de enero de 2014 [AS 2014, 657].

²⁹³³ Sobre el lugar, tiempo y contenido de la reclamación administrativa previa, *vid.* SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, J.: *Los plazos en el proceso de despido disciplinario*, cit., pp. 183 y ss.

²⁹³⁴ MOLINA NAVARRETE, C.: “Error en el cumplimiento del trámite preprocesal y efectos suspensivos del plazo de caducidad”, en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 51, 1999, p. 201.

²⁹³⁵ STC 21/1986, de 14 de febrero [RTC 1986, 21].

²⁹³⁶ STC 60/1989, de 16 de marzo [RTC 1989, 60].

²⁹³⁷ STS 8 de febrero de 2010 [RJ 2010, 1434].

²⁹³⁸ STSJ Castilla-La Mancha 6 de octubre de 2014 [JUR 2014, 270558].

transcurridos desde el despido hasta la presentación de la reclamación previa o por el transcurso del plazo de un mes si haber sido notificada la resolución hasta la interposición de la demanda²⁹³⁹.

Pero al igual que ocurre con la conciliación la reclamación administrativa previa solo suspende la caducidad cuando es utilizada acertadamente no cuando se usa de forma inapropiada o innecesaria²⁹⁴⁰. Sin embargo, la interposición del trámite de conciliación –en vez de reclamación administrativa previa– puede suspender el plazo de caducidad en aquellos supuestos en los que debiera interponerse reclamación administrativa previa si se dan los siguientes requisitos²⁹⁴¹: a) Que exista expresa voluntad impugnatoria del trabajador constatada con la presentación de la papeleta de conciliación –aun cuando se trate de un cauce irregular–²⁹⁴². b) Que la administración tenga conciencia de la presentación de dicha papeleta con anterioridad a la demanda y por consiguiente de la pretensión del trabajador²⁹⁴³. c) Que no se haya advertido al litigante la vía impugnatoria a seguir –más importante cuando media confusión sobre la naturaleza jurídica de la entidad demandada y no posea mala fe²⁹⁴⁴–.

En consecuencia, en materia de despido en la que el plazo del ejercicio de la acción es de caducidad²⁹⁴⁵, la presentación de la reclamación previa no comporta una interrupción del plazo lo que supondría volver a contar íntegramente el cómputo a partir del día siguiente al de la notificación de la resolución o del transcurso del plazo en que deba entenderse desestimada –como si se tratara de una prescripción– sino que el plazo se reanuda²⁹⁴⁶ –pues estamos ante una suspensión y no ante una interrupción de la prescripción– lo que implica que sigue corriendo el intervalo de tiempo a partir de la negación expresa o por silencio pero computando el período consumido con anterioridad a la reclamación²⁹⁴⁷.

Las cuestiones interpretativas que ocasiona el artículo 73 LRJS pueden manifestarse con los siguientes enunciados:

a) La presentación de la reclamación previa con efectos suspensivos del plazo de caducidad puede desarrollarse en cualquiera de los emplazamientos que determina el artículo 16 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, incluidas las oficinas de correos²⁹⁴⁸.

²⁹³⁹ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 201.

²⁹⁴⁰ STS 23 de julio de 1990 [RJ 1990, 6454].

²⁹⁴¹ SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, J.: *Los plazos en el proceso de despido disciplinario*, cit., pp. 196 y 197. ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 1018.

²⁹⁴² STS 13 de octubre de 1989 [RJ 1989, 7171].

²⁹⁴³ STS 28 de junio de 1999 [RJ 1999, 5786].

²⁹⁴⁴ STSJ Canarias/Las Palmas 23 de marzo de 2006 [AS 2006, 2226].

²⁹⁴⁵ Sobre la incidencia en el plazo de caducidad de las notificaciones defectuosas de despido o de la resolución de la reclamación administrativa, *vid.* SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, J.: *Los plazos en el proceso de despido disciplinario*, cit., pp. 187 y ss.

²⁹⁴⁶ STSJ Andalucía/Málaga 16 de abril de 2015 [JUR 2015, 143395].

²⁹⁴⁷ STS 21 de julio de 1997 [RJ 1997, 5872].

²⁹⁴⁸ *Vid.* STS 19 de septiembre de 2017 [JUR 2017, 245562]

b) El plazo en el que la solicitud ha de estimarse repudiada por silencio es de un mes²⁹⁴⁹. Transcurrido el mismo se reinicia al día siguiente el plazo de caducidad: no es una mera ficción legal a efectos puramente procesales pues el silencio constituye un acto administrativo presunto con plenos efectos jurídicos y con el mismo valor que si se tratase de una resolución expresa²⁹⁵⁰.

c) Se ha discutido si la resolución tardía posterior al citado plazo admite ampliar el período de suspensión del cómputo de la caducidad hasta dicha fecha, cuestión resuelta por la doctrina jurisprudencial al advertirse que la suspensión finaliza en el momento en el que transcurre el plazo en el que ha de entenderse desestimada la solicitud por silencio –un mes– sin que la resolución posterior permita modificar o ampliar tal período suspensivo que es el establecido por la ley de forma expresa²⁹⁵¹, por lo que no tiene cabida la doctrina de los actos propios: su regulación se basa en normas de carácter imperativo y de derecho necesario por razones de seguridad jurídica y no en normas de carácter dispositivo²⁹⁵².

En unificación de doctrina, el Tribunal Supremo ha establecido lo siguiente: *“debe entenderse que si presentada en tiempo hábil la reclamación previa y si tras ello, transcurrido el plazo en que deba entenderse finalizado el plazo de desestimación tácita no se formula la demanda en el tiempo que resta del plazo de caducidad, la acción impugnatoria debe reputarse extinguida, aun cuando exista una resolución expresa tardía posterior, que no rehabilita dicha acción”*²⁹⁵³. En otros términos, *“ni que la resolución administrativa que resuelve tardíamente la reclamación previa haga revivir el plazo de caducidad ya concluido”*²⁹⁵⁴. O *“sin que sobre ellos tenga incidencia alguna suspensiva la circunstancia de que se hubiese dictado resolución administrativa denegatoria por la Consejería demandada en la fecha tardía”*²⁹⁵⁵. En definitiva, carece *“de eficacia enervatoria la resolución expresa denegatoria dictada tardíamente”*²⁹⁵⁶. Por tanto, *“a diferencia de la prescripción, cuyo plazo se interrumpe por el ejercicio de la acción e incluso por reclamación extrajudicial”*, la ley *“no contempla tales actuaciones como suspensivas de la caducidad, por lo que ha de entenderse que el ejercicio de la acción, mediante la presentación de la demanda de despido, produce la conclusión del plazo legal por cumplimiento de su objetivo, y no una suspensión que autorizase a reanudar su cómputo por desistimiento expreso o tácito, y tanto con resolución administrativa extemporánea de la reclamación previa como sin ella”*²⁹⁵⁷. Pero cuando la resolución tardía de la administración fuera estimatoria de la presentación del trabajador y la estimación se produjera antes de la sentencia de instancia habrá de ponerlo en conocimiento del órgano jurisdiccional que dictará auto en el que constará la resolución administrativa para, posteriormente, archivar las

²⁹⁴⁹ STSJ Andalucía/Málaga 16 de abril de 2015 [JUR 2015, 143395].

²⁹⁵⁰ STSJ Extremadura 18 de mayo de 1998 [AS 1998, 2385].

²⁹⁵¹ STS 19 de julio de 2004 [RJ 2004, 6130].

²⁹⁵² MONTERO AROCA, J. (Coord.) *et al: Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, Madrid, Civitas, 1993, p. 476.

²⁹⁵³ STS 21 de julio de 1997 [RJ 1997, 5872]. En este mismo sentido, STSJ Comunidad Valenciana 10 de julio de 1995 [AS 1995, 3018], STSJ Aragón 19 de noviembre de 1997 [AS 1997, 4239], STSJ Madrid 10 de marzo de 1998 [AS 1998, 1117], STSJ Murcia 18 de noviembre de 2002 [AS 2002, 3976], Auto TS 16 de marzo de 2010 [JUR 2010, 143419] y STSJ Galicia 17 de noviembre de 2010 [JUR 2011, 48368].

²⁹⁵⁴ STSJ Andalucía/Málaga 25 de octubre de 2007 [JUR 2008, 267871].

²⁹⁵⁵ STSJ Andalucía/Sevilla 10 de septiembre de 2015 [JUR 2015, 262247].

²⁹⁵⁶ STSJ Andalucía/Málaga 29 de marzo de 2017 [JUR 2017, 162007].

²⁹⁵⁷ STS 10 de mayo de 2005 [RJ 2005, 6139] y Auto TS 22 de marzo de 201 [JUR 2017, 96429]. En este mismo sentido, STSJ Madrid 7 de abril de 2017 [JUR 2017, 152430].

actuaciones sin emitir pronunciamiento alguno²⁹⁵⁸. Y cuando la resolución de la administración fuese posterior a la sentencia desestimatoria de las pretensiones del trabajador procederá resolver a favor de la decisión tardía entendiéndose que la administración renuncia a los derechos reconocidos por la sentencia judicial²⁹⁵⁹.

d) Se ha admitido la interposición de la demanda antes de que haya transcurrido un mes desde la presentación de la reclamación previa –sin respuesta expresa– cuando al oficiarse el acto de juicio haya transcurrido el citado período de tiempo: la eficacia de la reclamación administrativa será plena al haber cumplido su función el trámite preprocesal²⁹⁶⁰.

e) Formulada reclamación administrativa previa con posterioridad a la interposición de la demanda, aplicando el principio *pro actione*, resultará plenamente eficaz con tal de que transcurra el plazo de un mes desde su presentación hasta la celebración del juicio: se otorga conocimiento –aunque sea tardío– a la administración de la reclamación formulada contra ella en vía judicial debiéndose interpretar de la forma más favorable para el ejercicio de la acción judicial²⁹⁶¹.

f) Se ha tolerado –de forma excepcional– que la presentación de papeleta de conciliación cuando incumbía la presentación de reclamación previa –por tratarse de una entidad de derecho público– suspende el plazo de caducidad de la acción siempre que la propia entidad pública no hubiera advertido expresamente en la resolución que acuerda el despido la vía precisa de impugnación del mismo²⁹⁶².

La razón de que se produzca la suspensión se debe a que la conciliación previa y la reclamación administrativa previa en vía judicial son presupuestos procesales obligatorios para la admisibilidad de la demanda; por este motivo ha de descontarse del plazo de caducidad el tiempo invertido para realizar tales actos²⁹⁶³.

La mejor doctrina administrativa sostiene que la exigencia actual de reclamación administrativa previa no es indispensable porque no cumple funciones a las que históricamente sirvió. Además su utilidad real y práctica con finalidad de evitar procesos inútiles es nula por lo que resulta razonable debatir sobre su supresión o al menos su conversión como instrumento meramente facultativo²⁹⁶⁴. Actualmente solo se mantiene por tradición y complacencia legislativa de las administraciones públicas²⁹⁶⁵.

²⁹⁵⁸ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: “Reclamación administrativa previa”, en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. (Coord.) et al: *Diccionario Procesal Social*, Madrid, Civitas, 1996, p. 652.

²⁹⁵⁹ ALONSO OLEA, M.: *La reclamación administrativa previa. Un estudio sobre la vía administrativa como presupuesto del proceso ante la Jurisdicción de Trabajo*, Sevilla, Instituto García Oviedo, 1961, pp. 52 y 53.

²⁹⁶⁰ Vid. al respecto, GÓMEZ BERNAL, M. T.: “Interpretación formalista y desproporcionada del agotamiento de la vía previa”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 66, 1994, pp. 661 y ss.

²⁹⁶¹ BAYLOS GRAU, A. P, CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a. F.: *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, Madrid, Trotta, 1992, p. 96. BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *La caducidad en Derecho Laboral*, Pamplona, Aranzadi, 1995, p. 264.

²⁹⁶² STS 18 de julio de 1997 [RJ 1997, 6844].

²⁹⁶³ GIL Y GIL, J. L.: “La caducidad de la acción de despido”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 733.

²⁹⁶⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 2002, p. 673.

²⁹⁶⁵ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Deficiencias del proceso social y claves para su reforma*, Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 27.

Es obvio que la conciliación puede realizar la misma función que la reclamación administrativa previa, incluso en su carácter de registro preprocesal²⁹⁶⁶, convirtiéndose en un recorrido menos tortuoso²⁹⁶⁷. Quizás lo más adecuado sería homogenizar el régimen de acceso a la jurisdicción a través de la vía de la conciliación –obteniendo una negativa explícita por parte de la administración– y eliminar la reclamación administrativa –que suele desembocar en una negativa tácita²⁹⁶⁸. La respuesta podría desembocar en un sencillo y efectivo cambio de *lege ferenda*²⁹⁶⁹.

— Suscripción de compromiso arbitral

El artículo 65.3 LRJS establece que se suspenderán los plazos de caducidad “*por la suscripción de un compromiso arbitral*”. En estos casos, “*el cómputo de la caducidad se reanudará al día siguiente de que adquiera firmeza el laudo arbitral; de interponerse un recurso judicial de anulación del laudo, la reanudación tendrá lugar desde el día siguiente a la firmeza de la sentencia que se dicte*”²⁹⁷⁰. Si las partes han sometido la disputa sobre la calificación del despido a un compromiso arbitral en la forma prevista por los acuerdos interprofesionales o sobre materias concretas que se aprecian en el citado precepto estatutario, lo cierto es que la acción ya se habrá desarrollado, de manera que no se comprende bien la necesidad de que se considere suspendido el cómputo de la caducidad hasta que se dicte el laudo o la sentencia en caso de impugnación de aquel²⁹⁷¹.

La finalidad de este precepto no es otro que fomentar los medios extrajudiciales de solución de conflictos como instrumento alternativo a la jurisdicción social –equiparado a la conciliación administrativa– para solucionar los litigios entre los sujetos de la relación laboral. No obstante hay que dar cuenta de la escasa utilización práctica en el caso de despido²⁹⁷².

Por encima de las afirmaciones precedentes la mayor deficiencia deducida desde la coherencia jurídica –y verdadero disparate²⁹⁷³– se localiza en la afirmación del propio artículo 65.3 LRJS: “*la caducidad se reanudará al día siguiente de que adquiera firmeza el laudo arbitral*”. De ser firme el laudo arbitral, por definición, no cabrá recurso alguno contra el mismo: quizás no sea adecuado que se contemple la reanudación del plazo de caducidad de una acción ya actuada, satisfecha y agotada,

²⁹⁶⁶ MOLINA NAVARRETE, C.: “Error en el cumplimiento del trámite preprocesal y efectos suspensivos del plazo de caducidad”, en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, cit., p. 202.

²⁹⁶⁷ DE NIEVES NIETO, N.: *La reclamación administrativa previa en los procesos de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 163 y 164.

²⁹⁶⁸ SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Interpretación del requisito procesal de haber agotado la vía previa *ratione temporis* (STCo 122/1993, de 19 abril)” en ALONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A. (Dirs.) *et al: Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Madrid, Civitas, 1994, p. 340.

²⁹⁶⁹ SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, J.: *Los plazos en el proceso de despido disciplinario*, cit., p. 205 y 206.

²⁹⁷⁰ STSJ Castilla-La Mancha 2 de junio de 2015 [JUR 2015, 161344].

²⁹⁷¹ GODINO REYES, M.: “Caducidad del despido”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 324.

²⁹⁷² ALEGRE NUENO, M.: *La impugnación del despido*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 215.

²⁹⁷³ VALDES DAL-RÉ, F.: “Problemas aplicativos de la ordenación del arbitraje en conflictos colectivos previstos en el ASEC”, en *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2000, *passim*.

habiendo sido resuelto el conflicto del que traía causa, aun cuando haya sido por laudo arbitral y no por sentencia judicial²⁹⁷⁴. Con más razón cuando se realiza una detenida lectura del artículo 68 LRJS: “*se entenderán equiparados a las sentencias firmes a efectos de ejecución definitiva los laudos arbitrales igualmente firmes, individuales o colectivos, dictados por el órgano que pueda constituirse mediante los acuerdos interprofesionales y los convenios colectivos*”. Que se permita recurrir un laudo arbitral firme es una muestra más de la desconfianza existente hacia los métodos de resolución de conflictos externos a los tribunales y jueces ordinarios.

— Solicitud de designación de abogado de oficio

De acuerdo con el artículo 21.4 LRJS, “*la solicitud de designación de abogado por el turno de oficio por los trabajadores y los beneficiarios del sistema de Seguridad Social que, por disposición legal ostentan todos el derecho a la asistencia jurídica gratuita, dará lugar a la suspensión de los plazos de caducidad*”. En virtud del artículo precitado se acepta la suspensión del cómputo del plazo de caducidad de la acción de despido²⁹⁷⁵. La ambigüedad de la norma sobre el inicio y final del período de suspensión obliga a asistir a la propia Ley de Asistencia Jurídica Gratuita²⁹⁷⁶, en cuyo artículo 16, se establece que el plazo se suspende el día en el que el trabajador solicita el nombramiento de abogado²⁹⁷⁷; en otros términos, el plazo de caducidad queda suspendido desde que se solicita abogado del turno de oficio²⁹⁷⁸. Lógicamente deberá ser solicitado antes de que haya caducado la acción para impugnar el despido²⁹⁷⁹.

El fundamento constitucional es claro y contundente²⁹⁸⁰: “*todos tienen derecho a un proceso público con todas las garantías, entre las que indudablemente están las derivadas de la dirección letrada, y si esto es así, no puede el ejercicio de un derecho redundar en perjuicio de quien lo utiliza debidamente amparado por la norma, y efectivamente esto sucedería si el tiempo que se invirtiera en la designación de letrado y su notificación a la parte, mermara el plazo de veinte días dispuesto en el artículo 59.3 ET*”²⁹⁸¹.

Tres son las condiciones recogidas en el artículo 16.2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita para que actúe la suspensión: que la solicitud del reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita se realice antes de iniciar el proceso; que dentro de lo preceptuado en la norma no pueda designarse abogado de oficio para ejercitar la acción en nombre del solicitante –y de ser preceptivo procurador del turno de oficio– lo que interrumpirá o suspenderá el plazo hasta que recaiga resolución definitiva en vía administrativa; y que la acción pueda resultar perjudicada

²⁹⁷⁴ SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, J.: *Los plazos en el proceso de despido disciplinario*, cit., p. 209.

²⁹⁷⁵ STSJ Comunidad Valenciana 10 de mayo de 2016 [AS 2016, 1163].

²⁹⁷⁶ Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

²⁹⁷⁷ STSJ Castilla-La Mancha 19 de mayo de 2017 [JUR 2017, 167980] y STSJ Castilla-La Mancha 10 de noviembre de 2016 [JUR 2016, 271052].

²⁹⁷⁸ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 198.

²⁹⁷⁹ GIL Y GIL, J. L.: “La caducidad de la acción de despido”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 738.

²⁹⁸⁰ Vid. BACHMAIER WINTER, L.: *La asistencia jurídica gratuita*, Granada, Comares, 1997, pp. 183 y 184. También, NIETO GUZMÁN DE LAZARO, L. F.: *Turno de oficio. Justicia Gratuita*, Madrid, La Ley, 2008, pp. 18 y ss.

²⁹⁸¹ STSJ Comunidad Valenciana 10 de junio de 1994 [AS 1994, 2634].

por el transcurso de los plazos de prescripción o caducidad. El cómputo del plazo de prescripción se reanudará desde la notificación al solicitante de la designación provisional de letrado por el Colegio de Abogados o desde la notificación del reconocimiento o denegación del derecho de abogado de oficio por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita y, en todo caso, en el plazo de dos meses desde la presentación de la solicitud. No obstante, en el supuesto de que esta petición hubiere sido denegada, fuere claramente abusiva y únicamente esté encomendada para dilatar los plazos, el órgano judicial que conozca de la causa podrá computar los mismos en los estrictos términos legalmente previstos con todas las consecuencias que de ello se derive –por ejemplo, no admitir la demanda por haber transcurrido el plazo legal durante el cual cabe su presentación²⁹⁸²–.

Sólo podrán computarse válidamente los plazos procesales correspondientes bien a partir del momento en el que los beneficiarios del derecho a la asistencia jurídica gratuita hayan recibido la notificación en la debida forma del nombramiento de los profesionales designados para su defensa, o bien en aquellos casos en los que no conste de manera fehaciente la notificación de dicha designación desde el momento en que los profesionales designados realicen de manera efectiva alguna actuación orientada a la defensa de los ciudadanos a quienes se les haya reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita²⁹⁸³.

Al trabajador le corresponderá acreditar la fecha de solicitud de abogado de oficio²⁹⁸⁴. No obstante, la fecha de notificación al peticionario recae sobre el demandado al ser quien alega la extemporaneidad de la demanda, *incumbit probatio qui dixi non qui negat*, de acuerdo con el artículo 217.3 LEC: requerir al pertinente Colegio de Abogados la certificación de notificación o en su defecto solicitar auxilio judicial para obtenerla²⁹⁸⁵.

Además la consecuencia suspensiva sobre la caducidad desprende efectos con independencia de que la intervención del letrado no sea obligatoria sino facultativa: “esos parámetros no varían ni siquiera cuando la intervención letrada en la instancia sea facultativa, puesto que, incluso no siendo preceptiva, es un derecho que la parte gobierna en su ejercicio, decidiendo con libertad si servirse o no de un experto en derecho para defender sus intereses”²⁹⁸⁶.

— Demanda ante órgano judicial territorialmente incompetente

Aunque es corriente que no se cite entre los incidentes de suspensión del plazo de caducidad de la acción de despido parece obvio que el artículo 14 LRJS ha de insertarse entre ellos. Planteada la declinatoria ante el órgano judicial que está conociendo del asunto deberá resolverse con carácter previo y “si se estimase la declinatoria, el demandante podrá deducir su demanda ante el órgano territorialmente competente, y si la acción estuviese sometida a plazo de caducidad se entenderá

²⁹⁸² STSJ La Rioja 27 de junio de 2006 [JUR 2006, 236149].

²⁹⁸³ STC 141/2011, de 26 de septiembre [RTC 2011, 141].

²⁹⁸⁴ STSJ Cataluña 16 de marzo de 2007 [JUR 2007, 272968].

²⁹⁸⁵ SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, J.: *Los plazos en el proceso de despido disciplinario*, cit., pp. 214 y 215.

²⁹⁸⁶ STC 217/2000, de 18 de septiembre [RTC 2000, 217].

*suspendida desde la presentación de la demanda hasta que la sentencia que estime la declinatoria quede firme*²⁹⁸⁷.

La declinatoria es para el demandado “*arma táctica*” más que “*arma estratégica*”²⁹⁸⁸, utilizada cuando considere que el órgano judicial sobre el que se ha interpuesto la demanda resulta incompetente por razones objetivas o territoriales, instándole para que declare la competencia a favor de otro juzgado²⁹⁸⁹. La declinatoria no deja de ser una institución que persigue no librarse de una sentencia condenatoria sino situar un asunto litigioso ante el tribunal al que corresponde conocer²⁹⁹⁰.

Es una norma de interpretación incierta cualquiera que sea la solución que se dé a algunos problemas conexos que el precepto plantea en relación con la regulación de la declinatoria que ofrecen los artículos 63 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por ejemplo, si la apreciación de la declinatoria debe dar lugar a la remisión de las intervenciones del juzgado competente –como previene el artículo 65.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil– o simplemente –como señala la LRJS– el demandante podrá ejercitar nueva demanda ante el órgano judicial competente; o sobre el momento de proponer y resolver la declinatoria, en el acto del juicio y en la sentencia respectivamente de acuerdo con la LRJS, o en los cinco días posteriores a la citación para la vista y mediante auto como establece la Ley de Enjuiciamiento Civil. Al margen de estos razonamientos, el legislador proporciona a la declinatoria un tratamiento similar al de las excepciones procesales lo que trae como consecuencia que en caso de ser estimada se producirá el apartamiento del órgano incompetente con la posibilidad de plantear nuevamente pretensión ante el órgano competente²⁹⁹¹.

En todo caso el cómputo de la caducidad queda suspendido desde la interposición de la demanda ante el órgano judicial territorialmente incompetente hasta que la resolución que estime la declinatoria sea firme²⁹⁹².

- Demanda formulada contra persona a la que erróneamente se atribuye la condición de empresario

Conforme el artículo 103.2 LRJS, “*si se promoviese papeleta de conciliación o solicitud de mediación, reclamación previa o demanda por despido contra una persona a la que erróneamente se hubiere atribuido la cualidad de empresario, y se acreditase con posterioridad, sea en el juicio o en otro momento anterior del proceso, que lo era un tercero, el trabajador podrá promover nueva demanda contra éste, o ampliar la demanda si no se hubiera celebrado el juicio, sin que comience el cómputo del plazo de caducidad hasta el momento en que conste quién sea el empresario*”. La razón de este

²⁹⁸⁷ Artículo 14 LRJS.

²⁹⁸⁸ MERCADER UGINA, J. R.: “Artículo 14”, en DE LA VILLA GIL, L. E. (Dir.) *et al: Ley de Procedimiento Laboral. Comentada y con jurisprudencia*, Madrid, La Ley, 2006, p. 217.

²⁹⁸⁹ SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, J.: *Los plazos en el proceso de despido disciplinario*, cit., p. 221.

²⁹⁹⁰ DE LA OLIVA SANTOS, A.: “De la declinatoria”, en DE LA OLIVA SANTOS, A., BANACLOCHE PALAO, J., VEGA TORRES, J., DíEZ-PICASO GIMÉNEZ, I.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Aranzadi, 2001, p. 188.

²⁹⁹¹ Para mayor abundamiento, *vid.* SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, J.: *Los plazos en el proceso de despido disciplinario*, cit., pp. 220 y ss.

²⁹⁹² STSJ Comunidad Valenciana 2 de mayo de 2017 [JUR 2017, 213459]. GODINO REYES, M.: “Caducidad del despido”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., pp. 325 y 326.

precepto es aclarar quién es el empresario que emprende la decisión extintiva por motivos disciplinarios²⁹⁹³. Esta norma es abierta e indeterminada y de difícil interpretación²⁹⁹⁴.

En esta ocasión no encontramos unanimidad doctrinal respecto a si se ha de valorar como un supuesto de suspensión del plazo de caducidad²⁹⁹⁵ o no²⁹⁹⁶. De todas formas lo considerable es que este artículo sustenta una intención protectora y de favorecimiento del empleado frente a tejemanajes empresariales que pretendan camuflar al responsable real con el único propósito de lograr la caducidad de la acción por despido²⁹⁹⁷. Al trabajador le basta con demandar a la persona que aparece como empresario en la relación laboral: en otros términos, al patrono aparente pues se presume que es el patrono real²⁹⁹⁸. Pero, por otro lado, este precepto también trata de evitar maquinaciones del propio trabajador que conscientemente demanda a persona que no era su empresario con objeto de alargar el inicio del cómputo del plazo de la acción. Para poder promover esta nueva demanda el empleado debe demostrar que carecía de elementos suficientes con los que poder saber quién era verdaderamente el empresario en el momento de interponer la demanda inicial. Lo anterior con independencia de los obstáculos con los que determinar con precisión el día inicial del cómputo del nuevo plazo de caducidad enlazados con la interpretación que haya que dar a las siguientes expresiones del artículo 103.2 LRJS: “*se acredita con posterioridad, sea en el juicio o en otro momento anterior del proceso*” y “*momento en que conste quien era el empresario*”. Lo que la norma trata de sortear es que un sencillo error en la identificación del empresario real cuando no sea achacable al propio trabajador pueda dejar al mismo sin título para reclamar contra su despido²⁹⁹⁹.

— Otros supuestos de suspensión del plazo de caducidad

Aparte de las expresas previsiones legales que localizamos en nuestro ordenamiento jurídico existen otras declaraciones judiciales en el mismo sentido³⁰⁰⁰:

- El plazo de caducidad se suspende desde la fecha de interposición de la demanda aunque fuera defectuosa y se haya otorgado plazo para

²⁹⁹³ TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.: “El despido disciplinario”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 78.

²⁹⁹⁴ MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N. y GARCÍA VALVERDE, M^a. D.: “Artículo 103. Presentación de la demanda por despido”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al: Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, cit., p. 582.

²⁹⁹⁵ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 1020.

²⁹⁹⁶ GODINO REYES, M.: “Caducidad del despido”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 321.

²⁹⁹⁷ STS 6 de marzo de 2012 [RJ 2012, 5416].

²⁹⁹⁸ MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N. y GARCÍA VALVERDE, M^a. D.: “Artículo 103. Presentación de la demanda por despido”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al: Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, cit., p. 583.

²⁹⁹⁹ GODINO REYES, M.: “Caducidad del despido”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 317.

³⁰⁰⁰ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 1020.

subsanción³⁰⁰¹. Pero no hay suspensión del plazo de caducidad de la acción ante la presentación de una demanda que resulta archivada por falta de subsanción de defectos formales³⁰⁰².

- El plazo de caducidad no se suspende por incapacidad temporal del trabajador o por prisión o detención gubernativa; en estas situaciones el trabajador podría actuar a través de representante: *“la prisión del trabajador no es por sí misma suficiente para suspender el cómputo del plazo de caducidad, por cuanto la pérdida de libertad física no impide al afectado ejercitar sus derechos por los medios de representación que la ley habilita”*³⁰⁰³.
- No existe violación del derecho a la efectiva tutela judicial cuando se aprecia caducidad de la acción porque el demandante no ha ampliado la demanda para determinar a los legitimados pasivos. *“Constituye una carga procesal del demandante la de determinar la legitimación pasiva de la parte demandada, por lo que corresponde sólo al demandante la determinación de los sujetos frente a los que dirige su demanda y no es, desde luego, función del órgano judicial suplir la voluntad de aquél en cuanto a la configuración de la relación procesal, ya que también en el proceso de trabajo rigen los principios dispositivo y de aportación de parte”*³⁰⁰⁴.

En definitiva si concurre un impedimento de hecho absoluto y total se producirá la suspensión del cómputo del plazo de caducidad distinguiéndose dos supuestos: por un lado, si el cómputo del plazo no ha empezado por preexistir causa de suspensión cuando se produjo el despido, la caducidad no se iniciará hasta que cese la causa misma de suspensión; por otro lado, si la causa de suspensión se manifiesta cuando ya se ha iniciado el cómputo de los plazos, éste se detendrá y continuará cuando desaparezca la imposibilidad material que no permite ejercer la acción de despido, por lo que, como consecuencia, se sumará el tiempo transcurrido antes de que apareciese la causa suspensiva y el posterior al momento en que cesa la suspensión³⁰⁰⁵.

12. La consecuencia de una posterior sentencia penal que se pronuncia sobre la causa de despido

El artículo 86.3 LRJS establece que *“si cualquier otra cuestión prejudicial penal diera lugar a sentencia absolutoria por inexistencia del hecho o por no haber participado el sujeto en el mismo, quedará abierta contra la sentencia dictada por el juez o Sala de lo Social la vía de la revisión regulada en la Ley de Enjuiciamiento Civil”*³⁰⁰⁶. Esta causa de revisión concurre cuando nos encontramos en la singular situación en la que se dicta una sentencia penal de signo absolutorio, posterior en el tiempo, en la que se manifiesta la inexistencia del hecho que determinó la condena de la jurisdicción social o la no participación del sujeto despedido³⁰⁰⁷.

³⁰⁰¹ STS 12 de febrero de 2004 [RJ 2004, 1587].

³⁰⁰² STS 5 de febrero de 2002 [RJ 2002, 2653].

³⁰⁰³ STS 17 de diciembre de 1986 [RJ 1986, 7507].

³⁰⁰⁴ STC 101/1993, de 22 de marzo [RTC 1993, 101].

³⁰⁰⁵ GIL Y GIL, J. L.: “La caducidad de la acción de despido”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 740.

³⁰⁰⁶ STS 19 de enero de 2017 [RJ 2017, 1637] y STS 28 de septiembre de 2011 [RJ 2011, 7590].

³⁰⁰⁷ TOLOSA TRIBIÑO, C.: *Despido: comentarios, jurisprudencia, formularios*, cit., p. 165.

No obstante, hay que tener presente el artículo 512.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando establece que “*en ningún caso podrá solicitarse la revisión después de transcurridos cinco años desde la fecha de la publicación de la sentencia que se pretende impugnar. Se rechazará toda solicitud de revisión que se presente pasado este plazo*”. El apartado 2 del mismo precepto dispone que “*dentro del plazo señalado en el apartado anterior, se podrá solicitar la revisión siempre que no hayan transcurrido tres meses desde el día en que se descubrieren los documentos decisivos, el cohecho, la violencia o el fraude, o en que se hubiere reconocido o declarado la falsedad*”. Por tanto, la interposición del recurso fuera del plazo de tres meses a partir de la fecha de la sentencia penal –firme por imposición legal– determina su inadmisibilidad. La naturaleza extraordinaria y excepcional del recurso de revisión y el respeto a los principios de irrevocabilidad de la sentencia firme y de seguridad jurídica imponen una interpretación rigurosa tanto de las causas que autorizan la revisión como de los requisitos formales exigidos. La finalidad es evitar que el proceso de revisión se convierta en un nuevo grado jurisdiccional en el que se intenten volver a discutir casos ya debatidos y definitivamente resueltos³⁰⁰⁸.

Las diferencias entre el enjuiciamiento que realiza la jurisdicción penal y la jurisdicción laboral sobre unos mismos hechos son relevantes. Hay que partir de la siguiente afirmación: una cosa es que los hechos investigados no sean constitutivos de infracción penal y otra muy distinta que la sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento de la jurisdicción penal se funde en la inexistencia del hecho o en no haber participado el sujeto en el mismo. Son distintos los ámbitos en que se mueven la jurisdicción penal y la laboral, diferencia que se mantiene incluso en el ámbito disciplinario de esta última jurisdicción, pues los motivos o causas de despido tipificados en el artículo 54 ET se refieren a ciertos incumplimientos contractuales determinantes de la resolución del contrato del trabajador a instancia del empleador, cuyo análisis es desarrollado independientemente por la jurisdicción laboral al margen de las connotaciones que aquellas conductas –surgidas en la esfera de la relación laboral– tengan en el campo de la jurisdicción penal. Igualmente debe tenerse en cuenta que la falta de responsabilidad penal sobre determinados hechos no se traduce automáticamente en la falta de responsabilidad en otros ámbitos jurídicos³⁰⁰⁹.

La finalidad de la causa de revisión del artículo 86.3 LRJS es evitar que se produzcan en los distintos órdenes jurisdiccionales –social y penal– resoluciones radicalmente contradictorias como acontecería si se afirmaran unos hechos en una determinada jurisdicción y se rechazaran en la otra –por ejemplo que en cada una de las jurisdicciones se atribuyera la autoría de unas lesiones a distintos sujetos o se afirmara en una jurisdicción y se rechazara en la otra–. Pero esta afirmación no se opone, dada la constitucionalidad de la existencia de distintos órdenes jurisdiccionales, a que unos mismos hechos sean valorados en el respectivo campo del derecho conforme a la normativa que lo regula atendiendo al resultado de las pruebas practicadas en los correspondientes procesos³⁰¹⁰. La valoración de la prueba que realiza el juez penal en un proceso en el que rige el derecho fundamental a la presunción de inocencia para llegar a la conclusión de que no resulta probado un determinado delito no impide que el juez del

³⁰⁰⁸ STS 13 de febrero de 1998 [RJ 1998, 1804].

³⁰⁰⁹ STS 27 de mayo de 1999 [RJ 1999, 4997].

³⁰¹⁰ STS 14 de octubre de 1997 [RJ 1997, 7304].

orden social de la jurisdicción considere suficientemente acreditado el incumplimiento contractual que justifica la procedencia del despido³⁰¹¹.

La jurisdicción penal y la laboral persiguen fines diversos y operan sobre culpas distintas por lo que es lógico que no manejen de idéntica forma el material probatorio para enjuiciar –en ocasiones– una misma conducta³⁰¹². Tampoco existe violación del principio de presunción de inocencia –de aplicación exclusiva en el ámbito del proceso penal– pues la consideración por los tribunales laborales de que una conducta implica incumplimiento contractual o falta laboral, no incluye juicio alguno sobre la culpabilidad o inocencia penal del trabajador cuyo derecho a ser presumido inocente no puede –en consecuencia– haberse vulnerado. Además el procedimiento laboral se rige por el principio dispositivo y en él no se ejerce el *ius puniendi* del Estado³⁰¹³. En definitiva lo que se pretende evitar es afirmar en una determinada jurisdicción que unos hechos sí existieron y en la otra jurisdicción negarlos por completo, lo que no evita a que cada jurisdicción evalúe los hechos de acuerdo a la finalidad perseguida, pero partiendo de que los hechos existieron para las dos jurisdicciones o no existieron para ninguna de ellas.

³⁰¹¹ STS 13 de febrero de 1998 [RJ 1998, 1804].

³⁰¹² STC 36/1985, de 8 de marzo [RTC 1985, 36].

³⁰¹³ STC 30/1992, de 18 de marzo [RTC 1992, 30].

CAPÍTULO IV. CALIFICACIÓN Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DESPIDO DISCIPLINARIO

SUMARIO. CAPÍTULO IV. CALIFICACIÓN Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DESPIDO DISCIPLINARIO. 1. Introducción: los efectos inmediatos del despido. 2. Declaración de procedencia del despido disciplinario. 3. Declaración de improcedencia del despido disciplinario. 3.1 Improcedencia por razones de forma y de fondo. 3.2 Evolución en el Derecho español del Trabajo de la alternativa readmisión-indemnización. 3.3 Efectos laborales asociados a la declaración de improcedencia: potestad de optar entre la readmisión y la extinción indemnizada. 3.3.1 Facultad de optar: titularidad, representantes de los trabajadores, alteración por convenio colectivo, ejercicio y circunstancias especiales. 3.3.2 La alternativa por la readmisión. 3.3.2.1 Readmisión regular. 3.3.2.2 Readmisión irregular. 3.3.3 La alternativa por la extinción indemnizada. 3.3.3.1 Conceptos de la indemnización por despido improcedente. 3.3.3.2 Cálculo legal de la indemnización por despido improcedente. 3.3.3.3 Los años de prestación de servicio. 3.3.3.4 Consecuencias jurídicas de la indemnización tasada. 3.3.4 La no acumulación de la indemnización legal mínima con otras indemnizaciones. 3.4 Salarios de tramitación. 3.5 Salarios de tramitación imputados al Estado. 3.6 Consecuencias de la declaración de improcedencia del despido en el contorno de la Seguridad Social. 4. Declaración de nulidad del despido disciplinario. 4.1 La caída del sentido de la nulidad del despido: contexto histórico y normativo sobre la nulidad del despido desde el ET de 1980 hasta la actualidad. 4.2 Despidos discriminatorios o lesivos de derechos fundamentales o libertades públicas. 4.2.1 Despidos discriminatorios. 4.2.2 Despidos lesivos de derechos fundamentales y libertades públicas. 4.2.3 La problemática subsistencia del despido fraudulento: de la nulidad efectiva de la norma a la improcedencia jurisprudencial del despido. 4.3 Despidos durante las circunstancias biológicas y familiares particularmente protegidas. 4.3.1 Despidos durante el embarazo. 4.3.2 Despidos durante la suspensión por maternidad, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, paternidad, riesgo durante el embarazo o la lactancia natural, o por enfermedades ocasionadas por el embarazo, el parto o la lactancia natural, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos. 4.3.3 Despidos durante otras situaciones amparadas por el legislador para favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras: permiso, reducción de jornada o excedencia. 4.3.4 Despidos de las víctimas de violencia de género que coincidan con el ejercicio de los derechos singulares de la legislación laboral. 4.4 La vertiente procesal del despido nulo. 4.4.1 La modalidad procesal del despido cuando se invoque lesión de derechos fundamentales y libertades públicas: la técnica integradora y el reenvío para la aplicación de las garantías del proceso de amparo ordinario. 4.4.2 El proceso de nulidad del despido como cauce para impugnar despidos lesivos de derechos fundamentales. 4.4.2.1 Caducidad y exclusión de las actuaciones previas de conciliación y reclamación administrativa en el despido lesivo de derechos fundamentales. 4.4.2.2 Garantías adicionales en la modalidad procesal de despido lesivo de derechos fundamentales: celeridad procedimental, intervención del Ministerio Fiscal y del sindicato coadyuvante potestativo y medidas cautelares como suspensión de los efectos del acto impugnado. 4.5 La carga de la prueba y las reglas específicas en los despidos discriminatorios o

lesivos de derechos fundamentales o libertades públicas y circunstancias particularmente protegidas. 4.6 Necesario pronunciamiento sobre el fondo del asunto: la protección reforzada de determinados supuestos de despido nulo. 4.7 Efectos de la declaración de nulidad del despido y su diferenciación con la extinción improcedente: la indemnización suplementaria del incidente de no readmisión –artículo 281 LRJS– y la indemnización por daño moral derivado de la vulneración de un derecho fundamental –artículo 182 LRJS–. 4.8 Efectos en el terreno de la Seguridad Social.

1. Introducción: los efectos inmediatos del despido

El despido disciplinario surte efectos extintivos inmediatos –esté o no viciado– al otorgarse a la decisión empresarial ejecutividad por sí misma. Al reconocerse efectos extintivos inmediatos al acto del despido, el cual reviste carácter constitutivo, no es la sentencia la que extingue la relación laboral sino que el vínculo contractual quedó roto en su día con la decisión empresarial de despedir al trabajador³⁰¹⁴. Al extinguirse la relación laboral también lo hacen los derechos y obligaciones existentes entre las partes –salvo las convenidas para la etapa postcontractual–. Deberá satisfacerse y abonarse la totalidad de los emolumentos pendientes, encontrándose el empresario obligado a entregar al trabajador el denominado certificado de empresa que atestigua la relación laboral mantenida –de especial importancia para el desempleo del empleado–. Si el trabajador no impugna el despido dentro del plazo de caducidad de la acción –veinte días hábiles– la extinción de la relación laboral alcanza firmeza al interpretarse que el empleado acepta el despido con todas sus consecuencias. Por el contrario, si el trabajador impugna el despido dentro del plazo legal, los efectos extintivos reconocidos a la decisión empresarial pueden verse afectados. Si el despido se declara nulo, la extinción de la relación laboral queda desposeída de toda consecuencia, debiendo readmitirse al trabajador y restaurando –de este modo– la relación laboral. Si el despido se declara improcedente, éste se encuentra afectado de inoperancia, sin que sea obligatorio readmitir al trabajador pues esta impertinencia jurídica sería corregida mediante el abono de las gratificaciones económicas previstas legalmente – indemnización³⁰¹⁵. En definitiva, la relación laboral quiebra a consecuencia del despido y sólo tendrá lugar el retorno de aquélla si fuera posible la readmisión³⁰¹⁶.

Sobre los efectos extintivos del contrato de trabajo que tiene el despido disciplinario, no existe posibilidad por parte del trabajador de solicitar a la autoridad judicial la suspensión de los efectos del despido en tanto el orden jurisdiccional competente se pronuncia sobre el fondo del asunto³⁰¹⁷. El tema lo ha resuelto el Tribunal Constitucional en materia de ejercicio de potestades sancionadoras estableciendo que la ejecutividad de los actos sancionadores no es contraria al derecho a la tutela judicial efectiva. El derecho a la tutela se satisface facilitando que la

³⁰¹⁴ PÉREZ-BENEYTO ABAD, J. J.: “Despido procedente: efectos”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 230.

³⁰¹⁵ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, cit., pp. 69 y 70.

³⁰¹⁶ STS 20 de octubre de 2015 [RJ 2015, 6184], STS 4 de marzo de 2014 [RJ 2014, 1683], STS 17 de mayo de 2000 [RJ 2000, 5160], STS 20 de junio de 2000 [RJ 2000, 7172], STS 1 de julio de 1996 [RJ 1996, 5628], STS 21 de diciembre de 1990 [RJ 1990, 9820] y STS 7 de diciembre de 1990 [RJ 1990, 9760].

³⁰¹⁷ ALBIOL MONTESINOS, I.: *El despido disciplinario y otras sanciones en la empresa*, cit., p. 84.

ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un tribunal y que éste –con la información y contradicción que resulte menester– resuelva sobre la suspensión³⁰¹⁸.

Sobre la relación de representación –unitaria o sindical– que pudiera estar desempeñando el trabajador despedido debe tenerse en cuenta que pese a que la ejecutividad del despido es inminente –como se ha mencionado anteriormente– no es óbice para que el trabajador continúe su actividad representativa en la empresa, en caso de que se fallara sentencia declarativa de la nulidad del despido o de su improcedencia, incluso durante la tramitación de los recursos que la empresa crea concernientes. Por tanto, los trabajadores que desarrollen ocupaciones de representación quedan habilitados para continuar ejerciendo tales actividades así como a celebrar reuniones y asambleas con los trabajadores³⁰¹⁹.

En lo que se refiere a la Seguridad Social –consecuencia de la efectividad apremiante del despido– la empresa deberá oficializar la baja del empleado en la misma. No obstante, si en el momento de efectividad del despido, el trabajador poseyera derecho a vacaciones que no hubiera disfrutado con anterioridad a extinguir la relación laboral, estos días de vacaciones deben figurar en el certificado de la empresa cotizando por las retribuciones adecuadas a tales períodos –artículo 268.3 TRLGSS)³⁰²⁰–, considerándose al trabajador en situación asimilada al alta durante los mismos. Igualmente se instaura una previsión de alcance semejante a la deuda correspondiente a los salarios de tramitación que puedan emanar como consecuencia de la impugnación del despido –artículo 268.4 TRLGSS³⁰²¹–. Lo anterior no aplaza el momento de efectividad de la extinción laboral, por cuanto los efectos puntualizados solo se extienden, únicamente, en el terreno de la Seguridad Social –liquidación, cotización, prestaciones por desempleo y cobertura de situación de necesidad, entre otros–. Además, el ejercicio de la acción de despido no imposibilita el nacimiento de las prestaciones de desempleo. En cambio, los compromisos de Seguridad Social complementaria que hubiera contraído la empresa durante la vigencia de la relación laboral pierden efectividad desde la fecha misma del despido –salvo pacto en contrario³⁰²², aún en los casos de improcedencia de éste, por cuanto la legislación laboral vigente sólo obliga –en casos de improcedencia– a mantener al trabajador en alta y cotizar durante el período de tramitación del proceso de despido, deduciendo que es suficiente con que la empresa restablezca para este período de tramitación, la relación de Seguridad Social pública³⁰²³.

³⁰¹⁸ STC 66/1984, de 6 de junio [RTC 1984, 66].

³⁰¹⁹ STC 78/1983, de 20 de diciembre [RTC 1982, 78] y STC 83/1982, de 22 de diciembre [RTC 1982, 83].

³⁰²⁰ “En el caso de que el período que corresponde a las vacaciones anuales retribuidas no haya sido disfrutado con anterioridad a la finalización de la relación laboral, o con anterioridad a la finalización de la actividad de temporada o campaña de los trabajadores fijos discontinuos, la situación legal de desempleo y el nacimiento del derecho a las prestaciones se producirá una vez transcurrido dicho período, siempre que se solicite dentro del plazo de los quince días siguientes a la finalización del mismo. El citado período deberá constar en el certificado de empresa a estos efectos”.

³⁰²¹ “En el supuesto de despido o extinción de la relación laboral, la decisión del empresario de extinguir dicha relación se entenderá, por sí misma y sin necesidad de impugnación, como causa de situación legal de desempleo. El ejercicio de la acción contra el despido o extinción no impedirá que se produzca el nacimiento del derecho a la prestación”.

³⁰²² STS 17 de mayo de 2000 [RJ 2000, 5160].

³⁰²³ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, cit., pp. 73 y 74.

De conformidad con lo establecido en los artículos 55 y 56 ET y 108 y siguientes LRJS, el despido impugnado por el trabajador podrá ser calificado procedente, improcedente o nulo, siendo diferentes los efectos vinculados a cada una de las calificaciones precitadas. Esta triple calificación del despido existe desde antaño en la legislación laboral española. Lo que se ha transformado, según las circunstancias legislativas, han sido las argumentaciones por las que el despido debía ser calificado de nulo o de improcedente –aunque bien es cierto que el carácter de procedente del despido siempre se ha debido a las mismas razones: despido formalmente correcto demostrándose el incumplimiento manifestado por el empresario en su escrito de comunicación–³⁰²⁴. Esta calificación judicial cumple una función múltiple al constituir, por un lado, una garantía para el trabajador al que se le otorga la posibilidad de revisar la conducta extintiva ejecutada por el empresario; por otro, conlleva la imposibilidad de otorgar a la satisfacción extrajudicial carácter definitivo³⁰²⁵.

La calificación del despido compete hacerla al juez después del examen, valoración y enjuiciamiento de todas las alegaciones, pruebas y datos que obren en autos³⁰²⁶, pudiendo coincidir o no con la petición de calificación que hubiese solicitado el empleado. Es significativa a efectos de la figura jurídica de la incongruencia de la sentencia, porque a pesar de que la incongruencia se produce con carácter general cuando un juzgado o tribunal concede algo distinto de lo que las partes han solicitado, cuando se trata del ejercicio de la acción de despido, la calificación del mismo no depende de lo que la parte diga o pida, sino de lo que con arreglo a derecho proceda decir, por lo que no es incongruente la sentencia que declara la improcedencia del despido aunque se haya solicitado la nulidad del mismo: dentro de la acción del despido cabe una u otra calificación de conformidad con las distintas previsiones que se contienen en el artículo 55 ET, correspondiendo esa calificación al órgano jurisdiccional y no a la parte –que lo único que le corresponde es la prueba de que dicho despido se produjo–³⁰²⁷. En todo caso, una vez constituida la relación jurídica procesal, el juez debe pronunciar sentencia a excepción de que el trabajador desista de su pretensión; lo anterior no impide que el empresario se allane y ofrezca la readmisión pudiendo ser rechazada por el trabajador³⁰²⁸.

Las posibilidades calificadorias del despido son cerradas –*numerus clausus*–: no puede declararse calificación diferente de las legamente previstas. Tampoco es posible la calificación del despido por razones distintas de la que legalmente han de llevar a esa calificación. Así fue argumentado por la doctrina jurisprudencial para un nuevo supuesto de despido nulo denominado despido nulo fraudulento o despido en fraude de ley³⁰²⁹, consistente en una figura excepcional y extrema para cuya existencia es preciso

³⁰²⁴ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al*: *Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 1021.

³⁰²⁵ BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J.: *El despido o la violencia del poder privado*, cit., p. 90.

³⁰²⁶ STS 20 de diciembre de 1989 [RJ 1989, 9254].

³⁰²⁷ STS 23 de marzo de 2005 [RJ 2005, 3576]. En este mismo sentido, STSJ Galicia 30 de diciembre de 2017 [JUR 2017, 16331], STSJ Cataluña 9 de marzo de 2017 [AS 2017, 549], STSJ Extremadura 31 de marzo de 2017 [JUR 2017, 118139] y STSJ Aragón 25 de enero de 2017 [JUR 2017, 27237].

³⁰²⁸ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al*: *Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 1021.

³⁰²⁹ Para el despido en fraude de ley, *vid.* MOLINA NAVARRETE, C.: “La recalificación judicial del despido en fraude de ley: una nueva Edad Media en el derecho del trabajo post-moderno”, en CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al*: *Presente y futuro de la Regulación del Despido*, cit., pp. 457 y ss.

que concurren dosis elevadas de arbitrariedad y capricho en la actuación del empresario, no bastando que esta actuación sea ilícita o contraria a la ley, pues todo despido nulo o improcedente se lleva a cabo en contradicción o con incumplimiento de lo que la ley dispone, sino que esa ilegalidad ha de ser especialmente intensa y superlativa, resultando vulnerados los más elementales principios del ordenamiento jurídico laboral³⁰³⁰.

2. Declaración de procedencia del despido disciplinario

El despido procedente ratificará la extinción del contrato de trabajo que materializó el empresario con el trabajador desprendiendo efectos desde la fecha en que se produjo el despido³⁰³¹. La procedencia implica la justificación del despido, su carácter merecido y, por ende, la eliminación de cualquier consecuencia reparatoria ligada al hecho extintivo³⁰³².

El despido será declarado procedente cuando habiéndose cumplido todas las exigencias de índole formal recogidas en el ordenamiento jurídico y, en su caso, en el convenio colectivo pertinente, pueda considerarse que el despido ha acatado los principios rectores del derecho sancionador en el ámbito laboral –artículo 108.1 LRJS–. Por tanto, será necesario³⁰³³: que queden completamente acreditados en juicio los hechos que se achacan al trabajador; que los mismos sean constitutivos de faltas laborales tipificadas como tales; que dichas faltas sean imputables al empleado despedido –sin exigirse la confirmación de que se trata de conductas realizadas dolosamente o con un grado de culpa cualificado– guardando proporcionalidad con la sanción de despido impuesta –habida cuenta de su gravedad–; que las faltas atribuidas al trabajador no hayan prescrito; y que las faltas no hubieran sido objeto de sanción previamente –principio *non bis in idem*–.

Si se reúnen los requisitos anteriores se produce una ruptura razonada y causal del contrato de trabajo que unía a trabajador y empresario. Por tanto, es un despido conforme a derecho adecuado en cuanto al fondo y forma³⁰³⁴. Por otro lado, si en la carta de despido el empresario imputó al trabajador varios incumplimientos contractuales, acreditada una de las causas como suficiente para generar la sanción de despido, es ocioso el examen y valoración de cualquier otra causa imputada a idénticos efectos, pues el resultado de esos otros incumplimientos, siquiera fueran positivos, no alteraría el signo del fallo³⁰³⁵.

Por lo tanto, la problemática para declarar la procedencia del despido se remite, en positivo, a las causas justas del despido y a las conductas para que el ordenamiento jurídico faculte al empresario a rescindir unilateralmente –poder de autotutela privado–

³⁰³⁰ STS 11 de abril de 1990 [RJ 1990, 3462]. En este sentido, STSJ Andalucía/Málaga 7 de junio de 2017 [JUR 2017, 307907] y STSJ Castilla y León/Burgos 25 de noviembre de 2015 [JUR 2015, 300734].

³⁰³¹ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 252.

³⁰³² BAYLORO GRAU, A. y PÉREZ REY, J.: *El despido o la violencia del poder privado*, cit., p. 146.

³⁰³³ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, cit., p. 75.

³⁰³⁴ TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.: “El despido disciplinario”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 74.

³⁰³⁵ STS 24 de septiembre de 1987 [RJ 1987, 6383]. En este sentido, STSJ Madrid 14 de junio de 2010 [JUR 2010, 321596] y STSJ País Vasco 14 de diciembre de 2010 [AS 2011, 919].

el contrato de trabajo de los asalariados. En negativo, el acto de despedir no debe incumplir aquellas garantías previstas legal o convencionalmente que pretenden facilitar la defensa del empleado despedido y que se denominan requisitos de forma³⁰³⁶.

Declarada la procedencia del despido por el juez, la extinción de la relación laboral queda ratificada, sin que el empleado pueda solicitar indemnización alguna, ni salarios de tramitación. De tal modo que si el despido practicado es lícito, los efectos que se atribuyen tanto en el terreno laboral como el de la Seguridad Social, no padecen modificación alguna salvo que posteriormente la sentencia de instancia fuera revocada declarándose la improcedencia o nulidad del despido. En el caso de empleados públicos, el despido disciplinario comportará la inhabilitación para ser titular de un nuevo contrato de trabajo con funciones similares a las que el trabajador desempeñaba – artículo 96.1.b) EBEP–.

Por otro lado, el artículo 5.2 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo, y que se refiere al nacimiento del derecho a la prestación por desempleo, establece que en los “*casos de despido procedente, el derecho nacerá el día siguiente al de finalización del período de espera de tres meses, contados desde la fecha de la sentencia judicial, siempre que el trabajador se haya inscrito como demandante de empleo en el plazo de quince días, contados a partir de la notificación de la sentencia, y la solicitud se formule en los quince días siguientes a la fecha de finalización del período de espera*”. La justificación de la espera de tiempo de 3 meses, no solo se debe al propósito directo de conservar el puesto de trabajo, también al de enfrentarse procesalmente para obtener una sentencia favorable³⁰³⁷.

En la valoración del despido, el juez para proceder a la calificación del mismo, deberá determinar si la conducta imputada al trabajador se acomoda al correspondiente cuadro sancionador. En concreto, el juzgador ha de realizar un juicio de valor sobre la gravedad y culpabilidad de las faltas alegadas –artículo 54 ET– y para ello tiene que examinar la adecuación de las conductas imputadas a la descripción de faltas que se recogen en el cuadro sancionador correspondiente de la norma reglamentaria o convencional aplicable al caso. Si los incumplimientos no encajan en los supuestos tipificados como falta muy grave sancionable hasta con el despido, debe declararse la improcedencia del mismo por haber sido la falta calificada inadecuadamente por el empresario. Pero si ésta coincide con la descripción de las muy graves, habrá de declarar que la calificación empresarial es adecuada, confirmándose la sanción impuesta. La fundamentación de la sanción a determinar por el empresario se consiente por el artículo 58 ET: “*corresponde al empresario la facultad de imponer la sanción que estime apropiada, dentro del margen que establezca la norma reguladora del régimen de faltas y sanciones*”³⁰³⁸.

La calificación que el juez efectúe sobre el despido también deberá encontrarse respaldada por la aplicación de la doctrina gradualista o de la proporcionalidad. Al ser la

³⁰³⁶ BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J.: *El despido o la violencia del poder privado*, cit., p. 94.

³⁰³⁷ ZORRILLA RUIZ, M. M^a: “Despido procedente y protección por desempleo”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 657.

³⁰³⁸ STS 11 de octubre de 1993 [RJ 1993, 9065]. En este sentido, STSJ Extremadura 23 de noviembre de 2017 [JUR 2018, 14071], STSJ Andalucía/Sevilla 26 de octubre de 2017 [JUR 2017, 296320] y STSJ Madrid 20 de octubre de 2017 [JUR 2017, 300291].

sanción de despido la última que se debiera imponer por el empresario, por su trascendencia y gravedad, de entre todas las posibles, en virtud del poder disciplinario que le compete, su enjuiciamiento ha de responder a las exigencias de proporcionalidad y adecuación entre el hecho cometido y la sanción impuesta, teniendo en cuenta todas las notas concurrentes y desplegando una tarea individualizadora de la conducta del trabajador a fin de determinar si procede o no mantener la sanción impuesta³⁰³⁹.

Los efectos del despido declarado procedente se contienen en el artículo 55.7 ET al establecer que “*el despido procedente convalidará la extinción del contrato de trabajo que con aquél se produjo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación*”. Esta declaración de procedencia del despido disciplinario origina importantes consecuencias: la primera, referida a la convalidación de la extinción de la relación laboral³⁰⁴⁰. La segunda, consiste en la no existencia del derecho a indemnización ni a salarios de tramitación. Que no exista derecho a indemnización se justifica y fundamenta en el hecho de que la extinción de la relación laboral que procedió a efectuar el empresario a través del acto de despido se originó por incumplimiento grave y culpable del trabajador. Que no exista tampoco derecho a salarios de tramitación procede del reconocimiento judicial de que el despido practicado en su momento se encontraba ejecutado conforme a la legalidad, extinguiéndose el contrato de trabajo a partir de ese mismo instante –efectos inmediatos–. Lo anterior, sin tener en cuenta que el empresario puede deber al trabajador cantidad económica por las ocupaciones realizadas hasta el momento del despido, cantidades económicas a las que sí podrá optar reclamándolas judicialmente siempre que la acción no haya prescrito³⁰⁴¹. Y la tercera, se refiere a la posible responsabilidad indemnizatoria del trabajador a favor del empresario. En otros términos, la indemnización de los daños y perjuicios soportados por el empresario cuando la conducta desobediente del trabajador haya constituido menoscabo patrimonial. Hay que plantearse la cuestión de si el trabajador que ha incurrido en desobediencias contractuales dignas de la sanción de despido disciplinario debe responsabilizarse, además, del abono de la correspondiente indemnización que cabría solicitar por daños y perjuicios que cause al empresario. Si la declaración judicial de procedencia del despido evidencia que el trabajador ha incumplido el contrato de modo grave y culpable puede existir reclamación –del empresario al trabajador– de la indemnización correspondiente a los daños y perjuicios sufridos, si es que la conducta incumplidora del empleado le ocasionó un perjuicio patrimonial al empleador³⁰⁴². La doctrina se inclina por considerar exigible tal responsabilidad³⁰⁴³ –en virtud del artículo 1101 del Código Civil– si bien la jurisprudencia tiende a desecharla, a excepción de incumplimientos dolosos o temerariamente negligentes –por entender que la responsabilidad disciplinaria absorbería a la indemnización en los casos de simple negligencia, incumbiendo al empresario asumir, entre otros riesgos, los originados de errores o descuidos del

³⁰³⁹ STS 29 de marzo de 1990 [RJ 1990, 2366]. En este sentido, STSJ Andalucía/Granada 17 de septiembre de 2014 [AS 2014, 3025] y STSJ Madrid 9 de junio de 2017 [JUR 2017, 189388].

³⁰⁴⁰ STC 33/1987, de 12 de marzo [RTC 1987, 33].

³⁰⁴¹ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 1025.

³⁰⁴² ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al: Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 297.

³⁰⁴³ STSJ Canarias/Tenerife 18 de abril de 2006 [AS 2006, 1779] y STSJ Madrid 28 de marzo de 2007 [AS 2007, 1942]. En contra, STSJ País Vasco 24 de abril de 2007 [AS 2007, 3331].

trabajador y no constitutivos de negligencia grave, cualificada o de entidad suficiente—³⁰⁴⁴.

Es cierto que el trabajador tiene como deber laboral básico cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, y entre ellas, la de conservar en buen estado los medios e instrumentos de trabajo que le facilita el empleador, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia –artículos 5.1.a), 20 y 54.2.b) ET–; más no por ello, pueden trasladarse sin matización alguna las normas del Código Civil reguladoras de la responsabilidad contractual por dolo o culpa –artículos 1101 y siguientes–. Una de las notas esenciales y características del contrato de trabajo es la ajenidad, que significa que es el empresario y no el trabajador quien asume tanto los frutos como los riesgos que se deriven del trabajo prestado, entre estos últimos, los que se produzcan por errores o descuidos del trabajador. Exigir una actividad y un resultado óptimos con consecuencias indemnizatorias en caso contrario, además de desconocer que la naturaleza humana nunca puede garantizar la perfección en el obrar, supondría un impedimento total y absoluto para la aceptación de la mayor parte de los trabajos por cuenta ajena: lo anterior como consecuencia del potencial y grave riesgo patrimonial que implicaría el manejo de los costosos instrumentos de trabajo de los que hoy se dispone. Ello obliga a matizar los tradicionales criterios civiles de responsabilidad indemnizatoria contractual y a exigir, para que ésta pueda surgir en el ámbito laboral, que la culpa o negligencia del trabajador sea grave, cualificada o de entidad suficiente. O lo que es lo mismo: que no todo error, fallo u olvido del trabajador dé lugar a la indemnización de los daños y perjuicios que cause su actuación o proceder, lo que obliga tener en cuenta las circunstancias de cada caso para valorar el grado de desatención de las medidas y cuidados exigibles a todo trabajador³⁰⁴⁵. Por otro lado, ese requerimiento empresarial de responsabilidad al trabajador tendría que desarrollarse por vía del procedimiento ordinario, sin que sea posible realizarlo por vía de reconvencción en el procedimiento de despido³⁰⁴⁶.

3. Declaración de improcedencia del despido disciplinario

Improcedente significa no conforme a derecho³⁰⁴⁷, entendiéndose que tal disconformidad es de índole sustantiva y no solo formal³⁰⁴⁸. La improcedencia en la revisión judicial del acto resolutorio empresarial implica el considerar que la extinción del contrato de trabajo no debía de haberse producido³⁰⁴⁹. En comparación con la vieja regulación –anterior a 1994³⁰⁵⁰– se asiste a una profunda revisión de la situación considerada por parte de la doctrina como uno de los más disparatados e irreflexivos ataques al clásico estatuto protector de los trabajadores, una auténtica contrarreforma

³⁰⁴⁴ STS 14 de noviembre de 2007 [RJ 2008, 1002] y STS 23 de noviembre de 1989 [RJ 1989, 8243]. En este sentido, STSJ Comunidad Valenciana 1 de marzo de 2017 [JUR 2017, 147343] y STSJ Murcia 22 de junio de 2017 [JUR 2017, 200171].

³⁰⁴⁵ STS 14 de noviembre de 2007 [RJ 2008, 1002].

³⁰⁴⁶ ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al: Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 297.

³⁰⁴⁷ Según diccionario de la Real Academia Española (RAE).

³⁰⁴⁸ MONTOYA MELGAR, A.: “El despido improcedente y sus efectos”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., pp. 503 y 504.

³⁰⁴⁹ ALBIOL MONTESINOS, I.: *El despido disciplinario y otras sanciones en la empresa*, cit., p. 106.

³⁰⁵⁰ *Vid.* SEMPERE NAVARRO, A. V.: “La reforma del despido en el Derecho español: balance y perspectivas de futuro”, en *Documentación laboral*, núm. 50, 1996, pp. 19 y ss.

legislativa que se sitúa en el más amplio fenómeno de la conceptualización del Derecho del Trabajo como Derecho de Empresa³⁰⁵¹.

El órgano jurisdiccional puede calificar el despido como improcedente por dos tipos de razones: improcedencia formal –cuando el despido no se acomoda en sus formalidades a las exigencias legales– o improcedencia material o de fondo –cuando habiéndose ajustado el despido a las prescripciones legales en materia de forma, no termine acreditando en el juicio el incumplimiento aducido por el empresario en la carta de despido–. Antes de acceder a valorar el fondo o materia del asunto con el que proclamar un despido improcedente se debe examinar el cumplimiento de las exigencias formales impuestas por el legislador y el convenio colectivo, pues en caso de apreciarse carencia de las formalidades correspondientes, deberá dejarse sin juzgar el fondo del asunto, declarándose *ipso facto* la improcedencia del despido disciplinario. Sin embargo, la anterior regla general encuentra su singularidad en el artículo 108.3 LRJS³⁰⁵², dado que si el empleado pretende la declaración de nulidad, al aportar un principio de prueba de la existencia de discriminación o de vulneración de derechos fundamentales o evidenciar alguna de las situaciones previstas en el artículo 55.5 ET, el juez sí ha de acometer la valoración del fondo del asunto dictaminando sobre la causa de nulidad del despido cualquiera que hubiera sido la forma y el procedimiento empleado para la confección de la decisión extintiva³⁰⁵³. En definitiva alcanzará la calificación de improcedente toda extinción que no tenga acoplamiento en otra causa específica, ni pueda calificarse como despido procedente o nulo³⁰⁵⁴, lo que constituye un avance en la consolidación del despido como acto resolutorio basado en la libérrima decisión del empresario³⁰⁵⁵. Lo cierto es que no parece adecuado situar la ausencia de causa para despedir en el terreno de la reparación económica: se trata de una contradicción normativa difícil de sostener –salvo que se hable del despido libre indemnizado–³⁰⁵⁶. Se instala así el cumplimiento por equivalencia como institución transversal en la que convergen el Derecho Constitucional, el Derecho del Trabajo y el Derecho Patrimonial³⁰⁵⁷.

La jurisprudencia viene insistiendo en la tesis de que la labor jurisdiccional de delimitar una falta laboral y decidir si es sancionable con el despido no es una operación mecánica: el fundamento se localiza en el pretexto de que la desobediencia puede

³⁰⁵¹ MOLINA NAVARRETE, C.: “Formalismo jurídico, democracia en la empresa y tutela de la persona: la nueva configuración legal del despido disciplinario sin forma”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 70, 1995, pp. 188 y ss. Para mayor abundamiento, *vid.* MELLA MÉNDEZ, L.: *La formalización del despido disciplinario. Un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 531.

³⁰⁵² “Si se acreditara que el móvil del despido obedeciera a alguna de las causas del número anterior, el juez se pronunciará sobre ella, con independencia de cuál haya sido la forma del mismo”.

³⁰⁵³ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, cit., p. 77.

³⁰⁵⁴ BARRIOS BAUDOR, G. L.: “Calificación y efectos del despido disciplinario”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al.*: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 332.

³⁰⁵⁵ GALIANA MORENO, J. M.: “Algunas consideraciones sobre la improcedencia de despido por razones formales”, en GÁRATE CASTRO, J. (Coord.) *et al.*: *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario: estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor “honoris causa” por la Universidad de Santiago de Compostela*, cit., p. 96.

³⁰⁵⁶ BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J.: *El despido o la violencia del poder privado*, cit., p. 65.

³⁰⁵⁷ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Itinerarios circulares del Derecho del Trabajo: del despido libre al despido indemnizado”, en *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, cit., p. 132.

revestir diversos grados de culpabilidad y gravedad³⁰⁵⁸. En caso de improcedencia del despido por considerarse que los hechos acreditados no gozan de gravedad suficiente pero, sin embargo, constituyeran infracción de menor entidad, el juez podrá autorizar la imposición de una sanción apropiada a la gravedad de la falta de no haber prescrito la de menor gravedad antes de la imposición empresarial de la sanción de despido; sanción que el empresario podrá implantar en el plazo de caducidad de los diez días siguientes a la firmeza de la sentencia, previa readmisión del trabajador y siempre que ésta se haya consumado en debida forma. La decisión empresarial será revisable a instancia del trabajador en el plazo, igualmente de caducidad, de los veinte días siguientes a su notificación mediante incidente de ejecución de la sentencia de despido –artículo 108.1 LRJS–³⁰⁵⁹.

Es una novedad en comparación con la derogada Ley de Procedimiento Laboral y con la doctrina judicial. La jurisprudencia, hoy invalidada, establecía que, cuando la sanción elegida por el empresario había sido el despido, no cabía la revocación parcial de la sanción para que se pudiera imponer otra sanción apropiada, ya que, en el enjuiciamiento del despido del trabajador solo cabía su calificación de procedente, improcedente o nulo con los efectos aparejados en las precitadas calificaciones³⁰⁶⁰. A ello se refería el Tribunal Supremo al manifestar que *“el empresario puede elegir entre la readmisión del trabajador o la indemnización económica como resultado de tal declaración y, en este régimen no resulta adecuado que el juez pueda autorizar a una sanción inferior al despido, pues se le concedería al empresario una facultad que está condicionada a que su opción sea a favor de la readmisión”*³⁰⁶¹. Por tanto, *“si el juez no se mantiene dentro de tales límites y, ante una sanción adecuada a la gravedad de la falta, declara que ha de imponerse un correctivo distinto, está realizando un juicio de valor que descalifica, más que el acto del empresario, el cuadro normativo sancionador, pues está expresando que algunas de las diversas sanciones previstas para un nivel de gravedad son excesivas y no pueden ser utilizadas por el empresario y esto sobrepasa la potestad revisora que las leyes conceden al juez”*³⁰⁶². En definitiva, con la derogada Ley de Procedimiento Laboral, si existía una infracción que, en función de su gravedad, pudiera ser objeto de despido o de otra sanción, el juez no tenía facultades para declarar la improcedencia del despido y autorizar la otra sanción.

Insistimos, jurisprudencia hoy modificada, pues la propia LRJS, primando el mantenimiento del empleo como valor constitucionalmente protegido y en relación estrecha con la doctrina gradualista, posibilita al juez para autorizar sanción alternativa al despido en caso de declaración de improcedencia pero apreciando hechos sancionables de inferior gravedad. No obstante, no es del todo una novedad pues en la regulación de antaño, específicamente de acuerdo con el artículo 38 del Real Decreto-

³⁰⁵⁸ MONTOYA MELGAR, A.: “El despido improcedente y sus efectos”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 506.

³⁰⁵⁹ MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N. y GARCÍA VALVERDE, M^a. D.: “Artículo 108. Calificación del despido por la sentencia”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al*: *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, cit., p. 600. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 256.

³⁰⁶⁰ GÓMEZ GORDILLO, R.: “Aspectos generales del Despido Disciplinario”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al*: *El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., pp. 40 y 41.

³⁰⁶¹ STS 11 de octubre de 1993 [RJ 1993, 9065].

³⁰⁶² STS 11 de octubre de 1993 [RJ 1993, 9065].

ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo³⁰⁶³, se permitía al órgano judicial que declarara la improcedencia del despido autorizar al empresario para imponer sanción inferior por la misma infracción.

Un importante sector doctrinal considera que con la declaración de improcedencia del despido se legitima el despido libre con el pago, eso sí, de la correspondiente indemnización. De esta forma, pudiera entenderse que del fraude en la aplicación de la ley se puede haber pasado ya al fraude en la propia ley³⁰⁶⁴. El despido disciplinario se aproxima, significativamente, a la figura civilista del negocio jurídico de desistimiento unilateral: cuando el empresario considere, de manera libre, aun cuando se acredite fehacientemente su carácter arbitrario y caprichoso, que existe un presunto incumplimiento del trabajador va a poder despedirlo. Se recibe, por tanto, en nuestro derecho positivo, la figura del despido libre pero comprado o subrogado de la libre rescindibilidad, tan ansiadamente perseguida por los empresarios³⁰⁶⁵.

3.1 Improcedencia por razones de forma y de fondo

La declaración de improcedencia por razones de forma del despido disciplinario puede estar originada por diversas causas: por efectuarse un despido verbal, por remitirse una comunicación escrita de despido que no reunía los requisitos legales, por quebrantamiento o cumplimiento defectuoso de los deberes de dar audiencia al delegado sindical y/o de tramitar expediente contradictorio previo, o por inobservancia o ejecución deficiente de las formalidades complementarias eventualmente previstas en el convenio colectivo correspondiente –entre otras circunstancias–. La particularidad de esta posibilidad, siempre declarada judicialmente, tiene la alternativa de readmitir al trabajador y despedirlo otra vez, en el plazo de siete días –de naturaleza civil, no procesal–³⁰⁶⁶, sobre la base de los mismos hechos –nos referimos a la segunda subsanación–³⁰⁶⁷.

La importancia de los requisitos formales para despedir al empleado se exterioriza en los efectos legales de su incumplimiento. El incumplimiento de las formalidades reivindicadas en materia de despido disciplinario supone, en caso de impugnación del acto empresarial extintivo, la declaración judicial de improcedencia del despido efectuado. En relación a lo anterior conviene tener presente dos cuestiones: a) Para la declaración judicial de improcedencia del despido por razones formales basta con que se haya desatendido sólo alguna de las formalidades del despido sin que sea

³⁰⁶³ “Si la causa alegada por el empresario para el despido, si bien no suficiente para tal sanción, mereciere otra de menor entidad, por ser constitutiva de falta grave o leve, el magistrado de trabajo determinará en la sentencia la sanción adecuada a la falta cometida, a fin de que, en su caso, pueda ser impuesta por el empresario, sin perjuicio de condenar al mismo a la readmisión y al pago de la indemnización complementaria, conforme establece el artículo anterior”.

³⁰⁶⁴ PÉREZ-BENEYTO ABAD, J. J.: “Despido improcedente: supuestos y efectos. Especial referencia a los salarios de tramitación”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al*: *El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 235.

³⁰⁶⁵ MOLINA NAVARRETE, C.: “La recalificación judicial del despido en fraude de ley: una nueva Edad Media en el derecho del trabajo post-moderno”, en CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al*: *Presente y futuro de la Regulación del Despido*, cit., p. 459: por este motivo, se cree acreditado que la única sanción correcta para los despidos realizados en fraude de ley, pese a la reiterada pero poco fundamentada posición en contrario del Tribunal Supremo, es la nulidad.

³⁰⁶⁶ Conforme el artículo 110.4 LRJS.

³⁰⁶⁷ TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.: “El despido disciplinario”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al*: *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 76.

obligatorio que el incumplimiento se refiera a todas ellas³⁰⁶⁸. Ninguna norma condiciona tales efectos a que la omisión lo sea –conjuntamente– de todos o varios requisitos y no de uno solo³⁰⁶⁹. b) En la normativa legislativa –como hemos tenido ocasión de mencionar– se localizan diferentes instrumentos con objeto de mitigar los efectos de la desobediencia de los requisitos formales para despedir disciplinariamente.

La dificultad de la prueba para la acreditación del despido es evidente en las extinciones verbales: puede suceder que la empresa desmienta el despido y que éste haya tenido lugar sin audiencia de testigos. En estos casos, el trabajador sólo logrará demostrar que ha sido víctima del despido asistiendo al centro de trabajo acompañado de testigos o enviando comunicación a la empresa para que se pronuncie sobre el mantenimiento o no de la decisión de extinguir la relación laboral siendo necesario que el empleado responda de forma rotunda e inmediata frente al despido del empresario –no modifica la situación la simple presentación de la papeleta de demanda de conciliación en plazo: puede suceder que un trabajador que ha dimitido voluntariamente trate después de ocultar tal hecho o rectificar su actuación³⁰⁷⁰, presentando la situación como si hubiera soportado un despido por la empresa³⁰⁷¹–. No obstante, la jurisprudencia no solo concentra la carga probatoria en la figura del empleado sino que viene reclamando a la empresa que demuestre el premeditado propósito del trabajador de extinguir la relación laboral, sin que sea suficiente para concluir la relación contractual por abandono, que el trabajador desobedezca un requerimiento empresarial posterior de reincorporación a la empresa, pues tal llamamiento no vincula ni despoja de efectos al despido efectuado por el empleador. Los efectos de delimitar el llamado abandono frente al despido disciplinario por falta de asistencia al trabajo, no puede considerarse objetivamente y al margen de un contexto en el que por su continuidad o por otras circunstancias aparezca dotado de un indudable significado extintivo, puesto que para valorar el propósito del trabajador hay que precisar de forma inequívoca las motivaciones e impulsos que le animan además de su voluntad de proceder³⁰⁷². De este modo, una forma de revelar que la empresa verdaderamente ha extinguido la relación laboral es tramitando la baja en la Seguridad Social³⁰⁷³. Ciertamente es que el quebranto de la forma legalmente exigida lleva aparejada graves consecuencias económicas para el empleador pero el empleado despedido improcedentemente –y por ello indemnizado– no tendrá derecho a exigir la readmisión a su antiguo puesto de trabajo; a excepción del trabajador-representante legal o sindical³⁰⁷⁴. Si se comparte que el despido verbal se encuentra injustificado, la carga de la prueba no ha de dirigirse –obviamente– a buscar

³⁰⁶⁸ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al.*: *Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 1021.

³⁰⁶⁹ STS 21 de septiembre de 2005 [RJ 2005, 7650].

³⁰⁷⁰ STSJ Madrid 14 de mayo de 2007 [AS 2007, 3241] y STSJ Galicia 21 de septiembre de 2001 [AS 2001, 4209].

³⁰⁷¹ STSJ Cataluña 30 de abril de 2003 [AS 2003, 2107].

³⁰⁷² STSJ Navarra 9 de octubre de 2008 [AS 2008, 2970].

³⁰⁷³ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, cit., pp. 78 y 79.

³⁰⁷⁴ MIÑAMBRES PUIG, C.: “El despido disciplinario verbal y el convenio número 158 de la OIT”, en GÁRATE CASTRO, J. (Coord.) *et al.*: *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario: estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor “honoris causa” por la Universidad de Santiago de Compostela*, cit., p. 103.

la procedencia del despido, imposible de alcanzar, sino directamente a romper las sospechas de discriminación³⁰⁷⁵.

Extinciones labores que también generan dificultades se localizan en los contratos de trabajo que se encuentran en período de prueba: al no requerirse formalidad especial para proceder a la extinción de la relación laboral por el artículo 14 ET, la no comunicación por escrito del despido no da lugar a la declaración de improcedencia del mismo. Su fundamentación se localiza en la siguiente afirmación: siendo el período de prueba una institución que permite a cualquiera de las partes que intervienen en el contrato de trabajo rescindir unilateralmente el mismo –por su sola y exclusiva voluntad– sin necesidad de cumplir ninguna exigencia especial al respecto, bastando con que el período de prueba esté todavía vigente y que el empresario o el empleado extinga la relación laboral sin que sea preciso llevar a cabo ninguna clase especial de comunicación, ni especificar la causa que ha determinado tal decisión finalizadora, convierte la motivación o justificación del despido en materia meramente subjetiva de quien adoptó la decisión de despedir –a excepción de que la resolución esté motivada por razón discriminatoria que incumpla el artículo 14 de la Constitución Española o vulnere cualquier otro derecho fundamental–³⁰⁷⁶.

Las consecuencias que el ordenamiento jurídico otorga a la declaración de improcedencia por falta de forma no difieren para los casos de improcedencia por motivos de fondo –que examinaremos a continuación–. Sin embargo, sí debemos aludir que –como se ha manifestado en anteriores ocasiones– nuestra legislación concede varias facultades para que el empleador enmiende las imperfecciones de forma –requisitos formales– en las que hubiera incurrido en el primer despido con finalidad de extinguir la relación laboral del trabajador por unos mismos hechos que los declarados formalmente improcedentes.

Abandonando la improcedencia por razones de forma, el despido disciplinario también podrá ser declarado improcedente en atención a razones asociadas al fondo del asunto –no a las formalidades requeridas–. Dada la noción amplia de despido que utilizan nuestros tribunales, la calificación de despido improcedente se acomoda también a los supuestos en que, aducida por el empresario cualquier causa de extinción de la relación laboral³⁰⁷⁷, esa causa carezca de validez, vigencia, operatividad o eficacia³⁰⁷⁸. El calificativo de despido improcedente no es, en absoluto, exclusivo del despido disciplinario sino que puede aplicarse también a cualquier despido causal: en otros términos, cualquier despido en el que el empresario alega una determinada causa de extinción laboral.

³⁰⁷⁵ TOROLLA GONZÁLEZ, F. J.: “El despido verbal discriminatorio”, en GÁRATE CASTRO, J. (Coord.) *et al*: *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario: estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor “honoris causa” por la Universidad de Santiago de Compostela*, cit., p. 115.

³⁰⁷⁶ STS 2 de abril de 2007 [RJ 2007, 3193]. En este sentido, STSJ Cataluña 1 de octubre de 2015 [AS 2015, 2111] y STSJ Extremadura 1 de diciembre de 2011 [JUR 2011, 437626].

³⁰⁷⁷ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al*: *Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 1027.

³⁰⁷⁸ STS 2 de noviembre de 1993 [RJ 1993, 8346].

Por razones de fondo, el despido podrá decretarse improcedente por las siguientes causas³⁰⁷⁹: 1) Cuando se atestigüen las desobediencias que se achacan al empleado pero sin ser adecuadas para justificar la imposición de la sanción de despido por no esbozar gravedad suficiente y carecer del equilibrio que se requiere entre la falta cometida y la sanción impuesta. 2) Cuando no se haya evidenciado la realidad de los incumplimientos que se le achacan al trabajador con independencia de que los motivos disciplinarios alegados por el empleador sean ciertos o falsos. En este sentido, es al empresario a quien le incumbe la carga de probar la autenticidad de los hechos imputados en la carta de despido. 3) Cuando las faltas que se le achacan al trabajador hubieran sido objeto de sanción en un momento precedente –actuando en contra del principio *non bis in idem*–. 4) Cuando las faltas imputadas al trabajador hubieran prescrito con anterioridad a la fecha de confección del despido.

A diferencia de la improcedencia por razones de forma, en los despidos por razones de fondo, de ningún modo es posible la subsanación³⁰⁸⁰. Cuando se trata de un despido disciplinario el juez no sólo debe constatar la veracidad de los hechos imputados sino que además debe catalogar los mismos respecto a su gravedad y entidad, dotándoles de eficacia suficiente para producir la extinción del contrato de trabajo, valorando los particulares elementos concurrentes que dotan a cada pleito de su propia individualidad³⁰⁸¹. El concepto de culpabilidad y gravedad del incumplimiento es graduable y ha de presidir la valoración de la causa del despido: por ello, la impugnación de la resolución del contrato de trabajo puede consistir, no en la negación del hecho que se imputa por el empresario al trabajador, sino en la oposición de la gravedad y culpabilidad del despido³⁰⁸².

3.2 Evolución en el Derecho español del Trabajo de la alternativa readmisión-indemnización

En los antecedentes instruidos por el Código Civil y el Código de Comercio, el despido *ante tempus* y sin causa justa, en cuanto incumplimiento del contrato por parte del empresario, generaba consecuencias indemnizatorias a cargo exclusivamente de él. Este es el sentido del artículo 1584 del Código Civil cuando establece que “*el criado doméstico destinado al servicio personal de su amo, o de la familia de éste, por tiempo determinado, puede despedirse y ser despedido antes de expirar el término; pero, si el amo despide al criado sin justa causa, debe indemnizarle pagándole el salario devengado y el de quince días más*”. En el mismo sentido, el artículo 299 del Código de Comercio establece que “*si el contrato entre los comerciantes y sus mancebos y dependientes se hubiere celebrado por tiempo fijo no podrá ninguna de las partes contratantes separarse sin consentimiento de la otra de su cumplimiento hasta la terminación del plazo convenido. Los que contravinieren a esta cláusula quedarán sujetos a la indemnización de daños y perjuicios, salvo lo dispuesto en los artículos siguientes*”. Fue el Real Decreto de 1928 por el que se modifica el artículo 17 del Real

³⁰⁷⁹ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, cit., pp. 79 y 80.

³⁰⁸⁰ TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.: “El despido disciplinario”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 76.

³⁰⁸¹ PÉREZ-BENEYTO ABAD, J. J.: “Despido improcedente: supuestos y efectos. Especial referencia a los salarios de tramitación”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 241.

³⁰⁸² MONTOYA MELGAR, A.: “El despido improcedente y sus efectos”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 507.

Decreto-ley de 26 de noviembre de 1926, relativo a la Organización Corporativa Nacional, el primer artículo en introducir la readmisión del trabajador despedido. Este precepto establece que *“si en el fallo se declarase que no existe causa que justifique el despido del obrero, el patrono deberá readmitirle dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes en que sea firme el fallo del comité, a menos que en tal momento estuviese ya el obrero despedido nuevamente colocado”*. Incumplido este deber por el empresario, habría de sustituirse por un deber de carácter indemnizatorio. No obstante, el empresario gozaba de una facultad de opción entre el cumplimiento específico del deber de readmisión y el cumplimiento sustitutivo por vía de indemnización. En concreto, el apartado 7 del mismo precepto establecía que *“si hallándose obligado el patrono a readmitir al obrero despedido y aun no colocado nuevamente, no quisiese readmitirlo, además de abonarle el importe de las jornadas correspondientes al tiempo transcurrido entre el despido y el día en que, con arreglo a lo dispuesto en el párrafo anterior, hubiera debido readmitir al obrero, satisfará a éste, en concepto de indemnización de perjuicios por el tiempo en que pueda tardar en hallar nueva colocación, una cantidad que podría variar entre el importe de quince días y tres meses de jornal”*. Esta misma construcción es la seguida por la Ley relativa a los Jurados mixtos, del trabajo industrial y rural, de la propiedad rústica y de la producción y las industrias agrarias de 1931, al establecer su artículo 51, que *“si en el fallo se declarase que no existe causa que justifique el despido del obrero, en él se otorgará opción al patrono para que lo readmita o para que le abone la indemnización que haya fijado el Presidente, haciendo uso del arbitrio que la ley le concede sobre la cuantía de la indemnización”*.

En posteriores leyes –por Decreto de fecha 6 de noviembre de 1941, acogido posteriormente por la Ley de Contrato de Trabajo de 1944– el sistema de opción, aun manteniéndose, experimentaría una importante modificación al introducir un doble sistema de opción –ya comentado–: en las empresas de hasta 50 trabajadores, ésta seguía correspondiendo al empresario; en las empresas de más de 50 trabajadores, la opción se atribuía al trabajador despedido. Más adelante, el Decreto de 26 de octubre de 1956, que modificaba parcialmente a la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, se refirió al despido improcedente como contrapartida del procedente, manteniendo al empresario la titularidad de la opción cuando *“ocupe menos de cincuenta operarios fijos”*, correspondiendo al trabajador, *“si excediere de este número”*.

El Decreto 909/1966, de 21 de abril, aprobando el texto articulado segundo de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre bases de la Seguridad Social, por el que se da nueva redacción al vigente texto refundido de Procedimiento Laboral, aún continuando con el modelo establecido de los 50 trabajadores, priva al empleado de la opción *“cuando el despido haya sido motivado por la supuesta participación del trabajador en un conflicto colectivo con inobservancia de las normas legales vigentes, si aquél se declarara improcedente, se concederá en todo caso al empresario la opción entre readmisión y la indemnización, salvo que la sentencia declare que el trabajador no ha tenido participación alguna en el conflicto, en cuyo supuesto corresponderá a éste el derecho de opción, si así procediera, en relación con el número de trabajadores de la empresa”*.

La Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, rompe con la dicotomía readmisión-indemnización al establecer, en su artículo 35, y como única posibilidad, *“la readmisión del trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse aquél, así como al pago del importe del salario dejado de percibir desde que se produjo*

el despido hasta que la readmisión tenga lugar”. Sin embargo, cuando las partes lo acordaran o lo decidiera el magistrado por entender la readmisión incompatible con la convivencia laboral, la readmisión acabaría sustituyéndose por indemnización. Este sistema fue modificado por el Real Decreto-ley 18/1976, de 8 de octubre, sobre medidas económicas, restableciendo el sistema operativo readmisión-indemnización, aunque con alguna novedad. En concreto, el artículo 10 del precitado texto establecía que “*cuando en un procedimiento por despido el magistrado de trabajo considere que no hay causa justa para el mismo, en la sentencia que así lo declare condenará a la empresa a la readmisión del trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse aquél, así como el pago del importe del salario dejado de percibir desde que produjo el despido hasta que la readmisión tenga lugar*”. Pero, “*cuando el empresario no procediera a la readmisión o efectuada ésta no tuviera lugar en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, el magistrado de trabajo sustituirá la obligación de readmitir por el resarcimiento de perjuicios y declarará extinguida la relación laboral*”. Técnica flexibilizadora acogida por el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, hasta llegar al sistema actual de opción pura –introducido en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores– que reconoce al empresario –salvo excepciones de representación de personal– la facultad alternativa de cumplir el deber de readmisión *in natura* o el equivalente pecuniario que establece la ley³⁰⁸³. Sistema legal jurídicamente diseñado que termina por invertir los términos de la cuestión: la ejecución sustitutiva se erige en regla general siendo la ejecución *in natura* la excepción³⁰⁸⁴.

3.3 Efectos laborales asociados a la declaración de improcedencia: potestad de optar entre la readmisión y la extinción indemnizada

En este apartado vamos a formular los efectos comunes a todos los supuestos en los que el despido disciplinario sea declarado improcedente, ya sea por motivos de fondo o por motivos de forma. De acuerdo con el artículo 56.1 ET, cuando el despido sea declarado improcedente, “*el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo*”. No es casualidad que el legislador otorgue al despido improcedente un tratamiento específico al haberse convertido en la categoría más usada entre las alternativas posibles de calificación del despido, destacando tres circunstancias que la hacen trascendental: a) el desplazamiento a favor de la improcedencia de hipótesis que tradicionalmente se declaraban nulas; b) la tendencia de la jurisprudencia de primar la calificación de improcedente del despido; c) y el uso de la improcedencia para facilitar y abaratar el despido con claro destellos de una política de empleo de corte economicista³⁰⁸⁵.

³⁰⁸³ MONTOYA MELGAR, A.: “El despido improcedente y sus efectos”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., pp. 518 y ss.

³⁰⁸⁴ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Itinerarios circulares del Derecho del Trabajo: del despido libre al despido indemnizado”, en *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, cit., p. 133.

³⁰⁸⁵ BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J.: “Artículo 56. Despido improcedente”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al: El nuevo Estatuto de los Trabajadores*.

Antes de comenzar es conveniente realizar la siguiente manifestación: aun cuando en el análisis del texto nos referimos al derecho de opción como obligación alternativa u obligación facultativa de manera indistinta –sin analizar su naturaleza jurídica³⁰⁸⁶–, en caso de que una de las opciones –alternativas o facultades– no pueda cumplirse por imposibilidad sobrevenida de alguna de las prestaciones, de manera automática será obligatoria la otra prestación, lo que de acuerdo con el artículo 1134 del Código Civil³⁰⁸⁷, parece acercarse más a la naturaleza jurídica de la alternativa que a la de facultad –pues en este supuesto no podría elegirse–³⁰⁸⁸. Por el contrario, si el derecho de opción fuese una obligación o prestación facultativa resultaría que sólo se debe la prestación principal; por lo que si ésta desaparece por imposibilidad sobrevenida, se produciría la liberación del deudor y, por ende, la extinción de la obligación, sin que sea posible obligar al deudor a cumplir la prestación sustitutoria³⁰⁸⁹.

Es obvio que la regla laboral de otorgar el derecho de opción al empresario contradice el principio general de que ha de ser el perjudicado quien tenga la facultad de elegir la forma de cumplimiento³⁰⁹⁰. El legislador en casos de improcedencia –tanto por razones de forma como de fondo– concede al empresario la facultad de elegir entre la readmisión del trabajador –que se coordina mejor con el principio de estabilidad en el empleo³⁰⁹¹– o la resolución indemnizada de éste, por lo que la sentencia declarativa deberá cumplir cualquiera de tales obligaciones alternativas³⁰⁹². Terminológicamente resulta curioso encontrarnos como el incumplidor de la obligación –en referencia al empresario– es el condenado a un derecho de elección³⁰⁹³. No es exagerado afirmar que en nuestro actual modelo de relaciones laborales³⁰⁹⁴, ha adquirido carta de naturaleza el

Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, cit., p. 789.

³⁰⁸⁶ Para ello, *vid.* GONZÁLEZ VELASCO, J. y VIVES USANO, M^a. P.: “Aspectos del derecho de opción en los despidos disciplinarios”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 763. También GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, cit., pp. 93 y ss.

³⁰⁸⁷ “El deudor perderá el derecho de elección cuando de las prestaciones a que alternativamente estuviese obligado, sólo una fuere realizable”.

³⁰⁸⁸ Pero insistimos, no queremos analizar la naturaleza jurídica del derecho de opción: nos referimos al mismo como alternativa o como facultad de manera indiferenciada.

³⁰⁸⁹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen II. Las relaciones obligatorias*, Pamplona, Thomson-Civitas, 2008, p. 354.

³⁰⁹⁰ REGLERO CAMPOS, F.: *Lecciones de Responsabilidad Civil*, Navarra, Aranzadi, 2002, p. 86.

³⁰⁹¹ IGARTUA MIRÓ, M^a. T.: “Despido improcedente: ejecución de la sentencia. Incidente de no readmisión”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al.*: *El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 296.

³⁰⁹² STS 25 de junio de 2003 [RJ 2003, 6877].

³⁰⁹³ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, cit., p. 92.

³⁰⁹⁴ 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 MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), MOLINA NAVARRETE, C. (Dir.) y MORENO VIDA, M^a. N. (Dir.) *et al.*: *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, cit., p. 293: en los últimos tiempos, la modernidad económica se impone a la modernidad social, con el consiguiente resquebrajamiento de la solidaridad institucional representada por el Estado Social y que hundía sus raíces en el trabajo estable, en la seguridad laboral y social, formalizadas en el artículo 35 de la Constitución Española. El trabajo como vínculo social, generador de solidaridad y fuente de cohesión ciudadana, ha sido desplazado por el trabajo servidor de la nueva división técnica, situación propia de las visiones tecnocráticas y economicistas, transformando al Estado del Bienestar en un Estado productivista y remercantilizado.

despido libre indemnizado, o, dicho de manera más rigurosa, el desistimiento empresarial como causa de extinción del contrato de trabajo³⁰⁹⁵.

Ambas condenas –readmisión o indemnización– aún consecuencia de la improcedencia tienen perfiles distintos: la primera impone una obligación de hacer; la segunda el pago de una determinada cantidad³⁰⁹⁶. Sin embargo, esta facultad que el legislador consiente al empleador se traslada al trabajador cuando desarrolla funciones representativas –legal, sindical o de prevención– o fuera responsable de prevención de riesgos laborales, o cuando se otorgue tal prerrogativa en beneficio del empleado por el propio convenio colectivo o por pacto individual: es incuestionable la relación directa del derecho de opción con la garantía de inmunidad representativa que imposibilita que el empresario despidiera y se deshaga de manera caprichosa e inmotivada de un trabajador representante con el mero abono de la indemnización legal prevista³⁰⁹⁷. El Tribunal Supremo ha estimado ajustado a derecho que por convenio colectivo se reemplace el deber legal de readmisión por la elección en manos del trabajador de la facultad de optar³⁰⁹⁸ –opción que solo es aplicable al despido improcedente y no a los restantes supuestos de extinciones no ajustados a derecho–³⁰⁹⁹.

Lo cierto es que un sistema jurídico que compatibiliza ambas técnicas de estabilidad –extinción indemnizada o readmisión– con mayor auge para el despido injusto indemnizado, otorga una protección inferior y, además, contradictoria con la naturaleza del propio derecho al trabajo reconocido en la Constitución Española, protección que se garantizaría mejor a través de la generalización de la readmisión forzosa como garantía frente al despido no procedente –sea improcedente o nulo–³¹⁰⁰.

Cuando lo que se combate es el despido de empleados públicos, el artículo 96.2 EBEP estima que “*procederá la readmisión del personal laboral fijo cuando sea declarado improcedente el despido acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave*”. En otros términos, parece ser que al encontrarnos ante el despido disciplinario de empleado público la única posibilidad existente es la readmisión del trabajador.

Tras la calificación de improcedencia del despido la solución de la legislación española de conceder al empresario la facultad de readmitir o indemnizar al trabajador encuentra cobertura en el Convenio número 158 de la OIT cuyo artículo 10 establece que si el tribunal ante el que pueda reclamar el trabajador llega “*a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la*

³⁰⁹⁵ PÉREZ-BENEYTO ABAD, J. J.: “Despido improcedente: supuestos y efectos. Especial referencia a los salarios de tramitación”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al*: *El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 238.

³⁰⁹⁶ STS 4 de febrero de 1995 [RJ 1995, 3734].

³⁰⁹⁷ HERRERA DUQUE, M^a. J.: “Los representantes de los trabajadores y el despido”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al*: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 284.

³⁰⁹⁸ STS 25 de noviembre de 2013 [RJ 2014, 51], STS 2 de febrero de 2009 [RJ 2009, 1183] y STSJ Andalucía/Sevilla 20 de marzo de 2013 [JUR 2013, 181426].

³⁰⁹⁹ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, cit., pp. 81 y 82.

³¹⁰⁰ BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J.: *El despido o la violencia del poder privado*, cit., p. 63.

readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada". Tan amplia redacción legitima cualquier solución legislativa que pueda darse en derecho interno³¹⁰¹.

3.3.1 Facultad de optar: titularidad, representantes de los trabajadores, alteración por convenio colectivo, ejercicio y circunstancias especiales

Conviene tener presente que la opción achacada al empresario, ni damnifica a la igualdad procesal de las partes, ni desacredita la función jurisdiccional destinada a enjuiciar la procedencia, improcedencia o nulidad de la decisión extintiva, estando taxativamente fijadas en la norma las consecuencias en cada uno de los casos de la decisión judicial³¹⁰². La capacidad legal de la opción al empresario asigna al sujeto infractor una posibilidad de opción de naturaleza meramente económica que delimitará la elección de la disyuntiva que le resulte más rentable sin que ello limite el alcance de la tutela judicial³¹⁰³; la forma en que ha quedado configurado el derecho empresarial de opción una vez dictada la resolución judicial de improcedencia puede hacer más o menos atractiva, en función de circunstancias diversas, la elección de uno de sus términos; el hecho de que en dicha alternativa pueda pesar más un tipo u otro de consideraciones son cuestiones todas ellas que afectan a la regulación material de los efectos del despido improcedente pero que en nada limitan el alcance de su tutela judicial³¹⁰⁴.

La facultad de optar entre la readmisión o la indemnización concierne al empresario salvo las excepciones legales como las del representante de los trabajadores³¹⁰⁵ –unitario, sindical o de prevención– o de un trabajador responsable de prevención designado por el empleador³¹⁰⁶. En los casos precitados, el derecho de la opción de elegir compete al trabajador pues la finalidad es favorecer el desarrollo de las funciones representativas³¹⁰⁷.

El fundamento de este derecho de opción a favor del representante despedido se localiza en el ámbito de protección de su prerrogativa a efectos de eludir que el empresario pudiera apartar al representante de la empresa a través de un despido improcedente finalizado con su no readmisión³¹⁰⁸. Y aunque hubo alguna opinión concerniente a que este derecho de opción sólo era imputable al representante cuando su despido hubiese estado vinculado con actividades relativas a su función representativa, actualmente, la doctrina jurisprudencial es contundente al desarrollar sus fundamentos: la elección de la opción entre la readmisión o la indemnización corresponde al

³¹⁰¹ ALBIOL MONTESINOS, I.: *El despido disciplinario y otras sanciones en la empresa*, cit., p. 106.

³¹⁰² STC 84/2008, de 21 de julio [RTC 2008, 84].

³¹⁰³ ALBIOL MONTESINOS, I.: "El despido disciplinario", en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 1029.

³¹⁰⁴ STC 84/2008, de 21 de julio [RTC 2008, 84].

³¹⁰⁵ STS 20 de marzo de 1997 [RJ 1997, 2607].

³¹⁰⁶ Artículos 30 y 35 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

³¹⁰⁷ STSJ Andalucía/Granada 16 de julio de 2003 [JUR 2003, 241576].

³¹⁰⁸ ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al: Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 300.

trabajador investido de las citadas garantías en todos los supuestos en que se condene a la empresa por despido improcedente³¹⁰⁹.

Sobre el período de tiempo durante el cual los representantes conservan la titularidad de la facultad de optar es necesario aludir diversos problemas. Habiéndose declarado improcedente el despido de un representante, surge la duda de si la facultad de optar le incumbe a éste durante el año posterior a la terminación de sus funciones representativas al existir contradicciones entre diferentes artículos: el artículo 68.c) ET³¹¹⁰, reconoce la garantía de representación durante el año siguiente a la expiración del mandato; por el contrario, el artículo 56.4 ET³¹¹¹, no se refiere de modo expreso a esa ampliación temporal de la garantía que supone el reconocimiento de la facultad de optar en el caso de improcedencia del despido. Esta problemática ha sido resuelta por el Tribunal Constitucional cuando considera que al representante le alcanza la facultad de optar durante el año posterior al cese del cumplimiento de funciones representativas en la empresa salvo que cese en el desempeño de su función representativa por revocación o dimisión³¹¹².

Por otro lado, se localizan especialidades respecto a la facultad de optar frente a quienes intervienen en las elecciones sindicales. De acuerdo con lo manifestado distinguir los siguientes supuestos³¹¹³: a) Los empleados designados candidatos antes de la fecha de extinción de la relación laboral y que luego resulten escogidos en las elecciones disfrutan de la facultad de optar³¹¹⁴. En caso contrario se estaría beneficiando actuaciones empresariales propensas a evitar el acceso a la categoría de representantes de trabajadores. b) En el caso de extinguir el contrato de trabajo de los trabajadores que hayan resultado escogidos representantes durante la tramitación del proceso por despido pero no eran candidatos a la fecha del mismo, los mismos no disfrutarán de la garantía³¹¹⁵, porque en el momento de constitución de la mesa y presentación de las candidaturas —es decir, se convierte en candidato después del despido—, el contrato de trabajo ya estaba agotado y, por ende, la relación laboral no existía³¹¹⁶. Lo anterior no imposibilita al trabajador despedido conservar su propuesta a la condición de representante, pues en el caso de que resultara elegido, quedaría supeditado a que la relación laboral se rehabilitara en un momento posterior por readmisión del empleado. Pero no desatendamos que el trabajador despedido improcedentemente, al no gozar de

³¹⁰⁹ STS 19 de mayo de 2009 [RJ 2009, 3003], STS 20 de marzo de 1997 [RJ 1997, 2607] y STSJ Madrid 19 de enero de 2015 [JUR 2015, 74632].

³¹¹⁰ “No ser despedido ni sancionado durante el ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a la expiración de su mandato, salvo en caso de que ésta se produzca por revocación o dimisión, siempre que el despido o sanción se base en la acción del trabajador en el ejercicio de su representación, sin perjuicio, por tanto, de lo establecido en el artículo 54. Asimismo no podrá ser discriminado en su promoción económica o profesional en razón, precisamente, del desempeño de su representación”.

³¹¹¹ “Si el despedido fuera un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, la opción corresponderá siempre a este. De no efectuar la opción, se entenderá que lo hace por la readmisión. Cuando la opción, expresa o presunta, sea en favor de la readmisión, esta será obligada. Tanto si opta por la indemnización como si lo hace por la readmisión, tendrá derecho a los salarios de tramitación a los que se refiere el apartado 2”.

³¹¹² STC 229/2002, de 9 de diciembre [RTC 2002, 229].

³¹¹³ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, cit., pp. 86 y 87.

³¹¹⁴ STS 22 de diciembre de 1989 [RJ 1989, 9258].

³¹¹⁵ STS 30 de octubre de 2000 [RJ 2000, 9659] y STS 20 de junio de 2000 [RJ 2000, 7172].

³¹¹⁶ *Vid.* STSJ Castilla y León/Burgos 15 de octubre de 2015 [AS 2015, 1849] y STSJ Canarias/Las Palmas 27 de septiembre de 2012 [AS 2013, 1198].

la condición de representante cuando la relación laboral fue extinguida, hace que sea la empresa la que deba de inclinarse por la readmisión del trabajador o por la indemnización correspondiente. c) Los candidatos que sean despedidos durante el desarrollo del proceso electoral y que no resulten finalmente elegidos no disfrutan de la facultad de optar en el supuesto de que el despido sea declarado improcedente³¹¹⁷.

Los representantes especializados en prevención gozan de la facultad de optar cuando combinan la ocupación representativa con el de representante unitario o sindical. En el caso opuesto –cuando no compatibilicen el cargo representativo de prevención con la representación unitaria o sindical– no poseen esta capacidad de modo expreso por la ley³¹¹⁸, lo que resulta incoherente ya que deberían de quedar amparados en similares condiciones que los representantes unitarios y sindicales durante todo el tiempo que media desde la presentación de su candidatura, la elección y el año posterior al cese en la ocupación de funciones representativas adjudicadas en el área de prevención³¹¹⁹. Y dada la relación de complementariedad que guardan entre sí la garantía de inmunidad y la consistente en la facultad de optar en despidos improcedentes, el problema interpretativo que se ocasiona ha de solucionarse en sentido favorable al reconocimiento de esta última –de la facultad de optar– que quedaría incrementada al año posterior al despido³¹²⁰.

Aunque nuestro ordenamiento jurídico no faculta explícitamente a la negociación colectiva para alterar al sujeto titular de la facultad de optar, en algún caso, los convenios colectivos admiten esta capacidad a empleados que no poseen la condición de representantes de los trabajadores incrementando de este modo –no disminuyendo– las facultades y garantías de los empleados: es lo que se denomina alteración de la titularidad de la facultad de optar por convenio colectivo. Esta es la razón –intensificación de las garantías de los trabajadores– por la que las previsiones convencionales han sido declaradas lícitas³¹²¹. Los argumentos para ser considerados conforme a derecho son las siguientes³¹²²: porque son normas más favorables para el empleado sin dejar de obedecer el mínimo de derecho necesario que establece la ley; porque la normativa alterada por convenio es de naturaleza sustancial sin que quede incorporada en el orden público procesal; y porque si al empresario se le da la alternativa de escoger en el plano individual también puede hacerlo el trabajador a través de la autonomía colectiva.

En efecto se trata de una norma más favorable para el trabajador que respeta los mínimos de derecho necesario contenidos en la ley. La regulación contenida en los preceptos cuya infracción se alega tiene carácter de derecho necesario relativo que,

³¹¹⁷ STSJ Baleares 3 de julio de 2002 [AS 2002, 3060].

³¹¹⁸ Dado que el artículo 37 LPRL hace extensiva a los delegados de prevención las garantías previstas solamente en el artículo 68 ET, guardando silencio respecto de la facultad de optar prevista en el artículo 56.4 ET, mientras que el artículo 30 LPRL sí reconoce a los responsables de prevención, de modo expreso, la facultad de optar.

³¹¹⁹ STSJ Galicia 8 de septiembre de 2015 [JUR 2015, 223611].

³¹²⁰ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, cit., p. 88.

³¹²¹ STS 25 de noviembre de 2013 [RJ 2014, 51], STS 2 de febrero de 2009 [RJ 2009, 1183], STS 22 de septiembre de 2005 [RJ 2005, 8607], STS 5 de octubre de 2001 [RJ 2002, 1421], STS 11 de mayo de 1999 [RJ 1999, 6732] y STS 11 de marzo de 1997 [RJ 1997, 2313].

³¹²² MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, cit., p. 88.

como tal, puede ser mejorado por la autonomía colectiva. La disponibilidad de la opción se deriva claramente del propio contenido de la norma estatal, ya que si el empresario en el plano individual puede optar por cualquiera de los términos de la opción, es claro que también puede hacerlo el trabajador a través de la autonomía colectiva³¹²³.

Si el convenio colectivo atribuye el derecho de opción a los trabajadores improcedentemente despedidos³¹²⁴ –sin discriminación– esta facultad se destina tanto a contratados indefinidos como contratados temporales. No obstante, en otras ocasiones, el convenio colectivo limita la atribución de esta opción al despido improcedente de los trabajadores fijos, interpretando por la jurisprudencia que dentro de este enunciado, debe abarcarse no sólo los trabajadores contratados inicialmente con este carácter sino también aquellos trabajadores temporales cuyos contratos acontecieron en indefinidos por irregularidades en su contratación temporal³¹²⁵. Por tanto, no es dable sostener que el precepto convenido de referencia no resulta de aplicación a aquellos contratos temporales que se convierten en indefinidos por irregularidades sobrevenidas durante la vida de la relación contractual, ya que, tal fundamentación jurídica no puede apoyarse con rigor en el precepto convencional pues aunque no exista una declaración previa de indefinición de la relación laboral entre empresa y trabajador, ésta deviene implícita³¹²⁶.

Los requisitos de tiempo y forma del ejercicio de la facultad de optar son fácilmente deducibles de la normativa laboral³¹²⁷. La exigencia dentro del plazo de cinco días –artículo 56.1 ET– a la declaración unilateral de voluntad que configura el derecho de opción evita la problemática civil sobre el tema y el momento en el que acreedor y deudor inciden en mora y sus efectos. De acuerdo con la normativa estatal laboral, el plazo se inicia al día siguiente al de la notificación de la sentencia, sin precisar nada más al respecto: en otros términos, sin decidir si es a partir de la sentencia del juez de instancia o del tribunal que resuelva el recurso; o si en el caso de que el recurso se interponga, hay que esperar a la firmeza de la sentencia que lo resuelva. El problema es solventado por la LRJS que precisa que el plazo de opción del despido improcedente se inicia desde la notificación de la sentencia sin esperar la firmeza de la misma –artículo 103.3 de la Ley de Procedimiento Laboral de 1980 y 110.3 de los restantes textos jurídicos–.

Los requisitos formales pueden sintetizarse del siguiente modo: a) se exige que la declaración de voluntad expresiva del derecho de opción sea manifestada verbalmente mediante comparecencia ante el secretario del Juzgado de lo Social en que se tramitó y resolvió el proceso en la instancia –que deberá documentarse en autos con la firma del compareciente y del secretario judicial–; o emitida por escrito y presentada ante el mismo juzgado; b) la declaración de voluntad se trasmite directamente al juzgado y por éste se hará llegar a la otra parte procesal al objeto de su conocimiento y para que surta los efectos pertinentes; y c) no cabe la comunicación directa de la voluntad del sujeto que posee la facultad del derecho de opción y el otro interesado, siendo exigencia legal que el receptor de la declaración sea un tercero. En otros

³¹²³ STS 25 de noviembre de 2013 [RJ 2014, 51] y STS 11 de marzo de 1997 [RJ 1997, 2313].

³¹²⁴ SEMPERE NAVARRO, A. V.: “El despido improcedente en la jurisprudencia unificada”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 382.

³¹²⁵ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 1037.

³¹²⁶ STS 21 de junio de 2007 [RJ 2007, 5202].

³¹²⁷ STSJ Extremadura 23 de julio de 2002 [AS 2002, 2911].

términos, el funcionario correspondiente del Juzgado de lo Social que así cumple una triple función: de constancia de la declaración; de calificación de su válida y eficaz emisión o no; y de traslado a la otra parte interesada. El silencio en el ejercicio del derecho de opción, ya posea la elección tanto el empresario como el trabajador, significa que se opta por la readmisión. Pese a la previsión general del artículo 1251 del Código Civil, no cabe prueba en contrario: es una voluntad presunta que el ET afirma en base a la propia inactividad del empleador/trabajador junto al principio general de conservación del negocio jurídico³¹²⁸.

El cumplimiento o la desobediencia de los requisitos temporales y formales anteriormente mencionados originan efectos opuestos. La obediencia de estas formalidades constituyen las siguientes consecuencias: a) se tiene por ejercitado el derecho de opción cuando se transforma la obligación alternativa contenida en la sentencia en otra simple cuyo contenido es la prestación elegida; b) si bien la declaración de voluntad tiene como último destinatario al otro sujeto del contrato, su validez y eficacia se producen cuando es concretamente expresada en el Juzgado de lo Social, pues es allí donde se manifiesta la voluntad por medio de comparecencia o escrito; c) no se requiere aceptación ni se permite oposición al ejercicio legal del derecho de opción ejercitado por el pertinente titular del mismo; d) la declaración de voluntad con la que se ejercite el derecho de opción en el plazo y forma legal es irrevocable a partir de la llegada de la misma al juzgado; y e) la elección de la prestación indemnizatoria produce automáticamente la extinción del contrato de trabajo; en contra, si se opta por la readmisión del trabajador se está afirmando que la relación laboral nunca se había extinguido³¹²⁹.

La inobservancia de los citados requisitos ocasiona el efecto de tener por no ejercitado expresamente el derecho de opción. El mero acuerdo extraprocésal entre las partes por el que el empresario se compromete a no elegir la readmisión y abonar al trabajador una concreta cantidad de dinero no tiene ninguna consecuencia jurídica – irrelevante a estos efectos– si la declaración de voluntad empresarial no se ha producido de acuerdo a los requisitos estipulados. Aunque se hubiera efectuado el pago correspondiente a la indemnización fijada en la sentencia directamente al trabajador – incluso dentro del plazo de cinco días– no puede aceptarse que se ha hecho una elección tácita o implícita a favor de aquella.

El ejercicio de la facultad de optar –readmisión o indemnización– posee particularidades manifiestas en circunstancias especiales que a continuación desarrollamos:

— El despido de trabajadores contratados temporalmente.

La regulación normativa del despido improcedente no distingue entre el contrato indefinido y el contrato temporal por lo que los efectos aparejados en la calificación de improcedencia deberán ser los mismos en ambos casos. Sin embargo, por la naturaleza de cada uno de los contratos –uno indefinido y otro temporal– habrá de tener en cuenta

³¹²⁸ GONZÁLEZ VELASCO, J. y VIVES USANO, M^a. P.: “Aspectos del derecho de opción en los despidos disciplinarios”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., pp. 824 y 829.

³¹²⁹ *Ibidem*, p. 826.

la siguiente especificación³¹³⁰: cuando la fecha de la sentencia fuera posterior a la fecha de extinción del contrato por condiciones ordinarias, el empleador estará obligado a satisfacer la única opción que persiste que no es otra que la indemnización; obviamente, la deuda por salarios de tramitación que contraiga el empresario, no podrá esparcirse más allá de la fecha en la que estaba prevista la extinción del contrato o de la fecha en la que confluya la causa legal de extinción del contrato temporal³¹³¹.

Si el contrato vence antes de la sentencia que declare la improcedencia del despido es cuando surge el problema, pues desaparece una de las opciones de la obligación alternativa establecida en el artículo 56 ET: ya no es posible la readmisión del trabajador. En este caso, la solución se localiza en la aplicación del artículo 1134 del Código Civil, manteniéndose la obligación del empresario de cumplir la otra posibilidad alternativa y restante: la indemnización. Indemnización que debe retribuirse en cualquier caso al ser consecuencia del daño producido, rigiendo el principio de indemnización tasada de los perjuicios causados por despido improcedente. Perjuicios producidos por la extinción del contrato de trabajo, sin causa justificativa, y con independencia de la naturaleza del contrato³¹³².

— El fortuito fallecimiento del trabajador despedido.

El fallecimiento del trabajador no imposibilita la continuación del proceso por despido con sus sucesores o causahabientes³¹³³. El contrato de trabajo no se extingue por muerte del trabajador sino por el despido practicado con anterioridad por el empresario³¹³⁴. De declararse la improcedencia del despido, solo se podría realizar la opción de la extinción indemnizada a la que tendrán derecho sus herederos³¹³⁵, pues el trabajador despedido improcedentemente se encuentra fallecido³¹³⁶. Los derechos constituidos en virtud de la obligación establecida por el artículo 56 ET, salvo pacto en contrario, son transmisibles con sujeción a las leyes, perdiendo el derecho de elección entre las dos prestaciones a las que alternativamente viene obligado el empresario si sólo una fuera realizable, ya que el deudor no tendrá derecho a elegir las prestaciones imposibles, y siéndolo una de ellas en tanto obligación de hacer, la elección del acreedor recaerá sobre el precio. Es obvio que la facultad de elección sufre un desplazamiento, sin embargo, una peculiaridad del ordenamiento laboral como es la de conferir al deudor —empresario— la posibilidad de opción entre las dos obligaciones no puede, por lógica, cerrar el camino a la solución *ius civile* establecida en aras de la protección del acreedor; lo contrario supondría dejar a éste indefenso en un medio como el laboral orientado a la tuición del trabajador³¹³⁷. Sintetizando, la condena a la empresa por

³¹³⁰ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, cit., p. 90.

³¹³¹ STS 23 de julio de 2009 [RJ 2009, 6130], STS 10 de marzo de 2005 [RJ 2005, 3866], STS 19 de septiembre de 2000 [RJ 2000, 8209] y STS 29 de enero de 1997 [RJ 1997, 641].

³¹³² STS 19 de septiembre de 2000 [RJ 2000, 8209] y STSJ Murcia 14 de abril de 2011 [JUR 2011, 198452].

³¹³³ SEMPERE NAVARRO, A. V.: “El despido improcedente en la jurisprudencia unificada”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al*: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 371.

³¹³⁴ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, cit., pp. 90 y 91.

³¹³⁵ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al*: *Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 1030.

³¹³⁶ STSJ Galicia 20 de julio de 1998 [AS 1998, 2431].

³¹³⁷ STS 13 de mayo de 2003 [RJ 2004, 5407].

consecuencia del despido improcedente del empleado fallecido ha de comprender el pago a los herederos de la indemnización legal –sustitutiva de una imposible readmisión–³¹³⁸.

- Los supuestos de extinción del contrato improcedente por incapacidad permanente no comprende la posibilidad de la readmisión³¹³⁹.

A través de la condena no puede instaurarse una obligación de readmitir cuando irrefutablemente se ha confirmado que el contrato ha quedado automáticamente extinguido por la declaración de incapacidad³¹⁴⁰, de modo que las consecuencias del despido improcedente habrían de quedar limitadas a la indemnización³¹⁴¹.

- El despido improcedente de trabajadores extranjeros –extracomunitarios– respecto de los que el empresario no solicitó ni obtuvo autorización previa para trabajar –por cuenta ajena–³¹⁴².

En estos casos la utilización de la opción por la readmisión resulta inviable dado que el empresario no ha gestionado la correspondiente autorización para trabajar. Así, habrá lugar –cuando no se ha solicitado autorización para trabajar por cuenta ajena por parte del empleador– a la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1134 del Código Civil: “*el deudor perderá el derecho de elección cuando de las prestaciones a que alternativamente estuviere obligado, sólo una fuere realizable*”. En consecuencia solo corresponderá la opción del pago de la indemnización pertinente³¹⁴³.

La opción del empresario por la readmisión que requiera necesariamente de la obtención previa, por el propio empresario, de los permisos administrativos de residencia y trabajo para que los trabajadores despedidos puedan válidamente reincorporarse a sus puestos de trabajo y causar alta en el sistema de Seguridad Social, es una de las posibilidades del derecho de opción –a expensas de los permisos administrativos pertinentes–. Sin embargo, lo que el empresario –que no ha obtenido tales permisos y que no ha desplegado conducta positiva alguna tendente a la regularización de la situación laboral en nuestro país de los trabajadores extranjeros despedidos– no podrá, bajo ningún concepto, es insistir en la validez de su opción inicial por la readmisión y ampararse en ella para negar derechos derivados del despido a los trabajadores que ilícita e irregularmente contrató cuando nada ha hecho para posibilitar la vuelta al trabajo de estos empleados, pues el empresario deudor no tiene derecho a elegir las prestaciones imposibles –artículo 1134 del Código Civil–. Por tanto, no siendo viable la readmisión de los trabajadores despedidos improcedentemente por la

³¹³⁸ STSJ Cantabria 11 de diciembre de 2015 [JUR 2016, 31933], STSJ Madrid 19 de septiembre de 2012 [AS 2012, 2941] y STSJ Cataluña 11 de marzo de 2005 [AS 2005, 1039].

³¹³⁹ ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al: Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 299.

³¹⁴⁰ STS 13 de mayo de 2003 [RJ 2004, 5407].

³¹⁴¹ STSJ Galicia 14 de octubre de 2014 [AS 2014, 3206], STSJ Castilla-La Mancha 2 de diciembre de 2010 [AS 2011, 700] y STSJ Madrid 30 de marzo de 2004 [JUR 2004, 242051].

³¹⁴² ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al: Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 299.

³¹⁴³ STSJ Cataluña 20 de mayo de 2011 [AS 2011, 2245], STSJ Andalucía/Málaga 25 de marzo de 2010 [AS 2013, 1902] y STSJ Comunidad Valenciana 22 de mayo de 2004 [AS 2004, 3336].

inactividad y pasividad del empresario se ha de estar a la prestación alternativa: esto es, a la indemnización³¹⁴⁴.

— Singularidad determinada en el supuesto de improcedencia del despido argumentada en una cesión ilegal de trabajadores³¹⁴⁵.

En este supuesto las secuelas de la declaración de improcedencia del despido deben remendarse con los efectos que el artículo 43 ET instaura para los supuestos de cesión ilegal de trabajadores: responsabilidad solidaria de ambos empresarios de las obligaciones adquiridas con los trabajadores. Sin embargo, el derecho de opción empresarial entre la readmisión del empleado y la indemnización sustitutoria no es suspicaz de ejercicio “solidario”, ya que ambos deudores podrían ejercitarlo de forma diferente. El Tribunal Supremo corrobora que la opción entre readmisión o indemnización concernirá a la empresa cedente o cesionaria con la que el trabajador ilegalmente cedido elija conservar la relación laboral³¹⁴⁶.

3.3.2 La alternativa por la readmisión

Cuando se haya decidido escoger la opción por la readmisión esta preferencia se efectuará conforme las condiciones de trabajo que vinieran aplicándose antes de la fecha de efectividad del despido³¹⁴⁷. De acuerdo con el artículo 56.2 ET, “*en caso de que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación. Estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación*”.

Si el empresario se inclina por la readmisión del trabajador debe comunicarle por escrito la fecha de su reincorporación al trabajo dentro de los diez días siguientes a aquél en que se le haya notificado la sentencia –artículo 278 LRJS– sin que el uso del precitado artículo pueda supeditarse por circunstancias de crisis empresariales o de otra índole³¹⁴⁸. No especifica el legislador el contenido de dicha comunicación salvo la necesidad de que conste la fecha de reincorporación al trabajo³¹⁴⁹. Este plazo –diez días– tiene intención de proporcionar al causante de un ilícito laboral la posibilidad de restablecer voluntariamente el orden laboral perturbado³¹⁵⁰. Si la comunicación de readmisión del trabajador se constituye después de ese plazo de diez días, aunque se

³¹⁴⁴ STSJ Cataluña 24 de julio de 2007 [AS 2007, 2506] y STSJ Castilla y León/Burgos 18 de diciembre de 2013 [JUR 2014, 988].

³¹⁴⁵ ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al: Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 301.

³¹⁴⁶ STS 5 de febrero de 2008 [RJ 2008, 1625] y STS 3 de noviembre de 2008 [RJ 2008, 5665].

³¹⁴⁷ Sin perjuicio de la posibilidad de ejercicio regular por el empresario de las facultades modificativas que la normativa reconoce.

³¹⁴⁸ STS 23 de noviembre de 1998 [RJ 1998, 10019].

³¹⁴⁹ IGARTUA MIRÓ, M. T.: “Despido improcedente: ejecución de la sentencia. Incidente de no readmisión”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 299.

³¹⁵⁰ STSJ Comunidad Valenciana 13 de mayo de 2004 [JUR 2005, 11235].

produzca la readmisión, ésta será irregular³¹⁵¹: si la comunicación de readmisión se lleva a cabo después del referido plazo de diez días, se produzca o no la reincorporación del trabajador, la ejecución deviene en extemporánea convirtiéndose la decisión de la empresa en una readmisión irregular por no cumplir los requisitos legalmente previstos³¹⁵². Esta materia no da lugar a flexibilidad alguna sin que la aplicación del artículo 278 LRJS pueda supeditarse por tesituras de dificultades empresariales o de otra índole³¹⁵³: lo contrario supondría abrir una excepción para que una frondosa casuística acarrearla la inoperancia de un claro imperativo legal³¹⁵⁴. Sobre el medio de comunicación, sirve cualquiera de los mecanismos admitidos en derecho, teniendo presente que el legislador configura esta comunicación como claramente recepticia pues el plazo mínimo –plazo no inferior, no plazo máximo– para la fecha de su reincorporación al trabajo –tres días– empieza a contar desde la recepción del escrito por el trabajador³¹⁵⁵.

Por otro lado, cuando en el acto del juicio ya conste que la readmisión no es practicable –en otras palabras, que no se puede llevar a efecto por cualquier causa material o legal–, el demandante podrá aducirlo en el acto del juicio con intención de que se tenga por hecha la opción por la indemnización, declarando el juez extinguida la relación laboral en la propia resolución judicial –artículo 110.1.b) LRJS–, condenando al empresario satisfacer la indemnización por despido calculada hasta la fecha de la sentencia –verbigracia, artículo 286 LRJS: imposibilidad de readmitir al trabajador por cese o cierre de la empresa obligada o cualquier otra causa de imposibilidad material o legal–³¹⁵⁶. En estos casos de indemnización por imposibilidad de readmisión, respecto de los salarios de tramitación y en plena vinculación con los artículos 110.1.b) LRJS, 270 a 286 LRJS –en concreto, el apartado 1 del artículo 286– y 56 ET, la solución debe ser reconocer el derecho al percibo de los salarios de tramitación desde la fecha del despido³¹⁵⁷. Esta interpretación que implica el reconocimiento del derecho del trabajador despedido de forma improcedente a percibir los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la fecha de la sentencia que declare la extinción de la relación laboral requerirá, siempre y en todo caso, el cumplimiento de los dos siguientes requisitos: a) que la extinción de la relación laboral sea solicitada expresamente por el trabajador demandante; y, b) que en el acto del juicio se acredite la imposibilidad de su readmisión por cese o cierre de la empresa obligada o cualquier otra causa de imposibilidad material o legal³¹⁵⁸.

Una vez comunicada al trabajador la fecha de su reincorporación al trabajo, ésta deberá consumarse en un plazo no inferior a los tres días siguientes al de la recepción

³¹⁵¹ ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al*: *Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 302.

³¹⁵² STS 23 de julio de 2008 [RJ 2008, 6579].

³¹⁵³ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al*: *Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 1040.

³¹⁵⁴ STS 23 de noviembre de 1998 [RJ 1998, 10019].

³¹⁵⁵ IGARTUA MIRÓ, M^a. T.: “Despido improcedente: ejecución de la sentencia. Incidente de no readmisión”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al*: *El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 300.

³¹⁵⁶ MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N. y GARCÍA VALVERDE, M^a. D.: “Artículo 110. Efectos del despido improcedente”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al*: *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, cit., p. 607.

³¹⁵⁷ STS 28 de noviembre de 2017 [RJ 2017, 5404] y STS 25 de octubre de 2017 [RJ 2017, 4924].

³¹⁵⁸ STS 21 de julio de 2016 [RJ 2016, 4427].

del escrito –artículo 278 LRJS–. Mientras que encontramos que el precepto contiene un límite mínimo para el momento de reincorporación consistente en que no podrán mediar menos de tres días entre la recepción del escrito y la reincorporación, no aparece mención a límite máximo alguno: ausencia que pudiera constituir injustas dilaciones³¹⁵⁹. Se insta de esta forma un segundo requisito cuyo cumplimiento condiciona la legalidad de la readmisión. Esta obligación de hacer, impuesta al empresario a quien se asigna la facultad de su cumplimiento voluntario, viene sometida legalmente a un doble requisito: el condicionante formal, consistente en comunicar por escrito al trabajador la fecha de su reincorporación al trabajo para efectuarla en un plazo no inferior a los tres días siguientes a la recepción del escrito; y el condicionante temporal, en cuanto la comunicación debe hacerse dentro de los diez días siguientes a aquel en que se le notifique la sentencia. No cumplir este plazo no inferior a tres días inhabilita la comunicación de tal reincorporación abriéndose para el trabajador la vía de ejecución forzosa de la sentencia³¹⁶⁰. Y en caso de establecerse un plazo inferior para la reincorporación, este plazo será nulo considerándose por no existente; como consecuencia puede el trabajador incorporarse en el plazo legal sin que de ello resulte sanción disciplinaria alguna³¹⁶¹.

En caso de interposición de recurso frente a la sentencia de instancia que declara el despido improcedente, en virtud del artículo 298 LRJS, si el trabajador presentase petición *“por escrito o por comparecencia, con el fin de exigir del empresario el cumplimiento de aquella obligación o solicitud de éste para que aquél reanude la prestación de servicios, el juez o Sala, oídas las partes, resolverá lo que proceda”*.

Si la sentencia acaece firme, conforme los artículos 279 a 281 LRJS, el empleado podrá plantear el incidente de no readmisión o de readmisión irregular si el empresario no efectuara o cumpliera deficientemente la obligación de readmisión. En concreto, el artículo 279 LRJS establece lo siguiente: *“1. Cuando el empresario no procediere a la readmisión del trabajador, podrá éste solicitar la ejecución del fallo ante el Juzgado de lo Social: a) Dentro de los veinte días siguientes a la fecha señalada para proceder a la readmisión, cuando ésta no se hubiere efectuado. b) Dentro de los veinte días siguientes a aquel en el que expire el de los diez días a que se refiere el artículo anterior, cuando no se hubiera señalado fecha para reanudar la prestación laboral. c) Dentro de los veinte días siguientes a la fecha en la que la readmisión tuvo lugar, cuando ésta se considerase irregular. 2. No obstante, y sin perjuicio de que no se devenguen los salarios correspondientes a los días transcurridos entre el último de cada uno de los plazos señalados en las letras a), b) y c) del apartado anterior y aquél en el que se solicite la ejecución del fallo, la acción para instar esta última habrá de ejercitarse dentro de los tres meses siguientes a la firmeza de la sentencia. 3. Todos los plazos establecidos en este artículo son de prescripción”*.

A pesar del tenor literal del precepto que sitúa en manos del trabajador la legitimación activa para instar la ejecución del fallo, la doctrina jurisprudencial ha reconocido también legitimación al empresario a fin de evitar perjuicios que pudieran

³¹⁵⁹ IGARTUA MIRÓ, M^a. T.: “Despido improcedente: ejecución de la sentencia. Incidente de no readmisión”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 299.

³¹⁶⁰ STS 23 de noviembre de 1998 [RJ 1998, 10019].

³¹⁶¹ STS 23 de julio de 2008 [RJ 2008, 6579].

ser provocados por la demora del trabajador en solicitar la ejecución³¹⁶². Quizás esta afirmación carece de fundamentación: de un lado, localizamos unos plazos de prescripción relativamente cortos; y de otro, fue el propio empresario quien optó por la readmisión y, sin embargo, ahora pretende librarse de ésta obligación sustituyéndola por su equivalente pecuniario³¹⁶³.

Respeto de los plazos y simplificando la regulación del artículo precedente – artículo 279 LRJS– se pueden localizar dos intervalos: un plazo corto –veinte días– y uno largo –tres meses– siendo este último el único que verdaderamente despliega efectos prescriptivos porque los efectos de acudir a este plazo excepcional solo actúan sobre el devengo de los correspondientes salarios de tramitación. No obstante, el legislador cree conveniente determinar tres *dies a quo* o momentos iniciales para el cómputo, siendo los dos primeros para supuestos de no readmisión y el tercero para la readmisión irregular. Veámoslos³¹⁶⁴: 1) Si el empresario fija fecha concreta para la readmisión, la notifica al empleado y se niega a readmitir, el plazo se inicia desde aquella fecha. En este caso, no existen dudas sobre el momento de inicio del cómputo. La única dificultad que podría localizarse en este supuesto sería en el caso de que la negativa deviniera del propio trabajador pudiendo ser valorada ésta como dimisión o abandono, salvo que exista disconformidad del trabajador por las condiciones en que se ofrece la readmisión. 2) Si el empleador mantiene una actitud pasiva con la que no fije fecha para la readmisión, conforme la ley, el momento para comenzar el cómputo será aquel en el que expire el plazo de diez días del artículo anterior. Es decir, el que tiene el empresario desde la notificación de la sentencia para comunicar al trabajador la fecha de reincorporación. 3) Tratándose de supuestos donde la readmisión efectivamente se ha producido pero el trabajador entiende que se ha hecho de forma irregular, el legislador sitúa el inicio del plazo el día en que la readmisión tuvo lugar.

Además de estos plazos relativamente cortos, con finalidad de facilitar al empleado la posibilidad de acceder al trámite de ejecución de sentencia, se ha concebido un plazo largo de tres meses que comenzaría a computar desde la firmeza de la misma: se le va a permitir al trabajador efectuar su derecho a la ejecución de sentencia en un plazo bastante más generoso que el anterior pero que tiene una repercusión negativa en su derecho al cobro de los salarios de tramitación³¹⁶⁵.

Una vez solicitada la ejecución dentro de estos plazos especiales de prescripción debe tramitarse de oficio todo el proceso ejecutivo consecuente con aquella petición³¹⁶⁶: cabe indicar al respecto que la ejecución de las sentencias de despido tienen establecido un plazo especial de prescripción, distinto del general, y que, por ello, una vez solicitada la ejecución dentro de tales plazos debe tramitarse de oficio todo el proceso ejecutivo consecuente a aquella petición, incluida la fase de apremio posterior al auto que declare extinguida la relación laboral³¹⁶⁷.

³¹⁶² STC 61/1992, de 23 de abril [RTC 1992, 61].

³¹⁶³ IGARTUA MIRÓ, M^a. T.: “Despido improcedente: ejecución de la sentencia. Incidente de no readmisión”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 301.

³¹⁶⁴ *Ibidem*, pp. 302 y ss.

³¹⁶⁵ STSJ Castilla y León/Valladolid 11 de junio de 2010 [JUR 2010, 249751].

³¹⁶⁶ STSJ Galicia 11 de marzo de 2009 [AS 2009, 1534].

³¹⁶⁷ STS 1 de julio de 1998 [RJ 1998, 5706].

De acuerdo con el artículo 180 LRJS, “instada la ejecución del fallo en cuanto a la condena a readmisión, por el juez competente se dictará auto despachando la ejecución por la vía de incidente de no readmisión y seguidamente, el secretario señalará la vista del incidente dentro de los cinco días siguientes, citando de comparecencia a los interesados. La ejecución de otros pronunciamientos distintos de la condena a readmisión se someterá a las reglas generales aplicables según su naturaleza. El día de la comparecencia, si los interesados hubieran sido citados en forma y no asistiese el trabajador o persona que lo represente, se le tendrá por desistido de su solicitud; si no compareciese el empresario o su representante, se celebrará el acto sin su presencia”.

3.3.2.1 Readmisión regular

La doctrina jurisprudencial más antigua ha venido manifestando que la readmisión debía realizarse en idénticas condiciones de jornada, cometido, funciones y salario de manera que el trabajador quedase restituido sin menoscabo alguno. Ello no obstaculiza para que, en determinados casos, la readmisión pueda ser regular aunque se produzca en condiciones distintas, debiendo evaluarse los efectos del cambio. Si la valoración a esta cuestión fuera positiva la readmisión con las alteraciones producidas sería regular –la regularidad de la readmisión es un concepto jurídico indeterminado³¹⁶⁸–; en cambio, si la valoración fuera negativa, la readmisión sería irregular³¹⁶⁹. Por tanto, desacierta tanto el que afirma que se ha cumplido con ese cometido por el solo hecho de ofrecer la reincorporación cualesquiera que sean las condiciones en que se haga como el que defiende que ha sido indebido por el único dato de que las estipulaciones propuestas no resultan ser una imitación fiel de las existentes con anterioridad al despido³¹⁷⁰. Hay que tener en cuenta que el contrato de trabajo, de tracto sucesivo, es dilatado y cambiante en el tiempo³¹⁷¹, lo que consecuentemente hace que siempre esté sometido a ciertas variaciones y al ejercicio del poder de dirección por parte del empresario³¹⁷².

La doctrina de la readmisión en las mismas condiciones se ha ido suavizando con circunstancias moderadamente razonables procedentes del ejercicio de los poderes organizativos del empresario siempre que obedezca a fundamentos lícitos que pueden ser tenidos en cuenta con propósito de estimar regular la readmisión aunque no se origine fielmente en las mismas condiciones anteriores al despido³¹⁷³. De este modo y a título meramente ejemplificativo:

³¹⁶⁸ CABEZA PEREIRO, J.: “La readmisión irregular en la doctrina más reciente de los Tribunales del Orden Social”, en CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: Presente y futuro de la Regulación del Despido*, cit., p. 434: por ello, habrá de someterse al complicado juicio de identidad de resultancia fáctica.

³¹⁶⁹ STSJ Andalucía/Málaga 7 de abril de 2005 [AS 2005, 1240].

³¹⁷⁰ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 269.

³¹⁷¹ CARMONA POZAS, F.: “El incidente de readmisión irregular”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 863.

³¹⁷² GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Excepciones a la obligación empresarial de pagar la indemnización legal por despido improcedente”, en GÁRATE CASTRO, J. (Coord.) *et al: Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario: estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor “honoris causa” por la Universidad de Santiago de Compostela*, cit., p. 312.

³¹⁷³ ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al: Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 303.

- A la regularidad de la readmisión no obstaculiza que no se entreguen al trabajador los salarios dejados de percibir³¹⁷⁴.
- No es readmisión irregular la que se origina por traslado del trabajador a centro de trabajo distinto siendo posible que el empleado utilice la facultad resolutoria del artículo 40 ET³¹⁷⁵.
- No es irregular la readmisión que mantiene la remuneración del trabajador pero le altera sus ocupaciones como consecuencia de la situación de crisis de la empresa³¹⁷⁶.
- No es irregular la trabajador al que se le da de alta en la Seguridad Social a lo largo de la misma mañana de su readmisión sin haberse reintegrado lo salarios de tramitación³¹⁷⁷.
- No es irregular la readmisión del trabajador en un barco de capacidades inferiores al anterior por razones de rentabilidad económica sin que queden menoscabadas las circunstancias del trabajo ni el puerto de embarque³¹⁷⁸.
- A la regularidad de la readmisión no es contraria una voluntaria aceptación por el trabajador de posibles modificaciones en sus condiciones de trabajo³¹⁷⁹.
- No es readmisión irregular la del empleado al que se le adscribe a otro centro de trabajo de distinta localidad teniendo en cuenta que la obra originaria en que prestaba servicios estaba paralizada. Tampoco es indicativo de una voluntad torticera de la empresa que tras cinco días de prestación de servicios, el trabajador deba de disfrutar de vacaciones que vienen impuestas por las circunstancias, ya que no había otras obras donde destinar al empleado³¹⁸⁰.
- Tampoco es irregular la readmisión del trabajador cuando la readmisión se lleva a cabo por una de las condenadas solidarias, ni por el hecho de que se produzca en otro centro de trabajo dentro de la misma localidad por haber sido cerrado en anterior en el que presta servicios, ni por la falta de abono de los salarios de tramitación³¹⁸¹.

3.3.2.2 Readmisión irregular

Sin embargo, el empleado no tiene garantizado que la readmisión vaya a ser efectiva. El artículo 281 LRJS recoge que en la comparecencia, *“la parte o partes que concurran serán examinadas por el juez sobre los hechos de la no readmisión o de la readmisión irregular alegada, aportándose únicamente aquellas pruebas que, pudiéndose practicar en el momento, el juez estime pertinentes. De lo actuado se extenderá la correspondiente acta”*. *“Dentro de los tres días siguientes, el juez dictará auto en el que, salvo en los casos donde no resulte acreditada ninguna de las dos circunstancias alegadas por el ejecutante: a) Declarará extinguida la relación laboral en la fecha de dicha resolución. b) Acordará se abone al trabajador las percepciones económicas previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores. En atención a las circunstancias concurrentes y a los perjuicios*

³¹⁷⁴ STS 4 de febrero de 1995 [RJ 1995, 3734].

³¹⁷⁵ STSJ Cataluña 11 de abril de 2005 [AS 2005, 972].

³¹⁷⁶ STSJ Andalucía/Málaga 7 de abril de 2005 [AS 2005, 1240].

³¹⁷⁷ STSJ Cataluña 20 de abril de 2006 [AS 2006, 2870].

³¹⁷⁸ STSJ Cantabria 27 de agosto de 2004 [JUR 2004, 264960].

³¹⁷⁹ STSJ Cataluña 15 de junio de 2004 [AS 2004, 2647].

³¹⁸⁰ STSJ Cataluña 27 de febrero de 2012 [AS 2012, 1325].

³¹⁸¹ STSJ Galicia 22 de febrero de 2017 [JUR 2017, 8304].

ocasionados por la no readmisión o por la readmisión irregular, podrá fijar una indemnización adicional de hasta quince días de salario por año de servicio y un máximo de doce mensualidades. En ambos casos, se prorratearán los períodos de tiempo inferiores a un año y se computará, como tiempo de servicio el transcurrido hasta la fecha del auto. c) Condenará al empresario al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha de la notificación de la sentencia que por primera vez declare la improcedencia hasta la de la mencionada solución”.

No localizamos una conceptualización legal de la irregularidad de la readmisión que queda configurada como un concepto jurídico indeterminado³¹⁸²; su determinación va a ir ligada a las circunstancias del caso concreto enjuiciado³¹⁸³. Del precepto mencionado se confirma lo aludido anteriormente: que la readmisión puede no ser efectiva. Así, en supuestos de negativa a la readmisión o de readmisión irregular, una vez proyectado el incidente de no readmisión, el juez declarará extinguida la relación laboral en la fecha de su resolución y decretará la sustitución de la readmisión por la obligación del abono de la indemnización prevista en el artículo 110 LRJS, que a su vez se remite al artículo 56.1 ET –treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades–, además de los salarios dejados de percibir desde la fecha de la notificación de la sentencia en la que por primera vez se declare la improcedencia del despido hasta la citada resolución sin que el empresario pueda sortear la resolución indemnizada³¹⁸⁴. En efecto el hecho de que la extinción se declare a través del auto supone que el contrato de trabajo todavía se encontraba vigente hasta ese mismo momento³¹⁸⁵, sin obviar las consecuencias que ello supone: el mantenimiento de la obligación salarial del empresario³¹⁸⁶.

Es más, como bien recoge el precepto mencionado anteriormente –artículo 281.2.b) LRJS– y moviéndonos en el terreno de la discrecionalidad, el juez –en casos de negativa a la readmisión o de readmisión irregular– podrá condenar a la empresa a satisfacer una indemnización suplementaria o adicional, cuyo importe podrá alcanzar el equivalente a quince días de salario por año de servicio y un máximo de doce mensualidades. Y a efectos del cálculo de ambas indemnizaciones –la indemnización principal y la suplementaria– se toma como punto de partida no la fecha de efectividad de la extinción sino la fecha de resolución que ponga fin al incidente. Al hilo de lo argumentado son dos los datos que sirven de base al juez para fijar la indemnización adicional: las circunstancias concurrentes y los perjuicios irrogados. En relación a las primeras –circunstancias concurrentes– nos referimos a las propias circunstancias del trabajador –cargas familiares, dificultades de acceder a un nuevo empleo, rechazar otro

³¹⁸² CARMONA POZAS, F.: “El incidente de readmisión irregular”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 878. CABEZA PEREIRO, J.: “La readmisión irregular en la doctrina más reciente de los tribunales de orden social”, en GÁRATE CASTRO, J. (Coord.) et al: *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario: estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor “honoris causa” por la Universidad de Santiago de Compostela*, cit., p. 310.

³¹⁸³ IGARTUA MIRÓ, M^a. T.: “Despido improcedente: ejecución de la sentencia. Incidente de no readmisión”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) et al: *El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 307.

³¹⁸⁴ STS 23 de noviembre de 1998 [RJ 1998, 10019].

³¹⁸⁵ MOLERO MANGLANO, C.: “El incidente de no readmisión”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 917.

³¹⁸⁶ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, cit., p. 102.

puesto de trabajo, daños por contraer nuevas deudas o gastos por la expectativa ocasionada de volver a trabajar— o del empresario —por desarrollar un comportamiento ajeno a la buena fe que debe presidir la relación laboral, así como la diligencia que debía de haber guardado en la readmisión del trabajador—; de otra parte, y de acuerdo a la literalidad del precepto, tendremos que tener en cuenta los efectivos perjuicios ocasionados al trabajador con la no readmisión o readmisión irregular³¹⁸⁷.

Esta indemnización adicional actúa como un mecanismo sancionatorio o punitivo hacia el empresario³¹⁸⁸: la realidad es que estamos ante una cuantía económica que se aparta de los mecanismos típicos de la regulación del despido y de sus indemnizaciones tasadas³¹⁸⁹. Pero a nuestro juicio esta indemnización adicional solo se ocupa de satisfacer la pérdida del puesto de trabajo —al igual que la indemnización tasada del despido improcedente—: por tanto, no es una indemnización que tenga la finalidad de compensar daños y perjuicios, pues si así fuera, la indemnización sería ridícula; simplemente, es una sustitución por equivalente; en otros términos, se trata de un coste adicional que se añade a la indemnización tasada y a los salarios de tramitación —por ello, planteamos una propuesta *lege ferenda* de verdadera indemnización adicional por daños y perjuicios derivados de la no readmisión del trabajador para el cumplimiento efectivo de las sentencias—. La cuantía de este precepto es limitada, lo cual, parece inaceptable con el sentido y la naturaleza de una verdadera indemnización por daños y perjuicios: el artículo restringe la cuantía económica a satisfacer por el empresario, que de manera voluntaria, ha decidido no continuar con la relación laboral aun cuando no existe justa causa para extinguir el contrato y pese a su decisión inicial de readmitir al trabajador.

El incidente de no readmisión es considerado un segundo procedimiento establecido por la regulación procesal para que el empresario pueda imponer su voluntad extintiva³¹⁹⁰: el empleador —en posición de privilegio— todavía puede utilizar este instrumento para lograr la extinción del contrato de trabajo —algún autor ha denominado a este incidente procesal de derecho de opción impropio³¹⁹¹—. Pero lo cierto es que el desenlace final de la extinción indemnizada del contrato de trabajo resuelto por el juez, pese a la inicial elección empresarial por la readmisión, no presenta problemas de constitucionalidad³¹⁹². En términos generales, el Tribunal Constitucional³¹⁹³ tiene exteriorizado que tan constitucional es una ejecución en la que se obedece al principio de identidad total entre lo ejecutado y lo ordenado en el fallo, como una ejecución en la

³¹⁸⁷ IGARTUA MIRÓ, M^a. T.: “Despido improcedente: ejecución de la sentencia. Incidente de no readmisión”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al*: *El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 311.

³¹⁸⁸ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, cit., p. 106.

³¹⁸⁹ MOLERO MANGLANO, C.: “El incidente de no readmisión”, en AA. VV: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 921.

³¹⁹⁰ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, cit., p. 19.

³¹⁹¹ GONZÁLEZ VELASCO, J. y VIVES USANO, M^a. P.: “Aspectos del derecho de opción en los despidos disciplinarios”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 771.

³¹⁹² Sobre la constitucionalidad de la regulación del despido, *vid.* GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, cit., pp. 46 y ss.

³¹⁹³ STC 58/1983, de 29 de junio [RTC 1983, 58].

que, por argumentos fundados, la condena es reemplazada por un equivalente pecuniario o por otro tipo de prestación³¹⁹⁴.

Sin embargo, lo argumentado anteriormente encuentra dos excepciones en los siguientes supuestos: 1) En casos de improcedencia de despido de un representante o responsable de prevención que se hubiera inclinado por la readmisión, la sentencia que declare improcedente el despido portará como consecuencia la imposición de readmitir al trabajador sin que pueda reemplazarse por la resolución indemnizada. Su finalidad es facilitar el desempeño de sus ocupaciones a los representantes. La sentencia será ejecutada en sus propios términos cuando “*el trabajador despedido fuera delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical y, declarada la improcedencia del despido, optare por la readmisión*”³¹⁹⁵. 2) Del mismo modo, aceptada la licitud de las cláusulas del convenio colectivo que transmiten a trabajadores no representantes la facultad de optar, debe comprenderse que si al amparo de dichas previsiones convencionales el trabajador escogiera la readmisión, la misma será forzosa debiendo ejecutarse la sentencia de despido –al igual que sucede en el caso anterior– en sus propios términos³¹⁹⁶, pese a que este supuesto no se encuentra regulado en la legislación. Lo contrario sería dejar en manos de una de las partes el cumplimiento de lo pactado, lo que equivaldría en este caso a la desaparición real de la garantía, el vaciamiento de su contenido y la desnaturalización total del pacto³¹⁹⁷. En ambas singularidades, si el empresario desobedeciera la readmisión o la ejecutara irregularmente, podrá el trabajador instar la ejecución del fallo en los términos, plazos y con las consecuencias que ordenan los artículos 283 y 284 LRJS. El empresario solo quedará eximido, si se acreditase la imposibilidad de readmitir al trabajador por cese o cierre de la empresa obligada o cualquier otra causa de imposibilidad material o legal, que traerá como consecuencia declarar extinguida la relación laboral abonándose al trabajador las indemnizaciones y los salarios dejados de percibir que señala el apartado 2 del artículo 281³¹⁹⁸.

Dentro de estas líneas generales resaltar los siguientes supuestos de readmisión irregular calificados así por los tribunales³¹⁹⁹:

- Aunque el Tribunal Supremo tiene unificada doctrina en el sentido de que no obstaculiza la regularidad de la readmisión el hecho de que no se remuneren al trabajador los salarios dejados de percibir³²⁰⁰, la readmisión es irregular si además de esta no retribución de los salarios de trámite, no se ha dado al trabajador cometido concreto, ni se le ha dado de alta por lo que no hay cotización a la Seguridad Social y no se le han abonado los salarios posteriores a la notificación de la sentencia³²⁰¹.
- Es readmisión irregular aquella que otorga al trabajador un puesto de trabajo y ocupación diferente de la anterior cuando no esté justificado por causas

³¹⁹⁴ ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al: Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 304.

³¹⁹⁵ Artículo 282.1.a) LRJS.

³¹⁹⁶ STSJ Madrid 5 de febrero de 2016 [AS 2016, 357].

³¹⁹⁷ STS 26 de diciembre de 2000 [RJ 2001, 1877] y STS 5 de octubre de 2001 [RJ 2002, 1421].

³¹⁹⁸ Artículo 286 LRJS.

³¹⁹⁹ ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al: Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 304.

³²⁰⁰ STS 4 de febrero de 1995 [RJ 1995, 3734].

³²⁰¹ STSJ Castilla y León/Valladolid 11 de abril de 2005 [AS 2005, 1386].

razonables amparándose en el artículo 39 ET –movilidad funcional– de forma fraudulenta³²⁰².

- Se aprecia irregular la readmisión en la que se aumenta la jornada veinte minutos semanales a los pocos días de la reincorporación, alteración que –si bien de exigua cantidad– no respeta semejantes condiciones que regían con precedencia al despido³²⁰³.
- También es irregular readmitir al trabajador pero delegándole labores de inviable cumplimiento al no posibilitarle los instrumentos convenientes para llevarlos a cabo³²⁰⁴.
- Es irregular la readmisión cuando el servicio al que estaba asignado el empleado ha desaparecido pero se ha rescatado por parte del ayuntamiento³²⁰⁵.

Diferente es que el trabajador al haber encontrado otro trabajo le lleve a rechazar la readmisión a la que alternativamente se condena al empresario: en estos casos de no readmisión el empleador quedaría relevado de pagar la indemnización legal. El supuesto de negativa a ser readmitido entraña una dimisión del trabajador que no debe ser indemnizada³²⁰⁶.

3.3.3 La alternativa por la extinción indemnizada

3.3.3.1 Conceptos de la indemnización por despido improcedente

La indemnización por despido improcedente tiene fundamento en la presunción *iuris et de iure* del perjuicio que el empleador ocasiona al trabajador con su ilegítima conducta independientemente del daño real producido³²⁰⁷. En el derecho comparado³²⁰⁸, es costumbre que el juzgador que conoce del asunto establezca el importe a su juicio y prudencia –subjektivamente– teniendo en cuenta factores de conformidad con reglas objetivas localizadas en el ordenamiento jurídico. Elementos tales como la naturaleza del empleo, la antigüedad del trabajador, su edad, los derechos adquiridos, el salario, posibilidad de encontrar otro empleo, perspectivas de carrera, las singularidades del caso y las coyunturas en las que se encuentra el empresario y el empleado, así como la dimensión, facturación y naturaleza de la empresa o la realidad personal y familiar del trabajador. Al ser una suma que se deja a discreción del juez se ha de pretender la búsqueda del equilibrio objetivo-subjetivo con el que complacer a las partes. Pero en España, los daños derivados del despido improcedente –cuya reparación integral no es la finalidad de nuestro derecho– son tasados por la ley, lo que cierra el paso a posibles reclamaciones con fundamento en los artículos 1101 y 1106 del Código Civil: esta es la

³²⁰² STSJ Madrid 30 de noviembre de 2004 [AS 2004, 3576].

³²⁰³ STSJ Cataluña 8 de octubre de 2004 [AS 2004, 3401].

³²⁰⁴ STSJ País Vasco 13 de julio de 2004 [AS 2004, 3704].

³²⁰⁵ STSJ Madrid 5 de febrero de 2016 [AS 2016, 357].

³²⁰⁶ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Excepciones a la obligación empresarial de pagar la indemnización legal por despido improcedente”, en GÁRATE CASTRO, J. (Coord.) *et al: Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario: estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor “honoris causa” por la Universidad de Santiago de Compostela*, cit., p. 306.

³²⁰⁷ MONTOYA MELGAR, A.: “El despido improcedente y sus efectos”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 523.

³²⁰⁸ A diferencia del derecho español, en dónde la compensación económica por despido improcedente se trata de una indemnización tasada, sin margen para que el juez estime la cuantía de los perjuicios.

razón por la que nuestra tradición jurídica ha acogido desde antiguo la concepción de la indemnización tasada *ex lege*³²⁰⁹.

Este método –que brinda certeza y predictibilidad³²¹⁰– va a permitir a los empresarios conocer con exactitud y antelación al dictado de la sentencia, el coste exacto que les puede suponer extinguir la relación laboral improcedentemente. Este sistema supone que, en el Derecho del Trabajo y en materia de despido, no resulten aplicables los criterios civiles en orden a la prueba y cuantificación de los daños causados por incumplimientos contractuales³²¹¹. En el orden laboral, este régimen específico consistente en el derecho del empresario incumplidor a optar entre la readmisión del trabajador o la indemnización en los términos establecidos en el artículo 56.1 ET –tasada y sin posibilidad alguna de que el juez pueda valorar en cada caso los daños y perjuicios, ni fijar, por consiguiente, ni superior ni inferior cantidad que la establecida rígidamente por la ley³²¹²– se convierte en un sistema de baremación que unas veces puede beneficiar y otras perjudicar al acreedor: en este caso, al trabajador, que por una parte se ve liberado de probar la existencia de tales daños y perjuicios –por presunción legal *iuris et de iure*, los daños y perjuicios se producen por la simple ruptura del vínculo–, y por otra, se ve privado de poder acreditar la superior cuantía económica del daño y perjuicio que tal extinción indebida del contrato le ha producido frente a los precedentes sistemas legislativos³²¹³. Alcanza así su expresión más significativa la monetización del despido³²¹⁴ y su reparación patrimonial³²¹⁵. En suma, “*no es legalmente posible, por tanto, en función de un despido improcedente, traer a colación la variedad de perjuicios causados, para pretender un incremento de la indemnización que la ley marca o para cifrar otra ajena a aquélla, pues dichos perjuicios, en toda su variedad, son considerados por el artículo 56 cuando establece las reglas para su cuantificación. Sólo si el régimen legal hubiera sido mejorado por convenio colectivo cabría el incremento de tal indemnización*”³²¹⁶.

Este distanciamiento de la regulación laboral del despido improcedente de la que, con carácter general, establece el Código Civil en materia de contratos, impide aplicar al despido no procedente la figura del abuso de derecho: de alguna forma, en muchos de los despidos declarados jurídicamente improcedentes hay –o puede haber– abuso de derecho por utilizarse una norma con fin distinto al que les es consustancial, cuyo correctivo jurídico consiste en una indemnización tasada que tiene, como todo

³²⁰⁹ MONTOYA MELGAR, A.: “El despido improcedente y sus efectos”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 524.

³²¹⁰ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “El cómputo de los años de servicio a efectos de la indemnización por despido improcedente”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 1996, p. 86.

³²¹¹ ALBIOL MONTESINOS, I.: *El despido disciplinario y otras sanciones en la empresa*, cit., p. 115.

³²¹² MONEREO PÉREZ, J. L.: *El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas*, cit., p. 111.

³²¹³ STS 18 de julio de 1985 [RJ 1985, 3809].

³²¹⁴ Vid. VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Itinerarios circulares del Derecho del Trabajo: del despido libre al despido indemnizado”, en *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, cit., *passim*.

³²¹⁵ BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J.: “Artículo 56. Despido improcedente”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al: El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 792.

³²¹⁶ STS 23 de octubre de 1990 [RJ 1990, 7709]. En este mismo sentido, STSJ Aragón 10 de diciembre de 2013 [JUR 2014, 16176], STSJ Aragón 25 de enero de 2013 [JUR 2013, 115763] y STSJ Cataluña 26 de abril de 2012 [JUR 2012, 222528].

sistema, sus inconvenientes, pero también evidentes ventajas, siendo la ley –y no el juez– quién valora y decide³²¹⁷.

La tutela contra el despido infundado se desprende del derecho al trabajo como bien ha exteriorizado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al interpretar el contenido normativo del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³²¹⁸. Por tanto, el derecho al trabajo abarca el privilegio a no ser privado injustamente del empleo³²¹⁹. El comité hace hincapié en la necesidad de establecer un mecanismo de indemnización en caso de pérdida del empleo, así como la obligación de adoptar medidas apropiadas para la creación de servicios de empleo –públicos o privados– en los planos nacional y local³²²⁰. En este mismo sentido, el Convenio número 158 de la OIT, en su artículo 10, no impone la readmisión forzosa, sino que establece el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada³²²¹. De igual modo, el artículo 24.b) de la Carta Social Europea revisada de 1996³²²², obliga a reconocer el derecho a una compensación adecuada a aquellos trabajadores cuyo contrato se extinguen sin una causa justa³²²³. La precitada solución es sensata y justa siendo admitida por nuestro ordenamiento jurídico. De este modo, el juez calificará la extinción de la relación laboral como procedente, improcedente o nula, inclinándose nuestra normativa por asignar al despido improcedente no la consecuencia de la nulidad de pleno derecho sino otros efectos más dúctiles que se apoyan en el acogimiento de su validez como acto extintivo³²²⁴. Por tanto, en nuestro derecho, el empleador que extingue la relación laboral sin justa causa, como regla general podrá inclinarse por readmitir o indemnizar al trabajador³²²⁵: el empresario tiene el derecho de optar, salvo supuestos específicos en los que la opción corresponde al trabajador, entre la readmisión del trabajador y la extinción del contrato mediante el abono de una indemnización, extinción que –señala la ley– se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo³²²⁶.

³²¹⁷ STS 23 de octubre de 1990 [RJ 1990, 7709].

³²¹⁸ Artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “*los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar que comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho*”.

³²¹⁹ Observación general del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2006, apartado 6.

³²²⁰ Observación general del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2006, apartado 26.

³²²¹ Artículo 10 Convenio número 158 de la OIT.

³²²² “*Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores a protección en caso de despido, las Partes se comprometen a reconocer: a) el derecho de todos los trabajadores a no ser despedidos sin que existan razones válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio; b) el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada. A tal fin, las Partes se comprometen a garantizar que un trabajador que estime que se le ha despedido sin una razón válida tenga derecho a recurrir ante un organismo imparcial*”.

³²²³ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Protección en caso de despido injustificado (art. 30)”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir. y coord.) y MONEREO ATIENZA, C. (Dir. y coord.) *et al: La Europa de los derechos: estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, cit., p. 700.

³²²⁴ MONTOYA MELGAR, A.: “El despido improcedente y sus efectos”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., pp. 517 y 518.

³²²⁵ GIL Y GIL, J. L.: “La indemnización por despido improcedente”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., pp. 406 y 407.

³²²⁶ STC 84/2008, de 21 de julio [RTC 2008, 84].

La condición de la justificación de la resolución laboral no disipa su trascendencia por el hecho de que el empleador pueda fracturar el vínculo laboral aún en escasez de justificación redimiéndose mediante el desembolso de una indemnización compensatoria. La antijuricidad de este derecho al trabajo –del que hemos hablado anteriormente– en nuestro ordenamiento jurídico puede quedar sancionada con la obligación de readmitir al trabajador o de indemnizarle. De la necesaria causa que acredite el despido no puede desprenderse que la exclusiva consecuencia jurídica sea la readmisión obligatoria del trabajador despedido injustamente. Jurídicamente, la desobediencia de este derecho también puede traducirse en el pago de una compensación de naturaleza sancionadora y disuasiva. Por tanto, no existe una verdadera protección del puesto de trabajo. Aún así, nuestra imperante normativa puede imponer al empleador una readmisión forzosa con el propósito de preservar al empleado frente a resoluciones laborales que transgredan principios fundamentales –nos referimos a los despidos nulos por discriminación o atentado a los derechos fundamentales o libertades públicas del trabajador donde no cabe hablar de una libertad de desistimiento por parte del empresario–³²²⁷.

En el derecho español el carácter de la compensación por despido es, sin duda, una indemnización³²²⁸, pues ésta posee finalidad correctora. Esta indemnización tiene el propósito de restituir la desavenencia del contrato de trabajo sin justa causa y no el menoscabo que la extinción pueda ocasionar. La indemnización atiende a finalidades de política social y económica, sin complacer al empleado de los daños y perjuicios sufridos por la pérdida del puesto de trabajo³²²⁹. Además, posee carácter punitivo y correctivo, condenando la arbitrariedad de resolver un contrato sin causa justa³²³⁰. La indemnización a cargo de la empresa se concibe como una cantidad que sustituye a la indemnización por daños y perjuicios, y que opera –si bien *ex lege*– como una cantidad económica que ha de abonar el empresario al trabajador como consecuencia del despido sin causa legal, la cual cumple una función sustitutoria del resarcimiento de perjuicios –aunque esta suma no se calcule en función de los mismos–³²³¹. Por tanto, la indemnización que fija la ley es una especie de cláusula penal que posee una doble pretensión: por un lado, beneficiar al trabajador durante la situación de desempleo; por otro lado, neutralizar las consecuencias derivadas de la ruptura de la relación jurídica³²³².

Pero el debate no se centra solo en considerar la pérdida de empleo como coste económico del empresario que ha ejecutado la ruptura arbitraria del contrato de trabajo, sino que también se produce una agresión empresarial que constituye un espacio de

³²²⁷ GIL Y GIL, J. L.: “La indemnización por despido improcedente”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al*: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 409.

³²²⁸ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M^a. E.: *Derecho del Trabajo*, Madrid, Civitas, 2006, p. 532.

³²²⁹ STC 6/1984, de 24 de enero [RTC 1984, 6].

³²³⁰ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Pactos indemnizatorios en la extinción del contrato de trabajo*, Madrid, Civitas, 1990, p. 134.

³²³¹ STC 6/1984, de 24 de enero [RTC 1984, 6].

³²³² GIL Y GIL, J. L.: “La indemnización por despido improcedente”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al*: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 410.

inmunidad del empleador, una suerte de patente de corso a cambio de una indemnización –a veces insignificante–³²³³.

La indemnización por despido disciplinario no posee carácter salarial –no detenta la consideración de salario, ni integra la base de cotización³²³⁴–. De acuerdo con el artículo 26.2 ET, “no tendrán la consideración de salario las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos”. Por ello, al no poseer carácter salarial, no originan intereses de mora – artículo 29.3 ET³²³⁵–. Además la indemnización posee la naturaleza de crédito privilegiado –artículo 32.3 ET³²³⁶– o de crédito contra la masa y crédito con privilegio general si el empleador se encuentra declarado en concurso³²³⁷. La indemnización legal es un mínimo de derecho necesario lo que significa que el convenio colectivo o la autonomía de la voluntad pueden incrementar el número de días de indemnización por año de servicios o acrecentar el número máximo de mensualidades que puede percibir el trabajador³²³⁸. Pero de calificarse como cláusula penal la indemnización superior a la legal sería mitigada por el juez en virtud del artículo 1154 del Código Civil³²³⁹. La indemnización legal no computa a los efectos del posible derecho del trabajador a divisar el subsidio de desempleo³²⁴⁰. Por otro lado, es un bien ganancial³²⁴¹ y, en la cuantía que establece la ley, está dispensada del impuesto sobre la renta de las personas físicas³²⁴². Es más, el *quantum* de la indemnización, al final, depende de los años de servicio en la empresa quedando convertida en una pura compensación económica por antigüedad en la empresa³²⁴³. Asimismo, podemos confirmar que la tutela de resarcimiento del daño frente al despido ilegítimo es desigual: cuanto más débil es la posición del trabajador en términos de fijeza y antigüedad, superior es su exposición al

³²³³ BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J.: *El despido o la violencia del poder privado*, cit., p. 154.

³²³⁴ MONTOYA MELGAR, A.: “El despido improcedente y sus efectos”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 526.

³²³⁵ “El interés por mora en el pago del salario será el diez por ciento de lo adeudado”. Este precepto se refiere al pago del salario, no a las cantidades extrasalariales.

³²³⁶ “Los créditos por salarios no protegidos en los apartados anteriores tendrán la condición de singularmente privilegiados en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días del salario pendientes de pago, gozando de preferencia sobre cualquier otro crédito, excepto los créditos con derecho real, en los supuestos en los que éstos, con arreglo a la Ley, sean preferentes. La misma consideración tendrán las indemnizaciones por despido en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo”.

³²³⁷ Al respecto, artículos 84.2.5º y 91.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

³²³⁸ DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Despido y jurisprudencia: La extinción del contrato de trabajo en la unificación de doctrina*, cit., pp. 113 y ss.

³²³⁹ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M^a. E.: *Derecho del Trabajo*, cit., p. 533.

³²⁴⁰ Artículo 215.3.2 TRLGSS: “no obstante lo establecido en el párrafo anterior, el importe correspondiente a la indemnización legal que en cada caso proceda por la extinción del contrato de trabajo no tendrá la consideración de renta. Ello con independencia de que el pago de la misma se efectúe de una sola vez o de forma periódica”.

³²⁴¹ STS 26 de junio de 2007 [RJ 2007, 3448]: la indemnización “adquirió la condición de bien ganancial, puesto que se ha obtenido aun vigente la sociedad de gananciales”.

³²⁴² STS 4 de mayo de 2000 [RJ 2000, 4262]. En este sentido, STSJ Castilla-La Mancha 20 de enero de 2015 [AS 2015, 462]. Vid. artículo 7.e) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

³²⁴³ MONTOYA MELGAR, A.: “El despido improcedente y sus efectos”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 525.

despido e inferiores son las reparaciones que obtiene tanto de la indemnización como de la prestación por desempleo³²⁴⁴.

En España, el deber de fundamentar el despido y los abundantes costes para proceder a la extinción del contrato de trabajo traen como consecuencia la estabilidad en el empleo³²⁴⁵. Pese a las reformas el tratamiento sigue siendo muy rígido. En comparación con países de nuestro entorno la indemnización parece ser más elevada cuantitativamente: nuestra compensación por despido improcedente es superior a las indemnizaciones que prevén los ordenamientos jurídicos alemán³²⁴⁶ e italiano³²⁴⁷. Pero claro, la indemnización en España es más elevada si la comparación se realiza en base a los sistemas de cálculo de las indemnizaciones; por tanto, esta comparación económica es incorrecta: hay que estar a las cuantías reales. Un análisis comparativo de costes económicos cuantificado en semanas o meses es interpretado como de mayor coste económico del despido en España: se ofrece así, una visión tergiversada y parcial de la realidad³²⁴⁸. Un análisis comparativo que obvia una parte de la realidad es absolutamente ineficaz. En muchos otros ordenamientos jurídicos, además de la indemnización tasada, es posible sumar una indemnización por daños y perjuicios –así ocurre con el ordenamiento jurídico francés³²⁴⁹–. Si solo se tiene en cuenta la indemnización tasada, obviamente, la cuantía económica de nuestro ordenamiento jurídico será superior; sin embargo, como afirmamos, esta no es la realidad: en la mayoría de los sistemas jurídicos una parte de la indemnización queda sustentada y fundamentada al arbitrio o apreciación del juez. Asimismo, en nuestro país, la indemnización tasada es impasible a eventualidades tales como la dimensión de la empresa o los perjuicios reales que haya sufrido el trabajador. Igualmente, el sistema no se encuentra preparado para tener presente las percepciones de las *stock options* u opciones sobre acciones, de carácter aleatorio y cuya cuantía puede resultar desproporcionada³²⁵⁰.

Desde una perspectiva economista se apuesta por configurar un sistema de despido con costes económicos más asequibles reduciendo el número de días de indemnización por año de servicio o el número máximo de mensualidades. De todos modos, estamos convencidos de que esa no sería la solución correcta³²⁵¹. Diferente sería la solución consistente en constituir unos topes mínimos y máximos, referidos al

³²⁴⁴ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “Extinción contractual en las diversas modalidades de contratación objeto de la reforma laboral”, en MONEREO PÉREZ, J. L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (Dirs. y Coords.) *et al: La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, cit., p. 145.

³²⁴⁵ ORTEGA LOZANO, P. G.: “El sistema extintivo dependiente de los costes empresariales: hacia un derecho de la economía laboral”, en *Revista del Colegio Oficial de Graduados Sociales de Granada*, núm. 24, 2017, pp. 30 y ss. ORTEGA LOZANO, P. G.: “El despido colectivo en el ordenamiento interno y comunitario. Interpretación valorativa y discrecional en el juicio de razonabilidad: los conceptos jurídicos indeterminados”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, cit., pp. 587 y ss.

³²⁴⁶ Vid. § 9 y 10 de la Kündigungsschutzgesetz (KSchG) o Ley de protección contra el despido.

³²⁴⁷ Vid. artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori*.

³²⁴⁸ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, cit., pp. 245 y 246.

³²⁴⁹ GIL Y GIL, J. L. y SAGARDOY DE SIMÓN, I.: *La protección contra el despido disciplinario*, Madrid, Cinsa, 2007, pp. 131 y 132.

³²⁵⁰ GIL Y GIL, J. L.: “La indemnización por despido improcedente”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., pp. 411 y 412.

³²⁵¹ En todo caso, nos referimos a un correcto sistema indemnizatorio en las conclusiones de esta investigación donde analizamos dos propuestas *lege ferenda*.

número de días de indemnización, concediendo al juez la facultad de considerar el cómputo preciso de la indemnización según el verdadero menoscabo del empleado o la dimensión o circunstancias de la empresa³²⁵². O podría precisarse un mínimo de mensualidades de indemnización incrementándose por el juez en razón de las coyunturas del caso³²⁵³.

La cuantía total de la indemnización por resolución del contrato laboral improcedente es uno de los componentes que más puede variar en el despido disciplinario. Las indemnizaciones podrán ser más o menos cuantiosas. Al respecto, lo que la Constitución rechaza de facto es el desconocimiento de la libertad de empresa o el derecho al trabajo. El derecho europeo solo reivindica que la indemnización sea apta. El plantear esta cuestión no debe hacernos descuidar que la flexiseguridad reivindica una ecuanimidad entre la flexibilidad en la protección del empleo, la relevancia de la protección social y la eficiencia de las políticas activas de empleo. Transformar uno de los ingredientes, sin alterar los otros, puede desatar consecuencias indeseadas. Por ejemplo, una disminución de las indemnizaciones por despido, sin que exista una protección social enérgica y un funcionamiento correcto del mercado de trabajo, puede deteriorar a los empleados de colectivos más inermes: el riesgo de quedar en posición de debilidad en el mercado de trabajo entraña un componente muy fuerte intergeneracional, dado que las personas de edad avanzada y también los jóvenes contratados con contratos atípicos tienen menos posibilidades de mejorar su situación en el mercado laboral³²⁵⁴. El no favorecer a los trabajadores en edad avanzada actuaría contra el objetivo del desarrollo de la vida laboral. En el mismo sentido, los trabajadores más jóvenes soportarían las secuelas de la falta de estabilidad en el empleo lo que dilataría aún más, si cabe, la edad de la emancipación, entorpeciendo el acceso a la vivienda. Como conclusión, no nos queda otra que sostener que el debate de la flexiseguridad debe emprenderse con excesiva seriedad, procediendo al logro de un buen equilibrio entre la defensa del empleo y la protección social³²⁵⁵. Por otro lado, debemos mencionar que los trabajadores se sienten más protegidos por un sistema de ayuda al desempleo que por la propia legislación sobre protección del empleo: unos sistemas de subsidios de desempleo bien diseñados, junto con políticas activas del mercado de trabajo, parecen constituir la mayor garantía frente a los riesgos que presenta el mercado laboral³²⁵⁶.

³²⁵² Tal margen de apreciación ha existido en nuestro derecho en otros momentos. MONTROYA MELGAR, A.: “El despido improcedente y sus efectos”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., pp. 524 y 525.

³²⁵³ GIL Y GIL, J. L.: “La indemnización por despido improcedente”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) et al: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 414.

³²⁵⁴ Libro verde de la Comisión Europea para Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI, 2006, p. 9.

³²⁵⁵ GIL Y GIL, J. L.: “La indemnización por despido improcedente”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) et al: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., pp. 415 y 416.

³²⁵⁶ MONEREO PÉREZ, J. L.: “El despido colectivo tras las sucesivas reformas laborales”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) et al: *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., pp. 210 y 211: el libro verde se inserta explícitamente en el enfoque de flexiseguridad y en la Estrategia Europea de 2020. El concepto de flexiseguridad constituye el núcleo de una estrategia integrada desarrollada por la Comisión Europea y los Estados miembros sobre un amplio consenso en torno a la idea de que Europa tiene que hallar nuevas y mejores maneras de flexibilizar los mercados laborales aportando, a la par, nuevas y mejores formas de seguridad. Pero en esta respuesta institucional global caben distintas concepciones y modelos sobre la flexiseguridad, bien un enfoque neoliberal o bien un enfoque garantista. El libro verde establece que la Comisión “está interesada en

En definitiva, la indemnización por despido detenta el deseo y la intención de reparar la pérdida de empleo pero no los daños y perjuicios que ocasione la conducta del empresario sobre el trabajador. Es más, el empleado tiene derecho a la indemnización por despido aun cuando no padezca ningún menoscabo. Además, el sistema de la indemnización tasada resulta rígido. Consagra seguridad jurídica pero también puede provocar injusticias en relación no solo a las consecuencias proyectadas sobre los trabajadores sino también sobre los propios empresarios. No obstante, consideramos que el hecho de que las normas laborales engloben un régimen jurídico definido, no debiera ser óbice para que no puedan aplicarse los principios de derecho común de la responsabilidad contractual con los que buscar la compensación cabal de los daños y perjuicios que haya podido ocasionar el despido. Asimismo, ha de tenerse en cuenta que en el acto del juicio, el titular de la facultad de optar entre readmisión o indemnización – trabajador o empresario– podrá anticipar su opción para el caso de declaración de improcedencia mediante expresa comunicación en tal sentido, sobre la que se pronunciará el juez en la sentencia³²⁵⁷.

3.3.3.2 Cálculo legal de la indemnización por despido improcedente

La indemnización legal por despido improcedente tiene carácter mínimo siendo susceptible de ser acrecentada por convenio colectivo o contrato individual³²⁵⁸: “*la mejora convencional del régimen de cálculo de la indemnización de despido fijada en el ET es legalmente posible, pero sólo debe aplicarse de manera estricta y a los supuestos específicamente señalados en convenio colectivo*”³²⁵⁹. Doctrina jurisprudencial no aplicada en despidos improcedentes de la administración pública por irregularidades en la contratación temporal³²⁶⁰.

En los casos en los que se haya optado por la extinción indemnizada, en virtud del artículo 56.1 ET, el empleador deberá sufragar “*una indemnización equivalente a*

fomentar una adaptación permanente a las circunstancias económicas en rápida evolución, al tiempo que persigue un alto nivel de empleo y de protección social a través de medidas de apoyo apropiadas”. Igualmente, destaca el proceder de las autoridades nacionales, regionales y locales en la mutación que ha de desarrollarse con motivo de la crisis. Asimismo, se considera pertinente reforzar otras medidas como la reducción del tiempo de trabajo y la semana de jornada laboral reducida. En estas coordenadas de política del derecho económico y laboral, se tiende a profundizar en la tendencia a distanciarse de una mera estrategia correctora y buscar medidas preventivas: un cambio hacia una estrategia más proactiva que contribuya a minimizar los impactos sociales ligados al proceso de reestructuración. Igualmente, se proyecta también la protección de Seguridad Social, en especial, la protección por desempleo, siendo necesario revisar la protección pasiva: “*el paso de las políticas pasivas de protección del empleo a la protección activa es un aspecto clave del concepto de flexiseguridad*”. La idea que subyace en el ciclo de reformas laborales liberalizadoras consiste en reforzar el poder de despido del empresario, otorgándole un amplísimo margen de discrecionalidad acompañado de la pretensión de liberarle, en lo posible, de un control judicial posterior.

³²⁵⁷ MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N. y GARCÍA VALVERDE, M^a. D.: “Artículo 110. Efectos del despido improcedente”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al*: *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, cit., p. 606. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, cit., pp. 266 y 267.

³²⁵⁸ STS 12 de mayo de 2016 [RJ 2016, 2886] y STS 23 de mayo de 2005 [RJ 2005, 5859],

³²⁵⁹ STS 21 de septiembre de 1999 [RJ 1999, 7303] y STS 11 de octubre de 2011 [RJ 2011, 7257]. En este sentido, la STSJ Baleares 29 de septiembre de 2008 [AS 2008, 2629] y STSJ Madrid 27 de octubre de 2015 [JUR 2015, 298032].

³²⁶⁰ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al*: *Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 1049.

treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo". Obviamente, las circunstancias que delimitan el cálculo de la indemnización son: el salario del trabajador y los años de servicio en la empresa³²⁶¹.

Los conceptos incluidos en la indemnización por despido han de calcularse tomando como base el salario devengado por el trabajador en el momento de la extinción contractual, entendiéndose por tal, el recogido en el artículo 26.1 ET: *“se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo. En ningún caso, incluidas las relaciones laborales de carácter especial a que se refiere el artículo 2, el salario en especie podrá superar el treinta por ciento de las percepciones salariales del trabajador, ni dar lugar a la minoración de la cuantía íntegra en dinero del salario mínimo interprofesional”*. No se incluyen en el cómputo los pluses extrasalariales –aun incluso en el supuesto de que vengan contemplados en el convenio colectivo–. Quedan incluidos aquellos complementos de trabajo que de forma mensual se reciben en concepto de salario³²⁶², tales como el plus de antigüedad, de nocturnidad, de peligrosidad o de disponibilidad, entre otros³²⁶³.

Indistintamente a la denominación otorgada por las partes a la retribución percibida por el trabajador, cuando se califica jurídicamente la remuneración del empleado, ha de tenerse en cuenta que las cosas son lo que son y no lo que las partes dicen que son, según resulta de las reglas de los artículos 1281 y 1282 del Código Civil, en relación al precitado artículo 26 ET, que establece, a su vez, una presunción de carácter salarial de las retribuciones que recibe el trabajador³²⁶⁴.

Respecto al prorrateo por meses de los períodos de tiempo inferiores a un año, el Tribunal Supremo en unificación de doctrina ha mantenido que sea cual fuere el número de días trabajados a partir del último mes completo, el prorrateo ha de hacerse por meses: esto es, como si se hubiera trabajado la totalidad del mes, fórmula esta elegida por el legislador que se presenta como adecuada, simple y de escasa trascendencia económica a favor del trabajador³²⁶⁵. *“Así pues, no hay razón alguna para fijar dos módulos de cálculo de la indemnización correspondiente a aquellos períodos de servicios que no alcancen un año: el prorrateo atinente a un mes para los meses completos de servicio, y el atinente a los días servidos después del último mes completo, pues si el legislador hubiera querido expresarlo así, lo habría hecho. Por ello, para todo el tiempo de servicios inferior a un año, habrá de aplicar la norma contenida en el*

³²⁶¹ GIL Y GIL, J. L.: “La indemnización por despido improcedente”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 423.

³²⁶² CRISTÓBAL RONCERO, R.: “Límites de la discusión en juicio de despido, del salario real o debido al trabajador. Comentario a la STSJ de Cataluña de 14 noviembre 2001 (AS 2002, 234)”, en *Aranzadi social*, núm. 1, 2002, pp. 3120 y ss.

³²⁶³ TOLOSA TRIBIÑO, C.: *Despido: comentarios, jurisprudencia, formularios*, cit., p. 186.

³²⁶⁴ *Ibidem*, p. 189.

³²⁶⁵ STS 31 de octubre de 2007 [RJ 2008, 297] y STS 12 de noviembre de 2007 [RJ 2007, 9334].

precepto objeto de análisis, que consiste en prorratear en todo caso por meses –y no por días en ningún caso– los períodos de tiempo inferiores a un año”³²⁶⁶.

Al considerar los días de salario por año de servicio en el cómputo del cálculo de la indemnización, entran sólo conceptos salariales, no extrasalariales³²⁶⁷. Como meros prototipos de la variada casuística son conceptos extrasalariales –que no se introducen en la base del cálculo de los salarios a efectos de compensación indemnizatoria– los seguros de vida, médicos o aportaciones de la empresa a planes de pensiones³²⁶⁸, plus de manutención³²⁶⁹, o una cuantía en concepto de uso del vehículo de la empresa únicamente para la realización del trabajo³²⁷⁰. Todo lo que se considere emolumento salarial para la ley ha de integrarse en la base del cálculo de la indemnización. En el cometido de calificación jurídica disfruta de gran significación práctica la denominada presunción de la naturaleza salarial que es utilizada por los tribunales, conforme a la cual, se considera salario todo lo que el trabajador obtiene de la empresa hasta que no se evidencia lo contrario. La empresa, que es a quién le importa la calificación de las partidas litigiosas como no salariales, será quien asumirá el peso de la función probatoria³²⁷¹.

La indemnización mínima legal se computará teniendo como referencia el salario realmente percibido por el empleado en la fecha del despido en términos brutos –no netos–³²⁷². Sobre la delimitación del importe de la indemnización, en relación al salario diario, el Tribunal Supremo ha unificado doctrina en el siguiente sentido: “*no puede sino consistir en el cociente que resulte de dividir –supuesto de declararse probado el salario anual– esta retribución global por los 365 días que al año corresponden (366 para el caso de año bisiesto)”*; y no por la cifra de 360 días “*que es el resultado obtenido al multiplicar los dos divisores utilizados (12x30) y que responde al erróneo criterio de prescindir que la mensualidad tiene el promedio real de 30’42 días (365/12) y atender a los artificiales 30 días a menudo utilizados por la práctica forense”³²⁷³. En otros términos, de acuerdo con el artículo 56.1 ET, los parámetros a efectos de cuantificar la indemnización se constituyen por el salario diario y los años de servicios, “*por lo que teniendo el año 365 días, no cabe duda que el salario diario es el resultado de dividir el anual*”³²⁷⁴. La cantidad de este salario diario multiplicado por treinta y tres días –artículo 56.1 ET– será la cuantía de la indemnización correspondiente a cada año completo de servicios. Suma que habrá que multiplicar, a su vez, por el número de años completos de servicio. Al prorratearse por meses los períodos de tiempo inferiores al año, habrá que aplicar la doctrina jurisprudencial*

³²⁶⁶ STS 11 de febrero de 2009 [RJ 2009, 1335] y STS 20 de junio de 2012 [RJ 2012, 8554]. En este mismo sentido, STSJ Navarra 19 de enero de 2009 [AS 2009, 1080].

³²⁶⁷ Vid. STSJ País Vasco 25 de noviembre de 2014 [AS 2015, 94].

³²⁶⁸ STSJ Madrid 31 de mayo de 2005 [JUR 2005, 159329].

³²⁶⁹ STSJ Madrid 29 de marzo de 2005 [JUR 2005, 107200].

³²⁷⁰ STSJ Cataluña 27 de septiembre de 2004 [AS 2004, 3251].

³²⁷¹ GIL Y GIL, J. L.: “La indemnización por despido improcedente”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 425.

³²⁷² STS 24 de enero de 2018 [JUR 2018, 35783], STS 10 de enero de 2018 [RJ 2018, 133], STS 11 de octubre de 1982 [RJ 1982, 6148], STS 7 diciembre de 1990 [RJ 1990, 9760] y STS 8 de marzo de 1993 [RJ 1993, 1712]. En este sentido, STSJ Castilla y León/Valladolid 27 de enero de 2016 [JUR 2016, 41404] y STSJ Andalucía/Granada 29 de mayo de 2017 [JUR 2017, 218318].

³²⁷³ STS 19 de julio de 2017 [RJ 2017, 4162] y STS 30 de junio de 2008 [RJ 2008, 7047].

³²⁷⁴ STS 27 de octubre de 2005 [RJ 2005, 9966] y STS 30 de junio de 2008 [RJ 2008, 7047].

precedentemente mencionada³²⁷⁵, en virtud de la cual, el prorrateo ha de hacerse por meses, lo que equivale a trabajar la totalidad del mes. En este sentido, es contradictorio al principio de la buena fe que el empresario disminuya unilateralmente el salario para menoscabar al trabajador no sólo en sus retribuciones sino incluso en el cómputo de la indemnización por extinción de la relación laboral³²⁷⁶.

La indemnización se ha reducido de cuarenta y cinco a treinta y tres días de salario por año de servicio. También se ha minorado el tope máximo de cuarenta y dos a veinticuatro mensualidades, sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición transitoria quinta de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral³²⁷⁷ –actual disposición transitoria undécima del ET–. Si el empresario opta por la indemnización que compete al despido improcedente se constituirá la extinción del contrato laboral en la fecha del cese efectivo en el trabajo. Además se ha suprimido la facultad de consignar en la cuenta del juzgado la indemnización con la que el empresario quedaba liberado del desembolso de salarios de tramitación, pues desde la reforma laboral del año 2012, no se devengan salarios de tramitación cuando el empresario opta por la indemnización³²⁷⁸.

La disposición transitoria undécima del ET –por ministerio de la disposición transitoria quinta de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral³²⁷⁹– establece lo siguiente: “1. La indemnización por despido prevista en el artículo 56.1 será de aplicación a los contratos suscritos a partir del 12 de febrero de 2012. 2. La indemnización por despido improcedente de los contratos formalizados con anterioridad al 12 de febrero de 2012 se calculará a razón de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, y a razón de treinta y tres días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior, prorrateándose igualmente por meses los períodos de tiempo inferiores a un año. El importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a setecientos veinte días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el período anterior al 12 de febrero de 2012 resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará este como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a cuarenta y dos mensualidades, en ningún caso.

³²⁷⁵ STS 31 de octubre de 2007 [RJ 2008, 297] y STS 12 de noviembre de 2007 [RJ 2007, 9334].

³²⁷⁶ STS 2 de febrero de 1990 [RJ 1990, 807].

³²⁷⁷ Publicado en Boletín Oficial en fecha de 7 de julio de 2012.

³²⁷⁸ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 258.

³²⁷⁹ El texto originario de la disposición transitoria quinta de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, establecía lo siguiente: “1. La indemnización por despido prevista en el apartado 1 del artículo 56 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en la redacción dada por la presente Ley, será de aplicación a los contratos suscritos a partir del 12 de febrero de 2012. 2. La indemnización por despido improcedente de los contratos formalizados con anterioridad al 12 de febrero de 2012 se calculará a razón de 45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, y a razón de 33 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior, prorrateándose igualmente por meses los períodos de tiempo inferiores a un año. El importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el período anterior al 12 de febrero de 2012 resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso. 3. En el caso de los trabajadores con contrato de fomento de la contratación indefinida, se estará a lo dispuesto en la Disposición Transitoria Sexta de esta Ley”.

3. *A efectos de indemnización por extinción por causas objetivas, los contratos de fomento de la contratación indefinida celebrados con anterioridad al 12 de febrero de 2012 continuarán rigiéndose por la normativa a cuyo amparo se concertaron*”.

En consecuencia, para los contratos formalizados con anterioridad al 12 de febrero de 2012 –incluidos los despidos disciplinarios de los contratos de fomento de la contratación indefinida– el cálculo de la cuantía a indemnizar se determinará atendiendo a un doble régimen³²⁸⁰: a) 45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicio anterior al 12 de febrero de 2012 y 33 días de salario por año de servicio por el tiempo posterior. En los dos cómputos se prorratearán por meses los períodos de tiempo inferiores a un año. b) El importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario –24 mensualidades– salvo que del cálculo de la indemnización por el período anterior al 12 de febrero de 2012 resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo sin que, en ningún caso, pueda ser superior a 42 mensualidades.

No es fácil determinar el alcance exacto que posee la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, norma intertemporal dirigida a dulcificar la rebaja de la cuantía indemnizatoria llevada a cabo: de 45 a 33 días por año y de 42 a 24 mensualidades máximo. El Tribunal Supremo, en sentencia reciente³²⁸¹, realiza una primera aproximación al tema: “*si el día 12 de febrero de 2012 se hubieran superado los 720 días indemnizatorios (aplicando el módulo de 45 días por año) sería posible seguir devengando indemnizaciones (a razón de 33 días por año) hasta alcanzar el módulo de las 42 mensualidades*”³²⁸². Posteriormente, este mismo tribunal ha advertido “*que el importe indemnizatorio por el período de servicios anterior al 12 de febrero de 2012 no puede ser superior a cuarenta y dos mensualidades en ningún caso, con independencia de que posteriormente se hayan prestado servicios*”³²⁸³.

Satisfaciendo el sentido de la reforma laboral, el Tribunal Supremo ha precisado el alcance de la citada disposición transitoria quinta con los siguientes argumentos³²⁸⁴: a) La disposición solo se aplica a supuestos en los que el contrato se ha celebrado con fecha anterior a 12 de febrero de 2012; la fecha inicial de cómputo, en supuestos de unidad esencial del vínculo, es claro que se retrotrae hasta el inicio del período computable. b) Cuando por aplicación de este precepto se toman en cuenta períodos de servicio anteriores y posteriores al 12 de febrero de 2012, el importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario. c) De manera excepcional este tope de 720 días de salario puede obviarse si por el período anterior a 12 de febrero de 2012 ya se ha devengado una cuantía superior. d) En sentido contrario la norma implica que si por el período de prestación de servicios anterior a 12 de febrero de 2012 no se ha sobrepasado el tope de 720 días tampoco puede saltarse como consecuencia de la posterior actividad. e) Si los 720 días indemnizatorios se superan atendiendo a los servicios prestados antes de 12 de febrero de 2012 hay que aplicar un segundo tope: el

³²⁸⁰ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 259.

³²⁸¹ Vid. al respecto BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Redefinición de la indemnización por despido impropio de los contratos preexistentes a la reforma de 2012”, en *Iuslabor*, núm. 2, 2015, *passim*.

³²⁸² STS 24 de septiembre de 2014 [RJ 2014, 5332].

³²⁸³ STS 18 de febrero de 2016 [RJ 2016, 793].

³²⁸⁴ STS 18 de febrero de 2016 [RJ 2016, 793] y STS 4 de julio de 2017 [RJ 2017, 3390].

correspondiente a lo devengado en esa fecha. A su vez, esta cuantía no puede superar las 42 mensualidades³²⁸⁵. f) Quienes a 12 de febrero de 2012 no habían alcanzado los 720 días indemnizatorios –con el módulo de 45 días por año– siguen devengando indemnización por el período posterior –con el módulo de 33 días–. El referido tope de los 720 días opera para el importe global derivado de ambos períodos. g) El cálculo de cada uno de los dos períodos es autónomo y se realiza tomando en cuenta los años de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, en los dos supuestos.

Para el cálculo de la indemnización, por ministerio de la disposición transitoria quinta de la Ley 3/2012 –actual disposición transitoria undécima del ET– deben diferenciarse dos períodos de prestación de servicios actuando la fecha de 12 de febrero de 2012 como separadora: *“para el tiempo anterior a 12 de febrero de 2012 opera una indemnización de 45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año. Eso significa que debemos contabilizar diecinueve años y dos meses de actividad; el prorrateo por meses desemboca en el devengo de 3,75 días indemnizatorios por cada mensualidad de servicios prestados ($45:12 = 3,75$). Puesto que 19 años ($19 \times 12 = 228$) y dos meses equivalen a doscientos treinta mensualidades ($228 + 2 = 230$), el total de días indemnizatorios ($230 \times 3,75 = 862,5$) supera los 720 días indemnizatorios”*³²⁸⁶. *“Ello significa que opera la excepción: la indemnización será de 862,5 días de salario. Prescribe la norma que se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso. Es evidente que esa cuantía máxima ($42 \times 30 = 1260$ días) está muy alejada de la devengada por el trabajador (862,5 días). La transformación de esos días indemnizatorios (862,5) en cantidad monetaria ($862,5 \times 109,24 = 94.219$) arroja una cifra distinta a la reconocida en el fallo inicial de la sentencia (74.386,87 €) y en el auto aclaratorio (79.471,94 €) pero también a la interesada por el recurso casacional (89.134,27). Comprobación práctica e inmejorable de las dificultades interpretativas que la norma en cuestión suscita”*³²⁸⁷. De acuerdo con lo razonado, *“aunque no se hubiera alcanzado el máximo indemnizatorio absoluto de las 42 mensualidades, el tiempo de servicios posterior a 12 de febrero de 2012 es inhábil para acrecentar la cuantía fijada. Dicho de otro modo: al entrar en vigor la reforma legislativa de 2012 (Real Decreto-ley 3/2012, respetado por Ley 3/2012) el trabajador ha prestado servicios por tiempo superior a 19 años y eso provoca que el ulterior trabajo resulte inocuo desde la perspectiva de la disposición transitoria quinta aplicable al caso”*³²⁸⁸.

³²⁸⁵ 42 mensualidades * 30 días= 1260 días.

³²⁸⁶ Manera sencilla de llegar al mismo resultado sería la siguiente: 230 meses/12= 19'1666667 años; 19'1666667años * 45 días= 862'500002. La indemnización será de 862'5 días de salario.

³²⁸⁷ Otra manera de llegar al mismo resultado indemnizatorio sería la siguiente: 19 años y dos meses equivalen a 109,24 (salario diario)*45 (días de salario)= 4.915,8 € por año de servicio. Es decir, el trabajador por cada año de servicio tiene derecho a una indemnización de 4.915,8 €. 4.915,8 euros por año de servicio * 19 años= 93.400€. Para calcular los dos meses que restan: 4.915,8 euros por año de servicio / 12 meses (que tiene un año)= 409,65 € por cada mes * 2 meses (los meses restantes)= 819,3 € por dos meses de salario. 93.400 € (indemnización de 19 años)+ 819,3 € (indemnización de los dos meses que restan)= 94.219,3 € La indemnización del trabajador por los 19 años y 2 meses de trabajo, calculados con la ratio de 45 días de salario por año de servicio –al ser prestación de servicios anterior a la fecha de 12 de febrero de 2012– hacen una indemnización total de 94.219,3 €.

³²⁸⁸ STS 18 de febrero de 2016 [RJ 2016, 793]. Es justo destacar que el ponente de esta sentencia que clarifica la doctrina ha sido el magistrado Excmo. Sr. Antonio Vicente Sempere Navarro.

Lo cierto es que se acaba segmentando la indemnización –aún más– introduciendo un régimen de aplicación escalonada por finalización del contrato atendiendo a la fecha de celebración del mismo³²⁸⁹.

Es este último límite topado –denominado “inhábil para acrecentar la cuantía fijada”– el que actualmente está determinando mayores problemáticas y críticas en la jurisprudencia española. Recapitulando: si con el tramo máximo de 42 mensualidades se han superado ya las 24 mensualidades –aunque no se haya alcanzado ese límite máximo de 42 mensualidades–, el trabajo desarrollado en fecha posterior a 12 de febrero de 2012 resulta inservible para continuar calculando la indemnización económica³²⁹⁰. En otros términos, “*el límite de 42 mensualidades tan solo rige cuando el resultado de aplicar el módulo de 45 días por año de servicios al número de días trabajados antes del 12-2-2012, supera los 720 días, nunca en el caso de que el resultado sea inferior y deba continuar el cómputo sumando días posteriores al 12-2-2012, en cuyo caso el único límite será el de 720 días, esta vez aplicando el módulo de 33 días a partir del 12-2-2012*”³²⁹¹.

Sobre la delimitación del salario hay que tomar en cuenta una serie de cuestiones implícitas con las que computar la indemnización del trabajador despedido improcedentemente³²⁹²: nos referimos al salario percibido por el trabajador o salario que debía percibir en el momento del despido; a la determinación del salario y retribuciones fijas y variables; a la fórmula general utilizable; y al salario regulador de la indemnización e incrementos salariales posteriores al despido. Veámoslo:

— Salario percibido por el trabajador o salario que debía percibir en el momento del despido.

Hay una primera cuestión a dilucidar: si el salario a tener en cuenta como consecuencia de la indemnización por despido improcedente es el que percibía efectivamente el trabajador al momento de la extinción de la relación laboral o, por el contrario, es el que por ley debía de percibir y que la empresa no le abonaba. Cuestión resuelta por la doctrina jurisprudencial a favor de la segunda postura³²⁹³. La fijación del

³²⁸⁹ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “Extinción contractual en las diversas modalidades de contratación objeto de la reforma laboral”, en MONEREO PÉREZ, J. L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (Dir. y Coords.) *et al: La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, cit., p. 149. Para profundizar sobre la irretroactividad, *vid.* ALMENDROS GONZÁLEZ, M. Á.: “Disposición Transitoria Séptima”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: El nuevo estatuto de los trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, cit., pp. 1223 y 1224.

³²⁹⁰ STS 15 de noviembre de 2017 [RJ 2017, 538], STS 28 de junio de 2017 [RJ 2017, 3205], STS 16 de septiembre de 2016 [RJ 2016, 4872], STS 18 de febrero de 2016 [RJ 2016, 793], STS 2 de febrero de 2016 [RJ 2016, 547] o STSJ Castilla-La Mancha 20 de septiembre de 2016 [AS 2016, 1560].

³²⁹¹ STS 4 de julio de 2017 [RJ 2017, 3390]. En el mismo sentido, STS 16 de septiembre de 2016 [RJ 2016, 4872], STS 15 de noviembre de 2017 [RJ 2017, 5380], STS 28 de junio de 2017 [RJ 2017, 3205] o STS 15 de febrero de 2018 [RJ 2018, 766].

³²⁹² ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al: Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., pp. 309 y ss. ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, cit., pp. 1052 y ss.

³²⁹³ STS 25 de febrero de 1993 [RJ 1993, 1441]. En este mismo sentido, STSJ Extremadura 18 de enero de 2010 [AS 2010, 1315], STSJ Madrid 11 de octubre de 2011 [AS 2011, 2554], STSJ Canarias/Las Palmas 26 de enero de 2015 [JUR 2015, 250787] y STSJ Comunidad Valenciana 10 de enero de 2017 [AS 2017, 840].

salario precedente es controversia adecuada al proceso de despido. Esta determinación del salario debe relacionarse con el artículo 25 LRJS que se refiere al supuesto de acumulación de acciones.

En el proceso de despido debe establecerse el salario correspondiente al trabajador en el momento de originarse la extinción de la relación laboral. El hecho de que se discuta sobre el mismo en el proceso de despido no supone acumulación indebida a la demanda³²⁹⁴: el salario precedente es un tema de controversia adecuado al proceso de despido al ser uno de los componentes principales que integra la acción ejercitada debiendo la sentencia manifestarse sobre éste sin que por ello se desfigure la acción ni deba entenderse que se acumula a ella una reclamación inapropiada³²⁹⁵. Además si se descartara del proceso la especificación del salario que corresponde al trabajador despedido se podrían originar consecuencias complementarias perjudiciales sobre la tutela judicial efectiva y sobre la economía procesal³²⁹⁶. El trabajador despedido que no pudiera reivindicar la aplicación en el proceso de despido del salario superior que le correspondería, vería calculadas las indemnizaciones con un salario inferior y cuando tratara de reclamar el cómputo de ese salario en otro proceso pidiendo las diferencias en la indemnización, se encontraría con que la sentencia por despido ha producido el efecto negativo de cosa juzgada –afectando al derecho de tutela judicial efectiva–. Por otra parte, si se admitiese la reclamación de esas diferencias en otro proceso diferente la solución sería claramente contraria a la economía procesal pues tendrían que seguirse dos procesos para decidir algo que podría haberse resuelto en el mismo proceso de despido³²⁹⁷. Concretar la determinación del carácter salarial es componente propio y exclusivo del procedimiento de despido no pudiendo dejarse su conocimiento para otro proceso. Debe tenerse en cuenta que lo declarado en la sentencia de despido se encuentra afectado por la institución de la cosa juzgada, quedando inamovible tanto en la ejecución como en procesos subsiguientes, sin ocasión de revisión del salario o de la indemnización percibida³²⁹⁸.

La regla general es que el salario regulador de la indemnización por despido impropio es el percibido por el trabajador en el momento del despido –o el que legalmente le correspondería cobrar en el caso de que la suma fuese mayor–. Pero esta regla general posee excepciones cuando nos encontramos ante dos situaciones concretas: trabajadores excedentes y trabajadores con jornada reducida.

En el caso de trabajadores excedentes –primera excepción– a los que se le niega el reingreso constituyéndose, en consecuencia, la situación como un despido impropio, con objeto de determinar el salario regulador de las correspondientes indemnizaciones se localizarían, en teoría, dos posibilidades: o servirse del salario percibido por el trabajador en el momento de pasar a la situación de excedente; o, por el contrario, usar como salario regulador de la indemnización el salario a que tendría derecho el trabajador de haber reingresado en la empresa. De ambas situaciones parece ser que el Tribunal Supremo prefiere tener en cuenta el salario que compete a un

³²⁹⁴ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 260.

³²⁹⁵ STS 27 de diciembre de 2010 [RJ 2011, 402] y STS 25 de febrero de 1993 [RJ 1993, 1441].

³²⁹⁶ STS 10 de julio de 2007 [RJ 2007, 7379].

³²⁹⁷ STS 12 de julio de 2006 [RJ 2006, 6310].

³²⁹⁸ GIL Y GIL, J. L.: “La indemnización por despido impropio”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 430.

trabajador de la misma categoría del excedente en la fecha de solicitud de su reincorporación a la empresa. En efecto será la retribución económica que a partir de ese momento debiera percibirse –y no la que rigiera en el pasado– la que ha de usarse con objeto de establecer el importe indemnizatorio³²⁹⁹. El cálculo de la indemnización resarcitoria del acto ilícito de despido improcedente ha de referirse a la fecha de producción de tal daño, que obviamente es la del cese en la empresa derivado del despido y no la fecha del paso a la excedencia voluntaria, situación en la que la relación individual de trabajo sigue estando viva aunque en estado latente. La referencia de la indemnización del despido ha de ser la del derecho expectante que se ha malogrado por la conducta ilícita del empresario. Un derecho que tiene que ver con el momento del cese o extinción del contrato de trabajo en cuanto que se proyecta hacia una fecha de futuro y no hacia el punto temporal ya pasado de la obtención de la situación de excedencia³³⁰⁰.

Discusión distinta es la consistente en determinar si el trabajador que se encuentra en situación de excedencia voluntaria y solicita el reingreso en la empresa al vencimiento de la misma, tiene derecho a percibir la indemnización y cantidades correspondientes por despido improcedente cuando la empresa no pueda readmitir al trabajador por haber extinguido o cesado su actividad. El ET regula en preceptos separados las causas y efectos de la suspensión del contrato de trabajo –artículo 45 ET– de las excedencias del mismo –artículo 46 ET–. El régimen legal de la suspensión del contrato de trabajo del artículo 45 ET se caracteriza por la exoneración de las obligaciones recíprocas de trabajar –por el empleado– y remunerar el trabajo –por el empresario–. A lo largo de la situación suspensiva del contrato de trabajo, el puesto podrá ser desempeñado por otro empleado de la empresa o por otro trabajador contratado expresamente para ocuparlo. Pero la relación contractual en suspenso recupera su plenitud en el momento en que desaparece la causa suspensiva. Una de las causas de suspensión del contrato de trabajo –artículo 45 ET– es la excedencia forzosa, inclusión que concuerda sin dificultad o interpretación alguna con la regulación de la misma en el artículo 46.1 ET. La excedencia forzosa se caracteriza como una causa de incompatibilidad material con el trabajo o imposibilidad de la ejecución del mismo, siendo el rasgo más destacado de su regulación, el derecho del excedente forzoso a la conservación del puesto. Netamente distintos son, en cambio, los supuestos y el régimen jurídico de la excedencia voluntaria. El núcleo principal del régimen jurídico de la excedencia voluntaria común se encuentra en el contenido del artículo 46.5 ET: el *“trabajador en excedencia voluntaria conserva solo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa”*. Se trata de un derecho profesional distinto al que se reconoce en las situaciones suspensivas del artículo 45 ET. Evidentemente no es lo mismo un derecho preferente al reingreso condicionado a la existencia de vacantes que un derecho incondicional a la reserva del puesto. De ahí que se hayan apreciado diferencias sustanciales entre las situaciones de excedencia voluntaria común y excedencia forzosa, calificándose el derecho al puesto de trabajo del excedente voluntario común como derecho potencial o expectante y no como un derecho ejercitable en el acto o momento en que el trabajador excedente exprese su voluntad de reingreso. Este tratamiento legal diferenciado de la suspensión del artículo 45 ET y de la excedencia voluntaria común del artículo 46.2 ET encuentra justificación en la distinta valoración que merecen los

³²⁹⁹ STS 12 de marzo de 2003 [RJ 2003, 3811]. En este mismo sentido, STSJ Madrid 10 de febrero de 2011 [AS 2011, 1101] y STSJ Aragón 13 de octubre de 2010 [AS 2010, 2518].

³³⁰⁰ STS 30 de mayo de 2003 [RJ 2005, 5689].

intereses en juego en cada una de las causas. En el artículo 46.2 ET, el interés de la situación de excedencia voluntaria común es genéricamente el interés personal o profesional del trabajador excedente voluntario, bastando para ejercitar esta excedencia, la voluntad unilateral del propio trabajador excedente. Siendo ello así, no parece razonable conservar para él un puesto de trabajo a costa de la estabilidad en el empleo del trabajador que lo sustituya y del propio interés de la empresa. En cambio las situaciones de suspensión del artículo 45 ET se refieren, o bien a causas específicas y cualificadas de impedimento o incompatibilidad con el trabajo por parte del trabajador, o bien a causas que dependen del funcionamiento de la empresa o de la propia voluntad conjunta de trabajador y empresario. La finalidad de la indemnización del despido improcedente es la compensación al trabajador por el daño derivado de la pérdida de su puesto de trabajo y de los medios de vida que su desempeño proporciona al trabajador. Este daño se produce cuando el trabajador está prestando servicios de manera efectiva o cuando conserva el derecho a reserva del puesto tras un paréntesis suspensivo, pero no existe o por lo menos no es comparable al anterior cuando el derecho del trabajador es sólo un derecho de reingreso expectante, en el que la ocupación del puesto de trabajo está condicionada a la existencia de vacantes³³⁰¹.

La segunda excepción es la referida al despido improcedente de trabajadores con jornada reducida dónde debe distinguirse –con propósito de delimitar el salario regulador de las indemnizaciones– las siguientes situaciones: a) Cuando el trabajador despedido, conforme la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, tenga temporalmente minorada su jornada de trabajo por causas de hospitalización de neonato, guarda legal, disfrute a tiempo parcial del descanso por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad. Aquí, el salario regulador de la indemnización es el que corresponde a la jornada normal³³⁰², no a la reducida³³⁰³ –disposición adicional decimonovena ET³³⁰⁴–. b) Por el contrario, si tras la evanescencia de las causas que favorecieron la reducción de la jornada el trabajador continúa con la jornada reducida, el salario regulador del despido improcedente no es el correspondiente a la antigua jornada normal o completa, sino que es el recibido por el trabajador al momento del despido –disminuido en proporción a la reducción de su jornada–³³⁰⁵. Cuestión distinta son aquellos supuestos en los que la reducción de la jornada tiene un carácter meramente coyuntural o temporal; en estos casos, no puede admitirse el favorecimiento de la posición empresarial debiendo estarse al salario del trabajador anterior a la citada reducción³³⁰⁶. Por otra parte, si la reducción del salario posee

³³⁰¹ STS 25 de octubre de 2000 [RJ 2000, 9676] y STS 18 de julio de 1986 [RJ 1998, 4245]. En este mismo sentido, STSJ Comunidad Valenciana 21 de junio de 2012 [JUR 2012, 337853] y STSJ Murcia 9 de septiembre de 2013 [JUR 2013, 298272].

³³⁰² STS 11 de diciembre de 2001 [RJ 2002, 2025].

³³⁰³ STS 24 de octubre de 2007 [RJ 2008, 860] y STSJ Andalucía/Sevilla 12 de noviembre de 2015 [AS 2016, 372].

³³⁰⁴ “1. En los supuestos de reducción de jornada contemplados en el artículo 37.5, 6 y 8, el salario a tener en cuenta a efectos del cálculo de las indemnizaciones previstas en esta ley será el que hubiera correspondido al trabajador sin considerar la reducción de jornada efectuada, siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha reducción. 2. Igualmente, será de aplicación lo dispuesto en el párrafo anterior en los supuestos de ejercicio a tiempo parcial de los derechos según lo establecido en el tercer párrafo del artículo 48.6 y en el cuarto párrafo del artículo 48.7”.

³³⁰⁵ STSJ La Rioja 22 de marzo de 2005 [JUR 2005, 100231].

³³⁰⁶ ALBIOL MONTESINOS, I. y BLASCO PELLICER, A.: *Desempleo y despido en la reforma laboral del Real Decreto-Ley 5/2002*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 79.

carácter fraudulento –finalidad de pagar una indemnización inferior– tal reducción salarial no debe tenerse en cuenta³³⁰⁷.

— Determinación del salario y retribuciones fijas y variables.

En la determinación del salario y retribuciones fijas y variables, existen obstáculos en cuanto el trabajador percibe, junto con ingresos regulares en su periodicidad y cuantía, otros que no satisfacen esas notas. El Tribunal Supremo tiene constituida la regla general de que a efectos del cálculo de las indemnizaciones por despido improcedente se usará el salario ingresado en el último mes, prorrateado con las pagas extraordinarias, salvo eventualidades especiales³³⁰⁸; en suma, el salario que se ha de respetar a efectos de indemnización es el último o actual en el instante de producirse el despido salvo pérdida insólita o infundada de éste³³⁰⁹.

Posición equilibrada cuando las remuneraciones en los últimos meses son especialmente semejantes o existen diferencias inapreciables; pero no cuando se comprende de distintos importes cada mes y las desavenencias son manifiestas por los tan variados complementos de actividad, productividad u horas extras, en cuyos supuestos habrá de estarse al salario real promediado incorporando los diferentes suplementos fijos y funcionales variables. En otros términos: el cálculo del salario se delimita teniendo en cuenta lo percibido efectivamente por el trabajador en el último mes o meses de la relación laboral, salvo que el mismo sea inconstante, lo que reivindica tomar en consideración períodos de tiempo superiores³³¹⁰. En suma, la jurisprudencia para fijar el promedio de la cuantía de la concreta percepción salarial a efectos del despido, cuando la nómina mensual no sea especialmente similar, utiliza diferentes períodos anteriores al despido³³¹¹: promedio del año anterior completo, promedio de los seis meses anteriores, promedio del trimestre anterior o promedio del período de tiempo transcurrido dentro del año natural del despido –siendo el más utilizado el promedio anual³³¹²–. Para la determinación del salario y retribuciones fijas y variables son corrientes jurisprudenciales defendidas por nuestros tribunales las siguientes:

a) Para el cómputo de conceptos salariales de cuantía alterable y pago mensual habrá que utilizar una media que englobe un espacio más dilatado en el tiempo, que será el que mejor se ajuste al propósito del artículo 56.1 ET, salvo que el modo de cálculo de ese promedio esté establecido en el convenio colectivo³³¹³.

³³⁰⁷ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, cit., p. 328.

³³⁰⁸ STS 17 de junio de 2015 [RJ 2015, 4290] y STS 26 de enero de 2006 [RJ 2006, 2227]. En este sentido, STSJ Asturias 7 de febrero de 2017 [AS 2017, 244], STSJ Madrid 19 de diciembre de 2014 [AS 2015, 496].

³³⁰⁹ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 260.

³³¹⁰ STSJ Comunidad Valenciana 10 de febrero de 2005 [JUR 2005, 109829].

³³¹¹ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, cit., p. 320.

³³¹² COLLADO GARCÍA, L.: “Costos económicos derivados de la extinción del contrato: problemas jurídicos sobre cálculo de indemnizaciones”, en LILLO PÉREZ, E. (Dir.) *et al: Aspectos económicos de la jurisdicción social*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2005, p. 132.

³³¹³ STSJ País Vasco 10 de mayo de 2005 [JUR 2005, 192419].

b) Cuando existe remuneración de importe variable pero de pago irregular de forma que no siempre se perciben, se estima apropiado tener en cuenta la cuantía comprendida en la última anualidad y no en el último mes³³¹⁴.

c) Cuando existen partidas retributivas vinculadas con las horas extraordinarias lo lógico es calcular su cuantía anual y proceder, entonces, a su prorrateo mensual³³¹⁵. La doctrina impuesta posee detractores que apoyan la exclusión de las horas extras como salario cuando argumentan que son de clara iniciativa empresarial; de acuerdo con este último razonamiento, las horas extras no pueden ser objeto de indemnización al no constituir perjuicio en sentido jurídico en cuanto no sería exigible su realización al empleador³³¹⁶. El hecho de depender de la voluntad empresarial no obsta a la aplicación de la corriente traída a colación, ya que también se localizan otras percepciones irregulares que dependen de varias coyunturas, como por ejemplo, las comisiones³³¹⁷.

Las horas extraordinarias tienen naturaleza salarial y forman parte del salario regulador del despido. Aunque el salario a tener en cuenta a efectos de la indemnización debe ser el último que se haya percibido por el trabajador en la fecha del despido, sin embargo, como excepción a tal regla general, cuando las percepciones no son semejantes mensualmente, para evitar los beneficios o perjuicios que para ambos contratantes pueda acarrear el tomar como salario regulador sólo las retribuciones salariales del mes inmediatamente anterior a la fecha del despido, se debe tomar en consideración la media de lo percibido por tales conceptos en la anualidad anterior o en el período de vigencia de la relación laboral si el mismo es inferior al anual. A los efectos del módulo salarial computable han de incluirse todas las partidas de naturaleza salarial que lo integran excluyendo los conceptos extrasalariales; por consiguiente, han de computarse las horas extraordinarias –cuyo cálculo habrá de realizarse conforme la prorrateo anual–. Por tanto, el salario a tener en cuenta a efectos de fijar la indemnización por despido se integra por la totalidad de las percepciones económicas en dinero o en especie, ya retribuyan el trabajo efectivo o los períodos de descanso computables, sin que exista duda de que en el mismo han de incluirse los complementos por cantidad y calidad de trabajo, entre los que se encuentran las percepciones por horas extraordinarias, pues las mismas incuestionablemente vienen a retribuir un trabajo efectivo, si bien su cómputo ha de hacerse tomando en consideración la media anual referida al año anterior al despido³³¹⁸.

d) En lo que respecta a las *stock options*, entrarán en el salario regulador de la indemnización por despido si se les concede naturaleza salarial, lo que sucederá si la opción de compra de acciones se asigna como compensación del trabajo materializado, constituida por la diferencia entre el precio de la acción en el mercado en el momento de adquisición y el precio de ejercicio del derecho pactado³³¹⁹. Ciñéndonos a las *stock*

³³¹⁴ STSJ Cataluña 18 de septiembre de 2014 [AS 2014, 2566] y STSJ Comunidad Valenciana 23 de marzo de 2005 [JUR 2005, 130871].

³³¹⁵ STSJ Castilla-La Mancha 24 de mayo de 2007 [AS 2007, 2559] y STSJ Castilla-La Mancha 3 de marzo de 2005 [JUR 2005, 90581].

³³¹⁶ STSJ Castilla y León/Valladolid 30 de septiembre de 1997 [AS 1997, 3284].

³³¹⁷ Vid. al respecto GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, cit., pp. 320 y 321.

³³¹⁸ STSJ Castilla y León/Valladolid 4 de marzo de 2009 [JUR 2009, 187010], STSJ Cataluña 22 de marzo de 2013 [AS 2013, 1458] y STSJ Comunidad Valenciana 7 de febrero de 2017 [JUR 2017, 147540].

³³¹⁹ STS 26 de enero de 2006 [RJ 2006, 2227].

options u opciones sobre acciones³³²⁰, éstas originan un negocio jurídico complejo que se basa en que, una de las partes –denominado concedente– propone a la otra –beneficiario–, de forma gratuita o a cambio de un precio –prima o precio–, la facultad de dictaminar si compra o no, en un momento determinado o durante un plazo delimitado, un cierto número de acciones a un precio pactado en el momento de celebrar el contrato –precio de ejercicio–³³²¹. Llegado el momento convenido, el beneficiario de la opción decidirá libremente adquirir las acciones al precio fijado *ab initio* o dejar que decaiga su derecho de compra³³²².

Lo que caracteriza la opción es la facultad de adquirir un bien a un precio predeterminado –precio de ejercicio pactado– con independencia del precio que tenga en el mercado ese bien en el momento en que la opción se ejercita –precio de adquisición en el mercado–. La utilidad patrimonial que obtiene el beneficiario de la opción se constituye por la diferencia entre el precio de la acción en el mercado en el momento de adquisición y el precio del ejercicio pactado, de forma que la opción no se ejercitará normalmente si este último es superior al primero. *“Por ello, el beneficiario debe realizar una contraprestación por la atribución de esa facultad de optar; contraprestación que –si la opción fuera salario– estaría constituida por los servicios del trabajador beneficiario al empresario concedente. Hay aquí una relación directa de reciprocidad entre el sacrificio patrimonial del trabajador (la cesión de los frutos de su trabajo) y el sacrificio patrimonial del empresario (la venta de la acción a un precio inferior al de mercado) y son además estos sujetos los que quedan recíprocamente obligados. La situación cambia cuando consideramos los posibles beneficios obtenidos por el trabajador como consecuencia de la venta de las acciones que adquirió al ejercitar la opción. No hay aquí relación entre empresario y trabajador, pues éste último obtiene el precio de las acciones, que ya eran suyas, de un tercero mediante un negocio jurídico mercantil en el que ya no tiene intervención alguna el empresario en cuanto tal; no hay conexión directa entre el beneficio patrimonial obtenido por el trabajador y el trabajo, pues ese beneficio se obtiene no por sus servicios, sino por la enajenación de un bien que ya es propiedad del trabajador”*³³²³.

En otros términos, la primera de dichas utilidades puede apreciarse como salario e incorporarse en el cálculo de la indemnización por despido. La segunda se produce fuera de marco de la relación laboral³³²⁴. También existe incertidumbre en la interpretación de si el beneficio debe computarse íntegramente o prorratearse delimitando la parte correspondiente a los últimos doce meses: el Tribunal Supremo ha desautorizado la primera de las opciones, inclinándose por la segunda de las soluciones,

³³²⁰ Para mayor abundamiento, *vid.* GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, cit., pp. 324 y ss.

³³²¹ IBÁÑEZ JIMENEZ, J.: *Stock options. Regulación, economía, política retributiva y debate social*, Madrid, Dykinson, 2000, pp. 35 y ss.

³³²² DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Algunas reflexiones sobre la naturaleza salarial de las *stock options* (en torno a la sentencia de 5 de julio de 2000, del Juzgado de lo Social, núm. 30 de Madrid)”, en *Revista Práctica Social*, núm. 56, 2000, p. 12.

³³²³ STS 1 de octubre de 2002 [RJ 2002, 10666].

³³²⁴ GIL Y GIL, J. L.: “La indemnización por despido improcedente”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al*: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 427.

corroborando que no debe computarse íntegramente el beneficio sino prorratearse para determinar la parte correspondiente a los últimos doce meses³³²⁵.

Por tanto, debe decretarse qué período se está remunerando desde la concesión a la ejecución por el trabajador y, por consiguiente, si es superior a un año, debe racionarse de forma proporcional a dicho período³³²⁶. De esta forma, la indemnización por despido, “*debe ser calculada incluyendo en el salario la parte proporcional correspondiente al último año anterior al despido de la ganancia derivada de la opción de compra de acciones, prorrateada por el período de tiempo de su obtención*”³³²⁷.

e) Cuando localizamos un *bonus* a percibir por el empleado con periodicidad superior a la mensual y cuyo devengo se produce por anualidades vencidas y en función de los beneficios, el *bonus* del año anterior debe incluirse por formar parte del salario regulador a efectos de calcular la indemnización legal³³²⁸. Los denominados *bonus*, que se devengan anualmente según los objetivos cumplidos, son salario y, por tanto, deben incorporarse en el cálculo de la indemnización. Con otros términos, las opciones de compra de acciones – *stock options*– y del *bonus* percibidos por el trabajador despedido son computables en la indemnización de despido³³²⁹. Sin embargo, no se computan cuando se ha introducido explícitamente su no inclusión o cuando se trate de un *bonus* recibido de forma anómala o excepcional, pues en la indemnización deben comprenderse las partidas salariales fijas que se devengan de modo estable³³³⁰. Así ocurre en el caso del *bonus diamond*³³³¹, excluido al tratarse de una prima extraordinaria y desligada de cualquier otro pacto remuneratorio³³³², pero no en el de un *bonus* concedido al lograr ciertos resultados dado que éste último es un apéndice salarial propio de la retribución por objetivos³³³³. Tan solo el trabajador no tendría derecho al *bonus* cuando no permanezca en la empresa al final del año natural en casos en los que “*voluntariamente dimite de su puesto de trabajo o incurre en comportamientos que den lugar a un despido procedente, pero nunca cuando pierde su empleo por causas ajenas*”³³³⁴. Asimismo, ha de tenerse en cuenta la suma del *bonus* comprendido en el año natural anterior a la fecha del despido³³³⁵.

— Salario regulador de la indemnización e incrementos salariales posteriores al despido.

³³²⁵ STS 3 de junio de 2008 [RJ 2008, 3300].

³³²⁶ GIL Y GIL, J. L.: “La indemnización por despido improcedente”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., pp. 428 y 429.

³³²⁷ STS 3 de junio de 2008 [RJ 2008, 3300]. En este mismo sentido, STSJ Cataluña 9 de febrero de 2012, STSJ Cataluña 24 de mayo de 2013 y STSJ Madrid 27 de junio de 2016 [AS 2017, 1147].

³³²⁸ STS 24 de octubre de 2006 [RJ 2006, 7852]. En este mismo sentido, STSJ País Vasco 12 de junio de 2012 [JUR 2013, 133879] y STSJ Canarias/Las Palmas 4 de enero de 2013 [AS 2013, 1787].

³³²⁹ STS 26 de enero de 2006 [RJ 2006, 2227]. En este mismo sentido, STSJ Extremadura 7 de marzo de 2017 [JUR 2017, 82857] y STSJ Madrid 15 de octubre de 2017 [AS 2013, 424].

³³³⁰ Para mayor abundamiento, *vid.* GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, cit., p. 322.

³³³¹ Auto TS 18 de noviembre de 2014 [JUR 2015, 40042].

³³³² STSJ Madrid 11 de marzo de 2003 [AS 2003, 3021].

³³³³ STSJ Madrid 5 de julio de 2017 [JUR 2017, 227250].

³³³⁴ STSJ Madrid 12 de septiembre de 2007 [AS 2007, 2941].

³³³⁵ GIL Y GIL, J. L.: “La indemnización por despido improcedente”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., pp. 426 y 427.

Establecido el salario del trabajador despedido, a su cuantía le incumben ocasionales incrementos salariales posteriores al despido que pudieran haberse instaurado por disposición legal o convenio colectivo. Si el convenio colectivo posterior al despido instituyera efectos retroactivos a los aumentos salariales que haya determinado, se estimaran incluidos en el ámbito del convenio a los trabajadores que, aunque actualmente no estuviesen relacionados con la empresa por haber sido despedidos, hubiesen tenido relación laboral con ella dentro del espacio al que alcanzan los efectos retroactivos del aumento en materia salarial³³³⁶, siendo legítimo –en consecuencia– solicitar las diferencias salariales correspondientes.

Por último, como fórmula general utilizable, el salario a tener en cuenta a la hora de determinar la indemnización sustitutiva de la readmisión es el que corresponde al trabajador en la fecha de su despido, lo cual, no significa que se ajuste al importe reflejado en la última nómina, ya que éste debe ser objeto de rectificaciones de diversa índole: 1) de una parte, incluyendo aquellos conceptos salariales que se hubieren devengado en ese mes y, sin embargo, la empresa no los tenga reconocido o no los haya satisfecho incumpliendo su deber de pago –sin que ello implique el ejercicio acumulado de dos acciones (una por despido y otra por salarios), sino la simple fijación de un elemento a tener en cuenta para establecer las consecuencias del despido (el salario que devenga el trabajador al tiempo de su despido)–; 2) se han de excluir aquellos conceptos retributivos reflejados en la nómina que no sean salario –por ejemplo, dietas– o que siéndolo correspondan a un mes distinto –sería el caso del abono de los atrasos del convenio–; 3) en cambio, habrán de tenerse en cuenta circunstancias singulares del mes que hayan reducido o incrementado su importe en forma excepcional por circunstancias pasajeras que normalmente no van a repetirse –por ejemplo, si disfrutó de unos días de permiso sin sueldo o estuvo días en incapacidad temporal; o si durante parte del mes sustituyó a un compañero de categoría y sueldo superior–; 4) habrá que agregar conceptos salariales que no se abonan ni deben abonar en ese mes pero se devengan durante éste en una parte proporcional –pagas extras que habrán de calcularse incluyendo la parte proporcional correspondiente a su valor en la fecha del despido–; 5) finalmente cabe plantearse lo que ha de hacerse con los conceptos salariales de importe variable y pago mensual, respecto al cual, surgen dudas sobre el modo de tenerlos en cuenta³³³⁷.

3.3.3.3 Los años de prestación de servicio

La indemnización por despido improcedente se estima legalmente en treinta y tres días de salario por año de servicio. Al respecto, hay que tener en cuenta dos reglas generales sin perjuicio de sus matizaciones posteriores³³³⁸: a) La primera regla general se refiere al cómputo de los años de servicio. Los años de servicio han de computarse desde el día de ingreso del trabajador en la empresa –*dies a quo*– hasta la fecha del despido –*dies ad quem*–, no hasta el momento de la sentencia que lo declara improcedente. El *dies ad quem* o día final del cómputo será el de la fecha de despido o la fecha posterior estipulada en la carta resolutoria³³³⁹; en despidos verbales habrá que

³³³⁶ STS 23 de noviembre de 1991 [RJ 1992, 8828]. En este mismo sentido, STSJ Canarias/Las Palmas 6 de octubre de 2004 [AS 2004, 3090] y STSJ Canarias/Las Palmas 30 de abril de 2004 [AS 2004, 1646].

³³³⁷ STSJ País Vasco 10 de mayo de 2005 [JUR 2005, 192419].

³³³⁸ ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al.*: *Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 312.

³³³⁹ STSJ Cataluña 27 de febrero de 2005 [AS 2005, 602].

estarse al momento en que el empresario rechaza el desarrollo de la prestación de trabajo³³⁴⁰. En definitiva desde el momento en el que la finalización de la relación laboral desprende verdaderamente efectos. b) La segunda regla general es aquella que tiene en cuenta el período íntegro de la vigencia de la relación laboral aunque –durante el mismo– el empleado no haya prestado trabajo efectivo de manera constante. El término año de servicio que utiliza el artículo 56.1 ET no puede interpretarse restrictivamente como tiempo de trabajo efectivo porque ni esto es lo que dice literalmente el precepto ni tal entendimiento respeta su finalidad que consiste en fijar la indemnización teniendo en cuenta el período total de vigencia de la relación laboral extinguida. La tesis contraria llevaría al absurdo de excluir, aparte del tiempo no comprendido en la jornada de trabajo, todas las interrupciones o suspensiones; solución que sería además de aplicación complejísima³³⁴¹.

Igualmente, los períodos de prestación de servicios que habrán de computarse son aquellos que coinciden con una relación de carácter laboral, lo que supone que si con carácter previo ha existido relación de naturaleza civil o mercantil, no se tendrá en cuenta para el cálculo de la indemnización económica; diferente son aquellos períodos de tiempo desarrollados bajo una modalidad contractual ajena al Derecho del Trabajo con apariencia civil o mercantil bajo la que se camuflaba una auténtica relación de naturaleza laboral³³⁴².

Asimismo, no puede computarse como período de prestación de servicios el tiempo abonado por los salarios de tramitación: en estos casos, la relación laboral ya ha quedado extinguida. Sin embargo, en despidos improcedentes con extinción por incidente de no readmisión, el período de prestación de servicios alcanza hasta el auto que pone fin a la relación laboral –artículo 281 LRJS–³³⁴³.

La antigüedad del trabajador en la empresa como incremento salarial fijado en el convenio colectivo no debe coincidir obligatoriamente con los años de servicio a efectos de la especificación de la indemnización por despido improcedente. La doctrina entiende que la antigüedad representa el tramo temporal computable conforme a las previsiones del convenio colectivo o del contrato a efectos de promoción económica y profesional del trabajador, que puede coincidir o no con el tiempo de servicios efectivamente prestados en la empresa³³⁴⁴. Pero para el despido se valora como antigüedad la verdadera prestación de servicios, no la ficticia a la que las partes hayan convenido su voluntad, salvo que manifiestamente incorporen una mención expresa

³³⁴⁰ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, cit., p. 332.

³³⁴¹ STS 17 de enero de 2002 [RJ 2002, 3757] y STS 21 de diciembre de 2001 [RJ 2002, 426]. En este sentido, STSJ Comunidad Valenciana 16 de febrero de 2010 [JUR 2010, 22299], STSJ Andalucía/Granada 18 de mayo de 2011 [AS 2011, 2427] y STSJ Galicia 6 de marzo de 2012 [AS 2012, 731].

³³⁴² GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, cit., pp. 331 y 332.

³³⁴³ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, cit., pp. 107 y ss.

³³⁴⁴ STS 21 de octubre de 2004 [RJ 2004, 7029]. En este sentido, STSJ Madrid 25 de abril de 2005 [AS 2005, 928].

sobre tal asunto³³⁴⁵. De acuerdo con lo manifestado, el concepto de antigüedad es más amplio que el de años de servicio³³⁴⁶.

a. Situaciones posibles según los criterios utilizados por el convenio colectivo

Puede ocurrir que los criterios aplicados por el convenio colectivo sobre la noción de antigüedad cubra la totalidad del período de servicios del trabajador en la empresa; o que la noción de antigüedad del convenio colectivo no abarque la totalidad del período de prestación de servicios del trabajador en la empresa.

b. Contratación de trabajadores con reconocimiento de la antigüedad causada en otras empresas y período de servicios a efectos de indemnización

Cuando se contrata a un trabajador reconociéndole la antigüedad originada en anterior empresa o en las otras empresas del sector, esa mayor antigüedad suscitada en empresas diferentes no computa como período de servicios a efectos de calcular la compensación indemnizatoria por despido improcedente, salvo que así se haya convenido expresamente³³⁴⁷. A efectos de cuantificar la indemnización por despido improcedente, no puede confundirse la antigüedad que pudiera asignarse al trabajador en el contrato de trabajo que inicia la relación laboral derivada de respetar la antigüedad lograda con anteriores contratos –respecto a los cuales no constituye subrogación– con el tiempo de servicios que se genera en desarrollo de éste, siendo sólo tal tiempo de servicios el que ha de ser computado para el cálculo de la indemnización que correspondiera en caso de que este último contrato se extinguiera por despido que –una vez impugnado– fuera declarado improcedente, salvo supuestos en los que al asignarse mayor antigüedad se pactara que la misma había de operar a todos los efectos –incluidos, por tanto, los del cálculo de la indemnización por despido improcedente– o así se estableciera en el orden normativo aplicable³³⁴⁸.

c. Prestación de servicios en empresas integradas en el mismo grupo

En el caso del empleado que haya proporcionado servicios en múltiples empresas que a su vez están integradas en un mismo grupo desde el ámbito laboral, resulta doctrina jurisprudencial uniforme la que comprende que se ha de admitir una única relación: la dirección del grupo de las empresas ha actuado “*como el verdadero empleador único*” del trabajador “*a quien ha destinado a una y otra de las empresas vinculadas como si de un mero cambio de puesto de trabajo se tratara*”. En estas condiciones se ha de estar al “*criterio de atenuamiento a la realidad en la identificación de la posición empresarial*” debiéndose “*de reconocer una única relación de trabajo, no escindida por la existencia formal de varios empresarios, cuando el grupo de empresas actúa efectivamente como ámbito funcional unitario de una determinada*

³³⁴⁵ GIL Y GIL, J. L.: “La indemnización por despido improcedente”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 432.

³³⁴⁶ MELLA MÉNDEZ, L.: “Algunos criterios judiciales recientes sobre el concepto “años de servicio” para el cálculo de la indemnización por despido”, en GÁRATE CASTRO, J. (Coord.) *et al: Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario: estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor “honoris causa” por la Universidad de Santiago de Compostela*, cit., p. 290.

³³⁴⁷ STSJ Asturias 18 de julio de 2014 [JUR 2014, 221380].

³³⁴⁸ STS 13 de noviembre de 2006 [RJ 2006, 6684].

*relación individual de trabajo*³³⁴⁹. En suma la determinación de la antigüedad a efectos indemnizatorios debe retrotraerse al comienzo del primer vínculo laboral con la empresa que forme parte del grupo.

En relación a los años de servicio en un mismo grupo de empresas ha de computarse como antigüedad, a efectos del cálculo de la indemnización por despido, la totalidad de los períodos trabajados para las distintas empresas que forman parte del grupo. Pero la dificultad surge a la hora de esclarecer la concurrencia del grupo de empresas por exigir un funcionamiento unitario integrado y confusión patrimonial y de plantilla³³⁵⁰. Ahora bien, la apariencia de empresario único del grupo de sociedades se fundamenta en la concurrencia de factores elaborados por una jurisprudencia de indicios³³⁵¹ que permite deducir la del propio grupo³³⁵². Según la modalidad de organización empresarial, se requiere que las empresas del grupo se encuentren confundidas patrimonialmente o que formen la denominada caja única³³⁵³, unificación de sus sistemas contables y dirección unitaria a través de una sociedad dominante³³⁵⁴ o de un órgano directivo común³³⁵⁵. Atendiendo a la ordenación del trabajo, se requiere que los trabajadores realicen una prestación indiferenciada de sus servicios, bien de forma simultánea³³⁵⁶ o alternativa³³⁵⁷ en todas las empresas del grupo, o bien de forma sucesiva³³⁵⁸.

En este sentido, se declara la responsabilidad laboral de las empresas integrantes del grupo cuando se demuestre que ha existido abuso de la personalidad jurídica con efecto defraudatorio para los derechos de los empleados³³⁵⁹. Además, existen otros factores accesorios que contribuyen a identificar la existencia del grupo de empresas³³⁶⁰: la identidad o similitud de las actividades realizadas por las empresas agrupadas o, al contrario, su diferencia pese a estar integradas de forma habitual en la consecución de un mismo fin³³⁶¹; la utilización de una marca propia o común para la identificación de productos³³⁶²; el empleo de un mismo domicilio social; la utilización de instalaciones

³³⁴⁹ STS 31 de enero de 1991 [RJ 1991, 200]. En este mismo sentido STSJ Baleares 17 de diciembre de 2007 [AS 2008, 755]

³³⁵⁰ TOLOSA TRIBIÑO, C.: *Despido: comentarios, jurisprudencia, formularios*, cit., p. 204.

³³⁵¹ CAMPS RUIZ, L. M.: “Tratamiento laboral de los grupos de sociedades (y II)”, en *Actualidad Laboral*, núm.3, 1990, p. 411

³³⁵² FERREIRO REGUEIRO, C.: “Sobre la determinación de la responsabilidad, en el despido de un trabajador, de los grupos de empresas y de las empresas involucradas en una transmisión”, en GÁRATE CASTRO, J. (Coord.) et al: *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario: estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor “honoris causa” por la Universidad de Santiago de Compostela*, cit., p. 433.

³³⁵³ STS 30 de junio de 1993 [RJ 1993, 4939].

³³⁵⁴ STS 13 de julio de 1990. [RJ 1990, 6112].

³³⁵⁵ STS 8 de junio de 1988 [RJ 1988, 5251].

³³⁵⁶ STS 13 de julio de 1990 [RJ 1990, 6112].

³³⁵⁷ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Aspectos laborales de los grupos de empresas”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 25, 1985, p. 111.

³³⁵⁸ STS 8 de octubre de 1987 [RJ 1987, 6973].

³³⁵⁹ STSJ Aragón 11 de marzo de 2009 [JUR 2009, 275023].

³³⁶⁰ FERREIRO REGUEIRO, C.: “Sobre la determinación de la responsabilidad, en el despido de un trabajador, de los grupos de empresas y de las empresas involucradas en una transmisión”, en GÁRATE CASTRO, J. (Coord.) et al: *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario: estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor “honoris causa” por la Universidad de Santiago de Compostela*, cit., p. 434.

³³⁶¹ STS 8 de octubre de 1987 [RJ 1987, 6973].

³³⁶² STS 30 de junio de 1993 [RJ 1993, 4939].

comunes así como la recepción de la correspondencia bajo un nombre aglutinador del grupo de empresas³³⁶³.

A efectos acreditativos, para que puedan calcularse los años de prestación de servicios para un grupo de empresas, es necesario demostrar la realidad de las cualidades específicas del mismo a efectos laborales, lo que radica en un funcionamiento integrado de la estructura de trabajo, en la prestación de trabajo de forma indiferenciada o común a las empresas del grupo o en la búsqueda de elusión de responsabilidades laborales³³⁶⁴. No obstante, ha de distinguirse aquellos supuestos de actuación en el mercado de un conjunto de empresas como grupo de hecho por motivos de estrategia comercial –sin que sea posible imputarles responsabilidad solidaria– de aquellos otros en los que es evidente que la confusión patrimonial los hace funcionar como una unidad económica y, por tanto, con responsabilidad solidaria³³⁶⁵.

d. Situaciones de excedencia y período de servicios a efectos de indemnización por despido improcedente

La excedencia forzosa prevista en el artículo 46 ET que será computable a efectos de antigüedad, no será computable como período de servicios a efectos de la fijación de la indemnización por despido improcedente³³⁶⁶: *“no se puede computar a los efectos de la indemnización el tiempo transcurrido en la excedencia”*. *“El tiempo transcurrido en la situación de excedencia forzosa no es computable como tiempo de servicios prestados a efectos de calcular la referida indemnización”* pues *“una cosa es el derecho al cómputo de la antigüedad en la excedencia forzosa [artículo 46.1 ET], y otra la determinación del tiempo de servicios en la empresa a efectos del artículo 56.1.a) ET”*, sin perjuicio de que haya pacto o disposición en contra³³⁶⁷. En efecto, este criterio jurisprudencial tiene carácter consolidado sin perjuicio de que exista un pacto o disposición en contra: una cosa es el derecho al cómputo de la antigüedad en la excedencia forzosa y otra distinta la determinación del tiempo de servicios en la empresa a efectos del artículo 56.1 ET.

Suspendido el contrato por la excedencia forzosa se exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y de remunerar el trabajo. Por tanto, la no realización de servicios durante el período de la excedencia no puede entenderse como tiempo de servicios. Esta doctrina es lógica consecuencia de la expresión de los artículos 56.1 y 46.1 ET, en donde el primero de los artículos citados –artículo 56 ET– establece la indemnización a tenor de los períodos de tiempo de servicio y no de antigüedad como también se hace en los artículos 53.1.b) ET –extinción del contrato por causas objetivas– y 51 ET –despido colectivo– y el segundo de los preceptos –artículo 46.1 ET– determina los derechos inherentes a la excedencia forzosa que son conservación del puesto y cómputo de

³³⁶³ STS 6 de mayo de 1981 [RJ 1981, 2103].

³³⁶⁴ GIL Y GIL, J. L.: “La indemnización por despido improcedente”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 435.

³³⁶⁵ FERREIRO REGUEIRO, C.: “Sobre la determinación de la responsabilidad, en el despido de un trabajador, de los grupos de empresas y de las empresas involucradas en una transmisión”, en GÁRATE CASTRO, J. (Coord.) *et al: Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario: estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor “honoris causa” por la Universidad de Santiago de Compostela*, cit., p. 437.

³³⁶⁶ STS 26 de septiembre de 2001 [RJ 2002, 322] y STS 30 de junio de 1997 [RJ 1997, 4950].

³³⁶⁷ STSJ Galicia 29 de octubre de 2010 [JUR 2011, 22331].

antigüedad y no del tiempo de servicio, términos diferentes como reiteradamente y desde antiguo viene matizando nuestra jurisprudencia³³⁶⁸.

Sin embargo, en lo concerniente a la excedencia por cuidado de hijos y familiares, la respuesta no está tan clara. La doctrina interpreta que han de producir efectos similares a los de la permanencia real del trabajador en la empresa: *“la norma establece un derecho para el trabajador excedente para el cuidado de un hijo que se incorpora a su relación de trabajo y que consiste en que el tiempo que pase en ella se ha de entender que produce efectos equivalentes a la permanencia real en la empresa, con proyección por tanto en la antigüedad”*³³⁶⁹. ¿Y qué ocurre con los efectos en la prestación de servicios para la indemnización por despido? De acuerdo con la jurisprudencia, una interpretación contraria a la inclusión del período de excedencia por cuidado de hijos en el cómputo del tiempo a tener en cuenta para el cálculo de la indemnización por despido no respondería al espíritu de la legislación ni sería fiel intérprete de la voluntad del legislador³³⁷⁰. En efecto, la regulación posee *“la intención de facilitar todo lo posible la conciliación de la vida familiar con el trabajo, tratando de eliminar cualquier distanciamiento entre la situación de trabajador en activo y de aquél que disfruta de la excedencia para el cuidado de un hijo”*. Por tanto, *“se afirma de forma contundente que la excedencia por cuidado por hijos se debe computar a efectos indemnizatorios”*³³⁷¹.

Cuando se examina la excedencia voluntaria no se localiza en el artículo 46 ET referencia alguna a que el tiempo que el trabajador permanezca en esta situación deba computar a efectos de antigüedad. La actitud de los tribunales ha sido la de descartar del período de servicios a efectos de la indemnización por despido improcedente el tiempo que el trabajador estuvo en situación de excedencia voluntaria³³⁷². La excedencia podrá ser voluntaria y forzosa y la forzosa dará derecho a la conservación del puesto y al cómputo de la antigüedad de su vigencia. En sentido contrario, la voluntaria no concede tales derechos, por lo que el tiempo durante el que se esté en tal situación no computa para la antigüedad del trabajador³³⁷³ –y menos para la prestación de servicios³³⁷⁴–. Para la fijación de la indemnización en los supuestos de excedencia voluntaria debe tomarse en consideración la antigüedad correspondiente al período transcurrido entre la fecha de ingreso en la empresa y aquella en que se le concedió la excedencia voluntaria, pues el tiempo pasado por el trabajador en situación voluntaria de excedencia no es computable a estos efectos al no prestarse servicio alguno³³⁷⁵.

- e. Período de servicios derivado de un único contrato de trabajo y cambio de empresario

³³⁶⁸ STS 26 de septiembre de 2001 [RJ 2002, 322].

³³⁶⁹ STS 28 de junio de 2002 [RJ 2002, 9080].

³³⁷⁰ STSJ Cataluña 21 de enero de 2003 [AS 2003, 453].

³³⁷¹ STSJ Madrid 28 de abril de 2011 [AS 2011, 1149] y STSJ Andalucía/Granada 20 de julio de 2011 [AS 2011, 2470].

³³⁷² STS 26 de junio de 1998 [RJ 1998, 5790]. En este mismo sentido, STSJ Madrid 4 de mayo de 2004 [AS 2004, 2807].

³³⁷³ STSJ Extremadura 28 de febrero de 2005 [JUR 2005, 96755].

³³⁷⁴ STSJ Madrid 30 de noviembre de 2015 [AS 2015, 2578]. *“En este punto asiste la razón a la empresa ya que, en efecto, el tiempo pasado en excedencia exonera de la obligación de trabajar y de remunerar el trabajo, no pudiendo confundirse la antigüedad ostentada con la determinación del tiempo de servicios a la empresa a los efectos del cálculo de la indemnización por despido improcedente”*.

³³⁷⁵ STSJ País Vasco 6 de mayo de 2014 [JUR 2014, 229006], STSJ Castilla-La Mancha 6 de abril de 2001 [JUR 2001, 180421] y STSJ Cantabria 9 de agosto de 1999 [AS 1999, 3389].

La fijación del período de servicios a efectos del cálculo de la indemnización del despido improcedente no plantea problemas cuando el trabajo del empleado obedece a un único contrato de trabajo –que es el que se extingue–. Sin embargo, pueden localizarse dudas en los siguientes supuestos:

a) Cuando ha acontecido una sucesión en la titularidad de la empresa con el consecuente mantenimiento de los contratos de trabajo con el nuevo empresario se considera, en virtud del artículo 44 ET, que el tiempo trabajado con el empresario cedente computa como período de prestación de servicios a efectos de la indemnización por despido improcedente. Es razonable que el tiempo de servicio al que se refiere el artículo 56.1 ET sobre la indemnización de despido improcedente deba computar, en caso de subrogación legal o convencional en la posición del empresario de quien no lo ha sido inicialmente, todo el transcurso de la relación contractual de trabajo, incluyendo las fases de la misma en la que el empleado ha estado vinculado con el empresario que la ha dado por terminada y computando también la fase o fases en que la posición empresarial en la propia relación laboral fue desempeñada por uno o varios empleadores anteriores³³⁷⁶. En otros términos, en procesos de subrogación legal o convencional, el tiempo de servicio debe abarcar todo el transcurso de tiempo de la relación contractual de trabajo, incorporando tanto las fases de la misma en las que el trabajador ha estado vinculado con el empresario que la dio por finalizada como aquellas en que la condición empresarial de la propia relación laboral fue profesada por uno o varios empresarios anteriores³³⁷⁷.

b) Cuando nos encontramos ante el despido improcedente del trabajador cedido ilegalmente a otra empresa, el ejercicio de la opción trae consecuencias a la empresa con la que el trabajador cedido hubiera escogido conservar la relación laboral³³⁷⁸. De acuerdo con el artículo 43.4 ET, en la empresa cesionaria, “*la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal*”³³⁷⁹. La interpretación elaborada por el Tribunal Supremo lo ha sido para casos de reclamaciones salariales del trabajador cedido, pero no parece existir contrariedad si se aplica también al cálculo del período de prestación de servicios a efectos de la indemnización por despido improcedente, pues dicha interpretación abarca todo el período de tiempo trabajado por el empleado cedido al servicio de la empresa. “*La relación laboral real no tiene propiamente un efecto constitutivo, porque con ella y con la sentencia que la acoge no se crea una relación nueva, sino que se declara la que en verdad existía, deshaciendo así la mera apariencia creada*”³³⁸⁰.

f. Período de servicios prestados por el trabajador despedido en virtud de diversos contratos

Cuando el trabajo del empleado en la empresa se ha desarrollado a través de múltiples contratos de trabajo que han ido aconteciendo a lo largo del tiempo –

³³⁷⁶ STS 16 de marzo de 1999 [RJ 1999, 2995]. En este mismo sentido, STSJ Cataluña 26 de mayo de 2017 [JUR 2017, 269197] y STSJ La Rioja 14 de julio de 2006 [AS 2006, 2480].

³³⁷⁷ GIL Y GIL, J. L.: “La indemnización por despido improcedente”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 435.

³³⁷⁸ STS 5 de febrero de 2008 [RJ 2008,1625].

³³⁷⁹ STS 21 de marzo de 1997 [RJ 1997, 2612].

³³⁸⁰ STS 5 de diciembre de 2006 [RJ 2007, 91]. En este mismo sentido, STSJ Andalucía/Sevilla 16 de febrero de 2012 [JUR 2012, 132268] y STSJ Madrid 23 de abril de 2010 [AS 2010, 1633].

proclamándose improcedente la última extinción de la relación laboral– debe precisarse cuál es el período de servicios del trabajador computable a efectos indemnizatorios. Hay que partir de la percepción de la unidad material de la relación de trabajo, de modo que la pluralidad de contratos no provocan necesariamente la existencia de relaciones laborales distintas, pues la relación, en tales ocasiones, es única, sin que quepa hacer separaciones. Se distinguen, por ende, diferentes situaciones que pasamos a ver a continuación.

En supuestos en los que al contrato temporal le sigue sin solución de continuidad una relación indefinida, en estos casos, el tiempo trabajado como empleado temporal cuenta como parte del período de servicios salvo que se haya originado una novación extintiva³³⁸¹. En el ámbito del Derecho Laboral es regla y principio general –admitida por la doctrina tanto científica como jurisprudencial– que si en un contrato temporal finaliza el plazo de vigencia que le es propio o se produce la causa extintiva del mismo, y a continuación, sin interrupción temporal alguna, le sigue un contrato indefinido entre las mismas partes, bien porque el trabajador continúe la prestación de sus servicios, bien concertándose en forma escrita el nuevo contrato, se entiende que la antigüedad del empleado en la empresa se remonta al momento en que se inició el trabajo en virtud del primer contrato temporal³³⁸². La novación extintiva sólo se consiente si está objetivamente fundada en la modificación del contenido de la obligación. Por ello, en los supuestos en que la relación sigue siendo la misma, la pluralidad de contratos no provoca la existencia de relaciones sucesivas diferentes³³⁸³.

En los supuestos de sucesión de contrato temporales con el mismo empleado conviene diferenciar la doctrina de la solución de continuidad no significativa y la doctrina de la unidad esencial del vínculo contractual.

En lo concerniente a la primera –la doctrina de la solución de continuidad no significativa– si entre los contratos temporales no ha existido una solución de continuidad significativa, aunque haya habido suscripción de recibos de finiquito, computan todos ellos a efectos del período de servicios para la indemnización por despido improcedente. Por tanto, no constituye solución de continuidad en la sucesión de contratos temporales cuando entre ambos contratos –uno y otro– media una interrupción breve inferior al tiempo de caducidad de la acción de despido –20 días–³³⁸⁴. Sin embargo, la doctrina de la solución de continuidad significativa se opone a la postura mantenida por el TJCE³³⁸⁵, que juzga inadecuada a la Directiva europea 1999/70/CE de contratación temporal una norma griega, conforme a la cual, “*los contratos de trabajo temporales sólo pueden considerarse sucesivos si no están separados por un intervalo superior de 20 días laborales*”. Y ello, porque “*una definición tan rígida y restrictiva de las circunstancias en que unos contratos de trabajo seguidos deben considerarse sucesivos, permite mantener a los trabajadores en una*

³³⁸¹ STS 29 de septiembre de 1999 [RJ 1999, 7540].

³³⁸² STS 4 de julio de 2006 [RJ 2006, 6419].

³³⁸³ STS 15 de febrero de 2000 [RJ 2000, 2040].

³³⁸⁴ STS 15 de febrero de 2000 [RJ 2000, 2040]. En este mismo sentido, STSJ Canarias/Las Palmas 29 de enero de 2015 [AS 2015, 1871].

³³⁸⁵ STJCE 4 de julio de 2006 [TJCE 2006, 181].

*situación de empleo precario durante años, por lo que debe considerarse contraria a la directiva*³³⁸⁶.

La segunda doctrina –unidad esencial del vínculo contractual– que equipara la solución de continuidad significativa al transcurso superior del plazo de veinte días de ejercicio de la acción del despido se atempera en los últimos años teniendo en cuenta la unidad esencial del vínculo contractual: doctrina que no contempla con precisión exacta la duración de las interrupciones entre contratos, computando la totalidad de la contratación –tanto contratos oficiados entre trabajador y empresario como a través de empresas de trabajo temporal³³⁸⁷– cuando ha habido interrupciones superiores a veinte días pero siempre que los diferentes contratos evidencien simples coberturas formales que procuran camuflar un único objeto contractual. Supuestos en los que también debe computarse la antigüedad desde el primer contrato a efectos de valorar la compensación indemnizatoria por despido improcedente³³⁸⁸. Si se demuestra la irregularidad y se declara el carácter indefinido de la relación y la fijeza del trabajador, entonces las sucesivas contrataciones se verán afectadas computándose todas ellas para el cálculo de los años de servicio³³⁸⁹. Esta doctrina establece, en definitiva, que en supuestos de sucesión de contratos temporales, si existe unidad esencial de la conexión laboral, se computa la totalidad de la contratación para el cálculo de la indemnización por despido improcedente³³⁹⁰, con independencia de la precisión matemática de los citados 20 días³³⁹¹. Por tanto, si la interrupción no es suficientemente relevante se podrá computar como un único período a los efectos de la indemnización por despido³³⁹². De lo contrario, en caso de que la interrupción sea relevante, se habrá producido la ruptura de la unidad esencial del vínculo contractual³³⁹³.

g. Período de servicios y contrato a tiempo parcial

Cuando el empleado despedido improcedentemente ha desarrollado su trabajo a tiempo parcial, la dificultad radica en cómo computar estos períodos trabajados –si ha de valorarse sólo la parte proporcional a los días verdaderamente trabajados o si por el contrario ha de computarse todo el período acontecido entre el inicio de la prestación y el final de la misma– a efectos de la determinación de los treinta y tres días por año de servicio –artículo 56.1 ET–. Parece que la corriente jurisprudencia actual interpreta que

³³⁸⁶ STSJ Andalucía/Sevilla 12 de noviembre de 2007 [AS 2007, 3529].

³³⁸⁷ STS 17 de octubre de 2006 [RJ 2006, 9476].

³³⁸⁸ STS 8 de marzo de 2007 [RJ 2007, 3613].

³³⁸⁹ GIL Y GIL, J. L.: “La indemnización por despido improcedente”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 433.

³³⁹⁰ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 262.

³³⁹¹ STS 29 de marzo de 2017 [RJ 2017, 1806], STS 15 de mayo de 2015 [RJ 2015, 2439], STS 3 de abril de 2012 [RJ 2012, 5567] y STS 3 de noviembre de 2008 [RJ 2008, 6094]. En este mismo sentido, STSJ Cataluña 16 de febrero de 2017 [AS 2017, 442, STSJ Castilla-La Mancha 28 de junio de 2017 [JUR 2017, 209583].

³³⁹² GIL Y GIL, J. L.: “La indemnización por despido improcedente”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 433.

³³⁹³ STS 12 de julio de 2010 [RJ 2010, 6803]. En este mismo sentido, STSJ Canarias/Tenerife 30 de junio de 2017 [JUR 2017, 223575], STSJ Extremadura 1 de junio de 2015 [AS 2015, 1272], STSJ Galicia 12 de junio de 2012 [AS 2012, 1923] y STSJ Navarra 7 de febrero de 2011 [AS 2011, 1100].

para la determinación del período de servicios habrá de estarse al número de días efectivamente trabajados³³⁹⁴, sin que la duración de la jornada incida a estos efectos³³⁹⁵.

h. Trabajadores fijos discontinuos

Los contratos de los trabajadores fijos discontinuos se singularizan por su vigencia repetitiva. En otros términos, por interrumpirse periódicamente la efectividad de estos contratos pero no su duración en la medida en que la actividad que desarrollan no es continua. Es evidente que una cosa es el derecho al cómputo de la antigüedad en los supuestos de contratación de trabajadores fijos discontinuos y otra bien distinta es la determinación del tiempo de servicios en la empresa a efectos del artículo 56.1 ET. Entonces, ¿cómo se computan a efectos de la determinación de los treinta y tres días por año de servicio –artículo 56.1 ET–?

Parece que la jurisprudencia se decanta –al igual que en los trabajadores con contrato a tiempo parcial– por interpretar que para la determinación del período de servicios habrá de estarse al número de días efectivamente trabajados³³⁹⁶. En efecto, la *“indemnización por despido debe fijarse teniendo en cuenta exclusivamente el tiempo de servicios acreditados en las respectivas campañas”*³³⁹⁷. En otros términos, *“el importe de esta última se ha fijado teniendo en cuenta el tiempo de servicios acreditado por los actores en las respectivas campañas”*³³⁹⁸. En suma, *“al ser la demandante una trabajadora fija discontinua, para su cálculo únicamente pueden tenerse en cuenta los periodos en que ha habido prestación de servicios”*³³⁹⁹. En estos casos, se ha de fijar la indemnización por despido con arreglo a los años de servicio efectivamente prestados y no en base a la antigüedad en la actividad laboral del empleado³⁴⁰⁰.

3.3.3.4 Consecuencias jurídicas de la indemnización tasada

La indemnización por despido improcedente responde a una cantidad económica tasada por ley y que pretende reparar el daño producido por el despido injusto: reparación no íntegra de los perjuicios ocasionados sino en la cuantía que la ley establece en relación con la antigüedad del trabajador³⁴⁰¹. El sustentar el sistema de despido en una indemnización tasada posee importantes consecuencias jurídicas –positivas y negativas–. Veámoslas³⁴⁰²:

1) El carácter tasado de la indemnización tiene la consecuencia de provocar un abaratamiento en el coste del despido. Este abaratamiento es consecuencia de reducir el

³³⁹⁴ STSJ Asturias 26 de junio de 2015 [AS 2016, 155], STSJ Andalucía/Málaga 30 de abril de 2008 [JUR 2009, 20634], STSJ La Rioja 8 de marzo de 2005 [AS 2005, 208] y STSJ Comunidad Valenciana 22 de febrero de 2005 [JUR 2005, 131759].

³³⁹⁵ STSJ Asturias 26 de junio de 2015 [AS 2016, 155] y STSJ Castilla y León/Valladolid 14 de enero de 2003 [JUR 2003, 54603].

³³⁹⁶ STSJ Cataluña 7 de febrero de 2005 [AS 2005, 646].

³³⁹⁷ STSJ Canarias/Tenerife 17 de febrero de 2011 [AS 2011, 1720].

³³⁹⁸ STS 23 de octubre de 1995 [RJ 1995, 7867].

³³⁹⁹ STSJ Canarias/Las Palmas 11 de noviembre de 2015 [JUR 2016, 42495].

³⁴⁰⁰ STSJ Madrid 18 de octubre de 2005 [JUR 2005, 268860].

³⁴⁰¹ MONTOYA MELGAR, A.: “El despido improcedente y sus efectos”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 526.

³⁴⁰² GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, cit., pp. 107 y ss.

arbitrio judicial en el establecimiento de las indemnizaciones³⁴⁰³, así como la pérdida de un conjunto de criterios que acompañen a la fijación de la cantidad económica a indemnizar³⁴⁰⁴. Al no poseer el operador jurídico capacidad real de analizar los daños que sufre el empleado y al quedar sustentada la indemnización en los años de servicios del trabajador, se produce una lógica reducción del coste económico indemnizatorio que termina por beneficiar al empleador –en la mayoría de los casos– aun cuando la jurisprudencia establece que en algunos supuestos podrá favorecer al trabajador y en otros perjudicar³⁴⁰⁵.

2) Obviamente, al ser la indemnización tasada *ex lege*, no se tiene en cuenta la culpabilidad del empresario en la valoración económica. Por ser consecuencia de la regulación normativa –artículo 56.2 ET– al encontrarse la indemnización tasada legalmente, la arbitrariedad del despido no podrá aumentar la cantidad económica a recibir por el trabajador³⁴⁰⁶.

3) Si bien es cierto que la indemnización tasada reduce la cuantía económica de la extinción de la relación laboral del trabajador y permite un despido sin justa causa, también es cierto que presenta un elemento de simplicidad probatoria que favorece al trabajador, pues no tiene que demostrar cuales son los posibles daños o perjuicios que determinan la cuantía económica del despido reduciendo la complejidad de su situación procesal³⁴⁰⁷. Pero al igual que se simplifica la posición del empleado despedido también ocurre con el juez u operador jurídico: para calcular el coste económico de la indemnización tan sólo tendrá que acudir a las reglas tasadas legalmente³⁴⁰⁸.

4) La indemnización tasada *ex lege* no permite tener en cuenta los daños reales y efectivos que se le haya podido ocasionar al trabajador despedido: normalmente, la pérdida del puesto de trabajo tiene unas consecuencias superiores a la indemnización económica tasada. La indemnización tasada elimina cualquier atisbo de discrecionalidad judicial en la fijación de la cuantía económica³⁴⁰⁹. Lo cierto es que en materia de indemnización del despido se deja de lado la regulación civil cuya pretensión es el resarcimiento integral del daño: consecuentemente, no se produce una verdadera restitución integral. Como regla general, la aspiración del ordenamiento jurídico es lograr la reparación de todos aquellos daños que se hayan provocado por el infractor de la norma: es lo que se conoce como *restitutio in integrum*. No obstante, con las indemnizaciones tasadas lo que se genera es una compensación de carácter objetivo que, a su vez, evita la puesta en marcha de un proceso de prueba de los daños y de su

³⁴⁰³ MONTOYA MELGAR, A.: “El despido improcedente y sus efectos”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 525.

³⁴⁰⁴ COLLADO GARCÍA, L.: “Costos económicos derivados de la extinción del contrato: problemas jurídicos sobre el cálculo de indemnizaciones”, en LILLO PÉREZ, E. (Dir.) *et al: Aspectos económicos de la jurisdicción social*, cit., p. 108.

³⁴⁰⁵ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, cit., p. 108.

³⁴⁰⁶ *Ibidem*, p. 110.

³⁴⁰⁷ COLLADO GARCÍA, L.: “Costos económicos derivados de la extinción del contrato: problemas jurídicos sobre el cálculo de indemnizaciones”, en LILLO PÉREZ, E. (Dir.) *et al: Aspectos económicos de la jurisdicción social*, cit., p. 112.

³⁴⁰⁸ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, cit., p. 110.

³⁴⁰⁹ BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: “Indemnización por daños y perjuicios derivados de vulneración de derechos fundamentales”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 33, 2006, p. 66.

cuantía³⁴¹⁰. La indemnización por despido tiene su fundamento en la presunción *iuris et de iure* del perjuicio que el empresario causa con su ilegítima conducta al empleado³⁴¹¹. La indemnización tasada *ex lege* persigue un beneficio para la generalidad lo que, necesariamente, implica que se perjudique a otros sujetos³⁴¹². Aún así, el efecto deseado ha sido, no el de perjudicar a sujetos concretos a cambio de beneficiar a otros, sino el de facilitar la carga probatoria a cambio de una reducción económica de la indemnización³⁴¹³: obviamente, esta reducción económica se aleja de la satisfacción que la extinción del contrato de trabajo provoca pues la cantidad económica que se abona por el despido pretende, exclusivamente, indemnizar la pérdida del empleo, no las consecuencias negativas derivadas.

La pérdida del puesto de trabajo no genera los mismos perjuicios para los trabajadores despedidos. Sin embargo, imaginémosnos que las consecuencias de un despido son similares para los trabajadores: pues bien, ocurre que las indemnizaciones serían distintas al calcularse la cuantía económica sobre los años de servicio –no sobre los daños ocasionados–³⁴¹⁴. El legislador con la indemnización tasada ha establecido un precio o coste económico por la extinción del contrato en base a unos criterios determinados –días de salario por año de servicios– sin pretender la *restitutio in integrum*, concediendo una mera compensación económica alejada de una verdadera indemnización por daños y perjuicios³⁴¹⁵.

5) El elemento base de la cuantificación de la indemnización es el período de servicios. Obviamente responde a un criterio objetivo³⁴¹⁶. Este criterio no es criticable en sí; lo que es reprochable es que el período de servicios sea el único elemento que se tiene en cuenta para el cálculo de la indemnización: como consecuencia los trabajadores despedidos con escasa antigüedad van a tener una indemnización económica muy reducida. Que los años de servicio sean el elemento base para fijar la indemnización económica obedece a que el legislador ha optado por un criterio que tiene en cuenta el rendimiento obtenido de la empresa por el trabajo prestado por el empleado³⁴¹⁷.

Por otro lado, que la indemnización tasada *ex lege* se calcule en torno al período de prestación de servicios conlleva un importante inconveniente a la posibilidad de que el empleado cambie de empresa; en otros términos, el criterio del tiempo de prestación de servicios en la empresa para calcular la indemnización por despido del trabajador supone un grave impedimento a la movilidad laboral del empleado. Si el trabajador

³⁴¹⁰ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, cit., p. 111.

³⁴¹¹ CASAS BAAMONDE, M^a. E. y ALONSO OLEA, M.: “La improcedencia del despido (art. 56)”, en *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 100, 2, 2000, p. 1167.

³⁴¹² SEMPERE NAVARRO, A. V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *La indemnización por daños y perjuicios en el contrato de trabajo*, Pamplona, Aranzadi, 2003, pp. 88 y ss.

³⁴¹³ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, cit., p. 112.

³⁴¹⁴ *Ibidem*, p. 113.

³⁴¹⁵ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Compatibilidad de la indemnización por despido improcedente e indemnización de daños y perjuicios”, en PÉREZ AMOROS, F. (Dir.) *et al: La extinción del contrato de trabajo*, Albatece, Bomarzo, 2006, p. 287.

³⁴¹⁶ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, cit., p. 115.

³⁴¹⁷ VALDÉS DAL-RE, F.: “El cómputo de los años de servicio a efectos de la indemnización por despido improcedente”, en *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, cit., pp. 89 y 90.

decide cambiar de empresa, consecuentemente, perderá los derechos adquiridos en la indemnización por despido³⁴¹⁸.

6) Por último y como efecto no disuasorio para ejercitar el despido del trabajador, el carácter tasado de la indemnización implica certeza en la cuantía económica indemnizatoria: la exactitud en la cuantía supone conocer con matemática precisión cuál será el coste del despido si se decide extinguir el contrato de trabajo³⁴¹⁹. Evidentemente, al conocer el empresario el coste de la indemnización actuará a sabiendas de hasta dónde llegará su responsabilidad económica por despedir sin justa causa³⁴²⁰: esta certeza en la cuantía de la indemnización solo evitará el despido de aquellos empleados cuya indemnización sea elevada. Con esta regulación es obvio que el legislador termina por beneficiar al empleador, otorgando prioridad a los intereses empresariales y sacrificando los del trabajador³⁴²¹. Si la indemnización económica del empleado despedido fuera incierta y no pudiera calcularse matemáticamente desde el inicio del despido –por tanto, desconocida–, el trabajador poseería una posición laboral mucho más fuerte, lo que le garantizaría una tutela y protección más eficiente, pues ante el desconocimiento del coste final del que debiera hacerse cargo el empresario, éste tendría mayores reticencias y restricciones a la hora de su ejecución. De esta manera, y por no correr riesgos innecesarios, el despido solo sería ejecutado por el empleador para aquellos casos en los que tuviera causas suficientes y justas para dar por extinguido el contrato de trabajo³⁴²².

De *lege ferenda*, creemos que un justo y correcto sistema para calcular la indemnización sería aquel que comprendiera dos cantidades económicas: por un lado, una cuantía fija para todos los trabajadores despedidos ilícitamente; y por otro lado, una cuantía variable pero tasada en función del período de servicios prestados en la empresa. Por tanto, un sistema similar al que actualmente se posee pero añadiendo ese concepto económico preestablecido para cualquier despido ilícito: de esta manera, se seguiría respetando las consecuencias jurídicas positivas del despido tasado acometiendo la mejora de las consecuencias negativas. No obstante, si pudiera modificarse completamente el sistema de retribución del despido –muy complicado al encontrarse completamente arraigado–, quizás sería más adecuado apostar por un sistema arbitrario judicial formado también por dos conceptos económicos: una cuantía económica sustentada en la valoración real de los daños y perjuicios ocasionados por la empresa al trabajador con un tope o cláusula mínima de indemnización –pero no tope máximo–; y una cuantía económica variable pero tasada calculada en función del período de tiempo de prestación de servicios del trabajador. Incluso para un mayor rendimiento del trabajador podría pensarse en un sistema de despido que también computara el rendimiento económico o los objetivos cumplidos por el trabajador –aunque tendría más relevancia en profesiones consistentes en la prestación técnica de servicios–.

³⁴¹⁸ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, cit., p. 116.

³⁴¹⁹ VALDÉS DAL-RE, F.: “El cómputo de los años de servicio a efectos de la indemnización por despido improcedente”, en *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, cit., p. 86.

³⁴²⁰ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, cit., p. 117.

³⁴²¹ VALDÉS DAL-RE, F.: “El cómputo de los años de servicio a efectos de la indemnización por despido improcedente”, en *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, cit., p. 86.

³⁴²² GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, cit., p. 117.

3.3.4 La no acumulación de la indemnización legal mínima con otras indemnizaciones

Una vez que el empleado es despedido finaliza la relación laboral y con ella las obligaciones económicas. El trabajador pierde el derecho a ingresar todas aquellas sumas económicas que el trabajador hubiera percibido o hubiera podido cobrar de no haber sido despedido. El legislador laboral ha establecido un sistema de indemnizaciones por despido tasado³⁴²³ –treinta y tres días de salario por año de servicio³⁴²⁴– que salvo acuerdo de mejora expreso, no puede reemplazarse o perfeccionarse con otras partidas. Este sistema unas veces puede beneficiar y otras perjudicar al solicitante, en este caso al empleado, que por una parte se ve liberado de probar la existencia de tales daños y perjuicios –pues por presunción legal *iuris et de iure* la ruptura del vínculo produce consecuencias– y por otra se ve privado de poder acreditar la superior cuantía económica del daño y perjuicio que tal extinción indebida del contrato le ha producido. Por tanto, se está en presencia de una decisión legislativa que impide –en este concreto sector– la aplicación de los efectos tradicionales del abuso del derecho, porque tal decisión está encaminada –sin duda– a no mantener rígidamente una relación de trabajo en contra de la voluntad de una de las partes, dando satisfacción al derecho individual derivado de una relación laboral concreta: por tanto, el injustamente despedido tendrá derecho a una compensación económica que se determina objetivamente. Este sistema facilita, sin duda, la solución de la controversia y da seguridad a los operadores jurídicos, aunque impide la correspondiente individualización de los daños y perjuicios, pero sobre todo, con independencia del juicio de valor que pueda cada uno formular, es una opción legal legítima que responde a finalidades de política social que los jueces y tribunales han de hacer efectiva en sus resoluciones³⁴²⁵.

La jurisprudencia viene rechazando que sea factible compatibilizar una indemnización por daños y perjuicios –artículo 1101 del Código Civil– con la acción derivada de la extinción del contrato de trabajo en despidos improcedentes al tratarse de dos indemnizaciones con una misma finalidad: responder de los daños y perjuicios ocasionados. En nuestro derecho positivo la indemnización por despido improcedente “*es 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*”³⁴²⁶. El ordenamiento laboral se aparta de lo establecido por los artículos 1106 y siguientes del Código Civil y consagra un régimen específico de resarcimiento, opcional entre la readmisión y la indemnización en metálico, fijando esta última de manera objetiva y tasada según los términos que establece el artículo 56 ET³⁴²⁷. En definitiva, lo que la jurisprudencia establece es un absoluto rechazo a la posibilidad de una duplicidad

³⁴²³ STC 6/1984, de 24 de enero [RTC 1984, 6].

³⁴²⁴ Artículo 56.1 ET.

³⁴²⁵ STS 18 de julio de 1985 [RJ 1985, 3809].

³⁴²⁶ STS 11 de marzo de 2004 [RJ 2004, 3401] y STS 25 de noviembre de 2004 [RJ 2005, 1058]. En este mismo sentido, STSJ Cataluña 25 de noviembre de 2011 [AS 2011, 3130], STSJ Asturias 19 de octubre de 2007 [AS 2008, 480] y STSJ Cataluña 11 de julio de 2006 [AS 2007, 745].

³⁴²⁷ STS 23 de octubre de 1990 [RJ 1990, 7709].

de indemnizaciones, unas derivadas de la regulación laboral y otras del derecho común³⁴²⁸.

Pero la solución de facilitar indemnizaciones complementarias en caso de despido nulo evidencia una realidad que es perfectamente aplicable y transportable al despido improcedente: existen daños y perjuicios que no quedan cubiertos por la indemnización tasada del artículo 56 ET³⁴²⁹. Por tanto, puede admitirse que la incompatibilidad de las indemnizaciones supone una evidente renuncia a la pretensión de obtener una tutela adecuada de los trabajadores frente al despido injustificado³⁴³⁰. Al no cubrirse la totalidad de los daños ocasionados con el despido se está incumpliendo el principio básico de resarcimiento integral que inspira la regulación de daños: para ello, se necesita de indemnizaciones complementarias a la establecida por el legislador laboral³⁴³¹.

Asimismo, el sistema indemnizatorio tasado no tiene en consideración la culpabilidad del empresario en su actuación. La indemnización se calcula sobre un criterio objetivo que no valora el comportamiento del empresario: la única forma de superar la incorrecta actuación del empresario sería admitiendo indemnizaciones complementarias. La culpabilidad debe tener repercusión en la responsabilidad patrimonial del empleador: no creemos que deba tener la misma respuesta la actuación del empresario que despide por comportamientos que no poseen suficiente gravedad de aquellos otros comportamientos empresariales de carácter abusivo, fraudulento o arbitrario, inicialmente planeados por el empresario para extinguir la relación laboral con absoluta ausencia de justificación³⁴³². Es más, incluso es posible que la indemnización de la que deba responder el empresario por actuación abusiva o fraudulenta sea inferior a la que deba responder el empresario que despide sin suficiente gravedad, consecuencia de calcular la cuantía económica en función del tiempo de prestación de servicios del trabajador. Sobre el conjunto de criterios a los que podríamos acudir para fijar el montante de la cuantía indemnizatoria adicional en despidos improcedentes hay tres elementos que destacar³⁴³³: elementos de índole personal, de índole laboral y de índole económica.

En definitiva, la indemnización tasada por despido improcedente se transforma en el mecanismo de mayor protección contra el despido sin justa causa. Otorga seguridad jurídica pero disfruta de una gran rigidez que puede ocasionar injusticias en determinados casos concretos. Como consecuencia, sería beneficiosa una reforma que ofreciera mayor flexibilización en su tratamiento legal –incidiendo en la cuantía económica– planteando este tema con sensatez y buscando la necesaria armonía entre la

³⁴²⁸ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, cit., p. 121.

³⁴²⁹ TASCÓN LÓPEZ, R.: “La indemnización adicional en los casos de extinción del contrato de trabajo tras la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva”, en *Actualidad Laboral*, núm. 10, 2009, p. 1135.

³⁴³⁰ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, cit., p. 124.

³⁴³¹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a. F.: “Indemnizaciones tasadas por daños con ocasión de la extinción del contrato de trabajo”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 29, 2005, p. 69. También, BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: “Indemnización por daños y perjuicios derivados de vulneración de derechos fundamentales”, en *Revista de Derecho Social*, cit., p. 67.

³⁴³² GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, cit., p. 129.

³⁴³³ MARÍN MORAL, I.: *La Indemnización por despido*, Pamplona, Aranzadi, 2006, p. 108.

protección del empleo y la protección social. En cualquier caso, creemos que la indemnización por despido no debe censurar una eventual responsabilidad contractual del empresario, y es que, en circunstancias particulares y justificadas, la indemnización por extinción de la relación laboral debería conjugarse con una indemnización adicional por daños y perjuicios originada de la responsabilidad contractual del empresario³⁴³⁴. Existen argumentos más que suficientes para defender indemnizaciones de carácter complementario perfectamente compatibles con el artículo 1101 del Código Civil sobre responsabilidad de carácter contractual³⁴³⁵.

3.4 Salarios de tramitación

Una lógica consecuencia de justicia obliga a que el trabajador recupere los salarios dejados de percibir desde que se ejecutó el despido ilícito³⁴³⁶. Desde la entrada en vigor del artículo 1584 del Código Civil se obliga al patrono o empresario –amo en terminología del citado artículo– al pago de los salarios dejados de percibir a causa del despido injusto. Es el Decreto de 26 de octubre de 1956 quien configura lo que hoy denominamos salarios de tramitación³⁴³⁷, no como verdadero salario, sino como una indemnización de igual cuantía que la de los salarios dejados de percibir. Se refiere a ello el artículo 5.c) del citado texto cuando establece lo siguiente: “*en todos los casos en que se declare el despido improcedente, concederá al trabajador que hubiese sido despedido una indemnización complementaria equivalente al importe de los jornales que hubiere devengado durante la sustanciación del procedimiento*”. Igualmente, nuestro ordenamiento también contempla los denominados salarios de sustanciación que deberán ser abonados en los supuestos de ejecución provisional de la sentencia de despido. La ejecución provisional de la sentencia solo se producirá cuando el despido haya sido calificado improcedente o nulo y se opte por la readmisión del trabajador: en estos casos, y de acuerdo con el artículo 297 LRJS, el empresario “*vendrá obligado, mientras dure la tramitación del recurso, a satisfacer al recurrido la misma retribución que venía percibiendo con anterioridad a producirse aquellos hechos y continuará el trabajador prestando servicios, a menos que el empresario prefiera hacer el abono aludido sin compensación alguna*”.

Sobre la naturaleza jurídica de los salarios de tramitación –salarial o indemnizatoria³⁴³⁸– el despido disciplinario, que establece un acto de autotutela privada,

³⁴³⁴ GIL Y GIL, J. L.: “La indemnización por despido improcedente”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 436.

³⁴³⁵ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, cit., p. 130.

³⁴³⁶ MONTOYA MELGAR, A.: “El despido improcedente y sus efectos”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 530.

³⁴³⁷ Vid. MURCIA CLAVERÍA, A.: *El despido en España: una perspectiva histórica*, cit., p. 99.

³⁴³⁸ Existen estudios detallados sobre esta materia. Al respecto, *vid.* ALTES TARREGA, J. A.: “La naturaleza jurídica de los salarios de tramitación: ¿al fin una cuestión resuelta?”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 1998, pp. 122 y ss. BLASCO PELLICER, A.: “Algunas consideraciones sobre el nuevo régimen jurídico de los salarios de tramitación”, en *Tribuna Social: Revista de seguridad social y laboral*, núm. 147, 2003, pp. 15 y ss. BORRAJO DACRUZ, E.: “Los salarios de tramitación: mito y realidad”, en *Actualidad Laboral*, núm. 1, 2003, pp. 197 y ss. CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Naturaleza jurídica y garantía de pago de los salarios de tramitación: ¿Punto y final al debate sobre dos viejas cuestiones?”, en *Aranzadi Social*, cit., pp. 267 y ss. ESTEVE SEGARRA, A.: *Los salarios de tramitación*, Navarra, Aranzadi, 2009, *passim*. GÁRATE CASTRO, J.: Los salarios de tramitación. Un estudio de las percepciones salariales unidas a la declaración de improcedencia o nulidad

posee fundamentos suficientes para sostener la naturaleza tanto indemnizatoria como salarial de los salarios de tramitación³⁴³⁹. La naturaleza jurídica de tales percepciones es controvertida: diversos autores abogan por su carácter salarial³⁴⁴⁰, otros por su carácter indemnizatorio³⁴⁴¹. Aunque no faltaban resoluciones judiciales que se inclinaban por su naturaleza salarial³⁴⁴², el Tribunal Supremo ha considerado, en general, que poseen naturaleza indemnizatoria: “*la figura de los salarios de tramitación o salarios de trámite tiene una evidente y clara naturaleza indemnizatoria*”³⁴⁴³. Se pretende compensar al trabajador del perjuicio que para él se deriva de este hecho: “*no percibir retribución alguna desde la fecha de tal despido y durante la sustanciación del proceso correspondiente*”³⁴⁴⁴. No obstante, puede localizarse jurisprudencia titubeante sobre la naturaleza de los salarios de tramitación: en algunas sentencias, el Tribunal Supremo se ha inclinado por conceder a los salarios de tramitación carácter salarial³⁴⁴⁵ pero sin imponer esta tesis con la unidad de su doctrina pues han seguido dictándose otras sentencias en las que se admite la naturaleza indemnizatoria³⁴⁴⁶.

Antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, el Tribunal Supremo apoyó la tesis de la naturaleza salarial respaldándose en los siguientes argumentos –amparándose en los artículos 55 y 56 ET, por un lado, y artículo 33 ET, por otro lado–: una interpretación literal de la normativa vigente conduce a apreciar la naturaleza salarial de estos devengos pues el artículo 55.6 ET impone al empresario la obligación de abonar los salarios dejados de percibir en caso de declaración de despido no procedente; y el artículo 56.2 ET manifiesta que “*estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir*”

del despido, cit., *passim*. GÁRATE CASTRO, J.: “Notas sobre la reducción del período de devengo de salarios de tramitación por aplicación del artículo 56, número 2, del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores”, en *Aranzadi social*, núm. 5, 1997, p. 75. GÁRATE CASTRO, J.: “La reforma del régimen jurídico del despido; en particular de los salarios de tramitación”, en *Aranzadi Social*, núm. 1, 2003, p. 281. GÁRATE CASTRO, J.: “La derogación, casi total, de una importante reforma del régimen jurídico del despido que nunca debió producirse. En particular, sobre el general restablecimiento, con algunos cambios, del precedente régimen jurídico de los salarios de tramitación”, en *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, núm. 251, 2003, p. 11.

³⁴³⁹ Para mayor abundamiento, *vid.* GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, cit., pp. 342 y ss.

³⁴⁴⁰ Por ejemplo, MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Despido nulo”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 143. GÁRATE CASTRO, J.: *Los salarios de tramitación. Un estudio de las percepciones salariales unidas a la declaración de improcedencia o nulidad del despido*, cit., pp. 61 y ss.

³⁴⁴¹ Entre ellos, ALONSO OLEA, M.: *El despido*, cit., pp. 174 y 175. En el mismo sentido, sucesivas ediciones de ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M^a. E.: *Derecho del Trabajo*, cit., También MONTOYA MELGAR, A.: “El despido improcedente y sus efectos”, en AA. VV: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., pp. 530 y ss. Asimismo, GIL Y GIL, J. L.: *La prescripción de las faltas laborales*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1993, *passim*.

³⁴⁴² Por ejemplo, STS 9 de abril de 1984 [RJ 1984, 2057], STS 27 de octubre de 1986 [RJ 1986, 5906] y STS 22 de enero de 1988 [RJ 1988, 37].

³⁴⁴³ De entre todas destacar las siguientes sentencias: STS 20 de julio de 2017 [RJ 2017, 4170], STS 12 de marzo de 2013 [RJ 2013, 3650], STS 19 de diciembre de 2011 [RJ 2012, 109], STS 30 de enero de 1991 [RJ 1991, 193], STS 13 de mayo de 1991 [RJ 1991, 3907] y STS 2 de diciembre de 1992 [RJ 1992, 10050]. En este mismo sentido, STSJ Cataluña 19 de junio de 2017 [AS 2017, 1804] y STSJ Madrid 27 de mayo de 2014 [AS 2014, 2865].

³⁴⁴⁴ STS 13 de mayo de 1991 [RJ 1991, 3907].

³⁴⁴⁵ STS 7 de julio de 1994 [RJ 1994, 6351].

³⁴⁴⁶ STS 20 de julio de 2017 [RJ 2017, 4170], STS 14 de marzo de 1995 [RJ 1995, 2010] y STS 4 de marzo de 1997 [RJ 1997, 3039].

abandonando la expresión “*indemnización complementaria*” que se utilizaba en las disposiciones legales anteriores. También se afirma su carácter salarial en el artículo 33.1 ET cuando establece la obligación del Fondo de Garantía Salarial de abonar los “*salarios pendientes de pago*” y, a tal efecto, “*se considera salario la indemnización complementaria por salarios de tramitación*”³⁴⁴⁷. En este sentido parte de la doctrina también sostiene la naturaleza salarial de los mismos. Algunas de las razones se localizan en las siguientes declaraciones³⁴⁴⁸: en primer lugar, por el hecho de que la ley haya abandonado –en el artículo 33.1 ET– la expresión “*indemnización complementaria por salarios de tramitación*” y los denomine “*salarios de tramitación*”, despojando de sentido uno de los razonamientos que se empleaban para conservar la naturaleza indemnizatoria; en segundo lugar, se debe a que mientras en el artículo 56.2 ET se instauraba que el empresario debería sustentar en alta al trabajador en la Seguridad Social durante el período correspondiente a los salarios de tramitación, el legislador ha abolido tal previsión en la actualidad y ha admitido un apartado sexto al artículo 268 TRLGSS, en virtud del cual, en los supuestos a los que se refiere el artículo 56 ET, “*el empresario deberá instar el alta y la baja del trabajador y cotizar a la Seguridad Social durante el período correspondiente a los salarios de tramitación que se considerará como de ocupación cotizada a todos los efectos*”. Por tanto, fortalece el carácter salarial la consideración expresa de los mismos como de ocupación cotizada.

A nuestro juicio, tales salarios de tramitación son estrictamente percepciones económicas de naturaleza salarial³⁴⁴⁹. El despido existe desde que el empresario exterioriza la voluntad de despedir al trabajador, aunque el efecto extintivo perseguido no es automático sino que depende de que se declare judicialmente procedente o que la extinción laboral no sea impugnada en plazo por el empleado, de forma que si se declara el carácter ilegítimo, el contrato de trabajo no se ha extinguido con el acto del despido del empresario³⁴⁵⁰.

Otra parte de la doctrina³⁴⁵¹, mantiene que resulta más persuasiva la naturaleza indemnizatoria de los salarios de tramitación. Argumentación que parte de la base de que el despido es un acto de autotutela privada, pudiéndose extinguir la relación laboral por un negocio jurídico unilateral y extrajudicial, no por obra de la decisión del juez. Y es que, la declaración unilateral del empleador produce efectos sustanciales y extingue la relación jurídica. Una vez resuelta la relación laboral, el ordenamiento jurídico otorga al trabajador el contrapoder de impugnar el acto de autotutela privada del empresario. Si no lo impugna deviene procedente, por más que la extinción de la relación laboral fuese improcedente o nula. A su vez, la sentencia ulterior que declara la procedencia del despido no solventa el vínculo sino que reconoce la legitimidad de un acto que ocasionó

³⁴⁴⁷ STS 7 de julio de 1994 [RJ 1994, 6351].

³⁴⁴⁸ BLASCO PELLICER, A.: “Algunas consideraciones sobre el nuevo régimen jurídico de los salarios de tramitación”, en *Tribunal Social*, cit., pp. 26 y 27.

³⁴⁴⁹ Vid. MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Despido nulo”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) et al: *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 143.

³⁴⁵⁰ GÁRATE CASTRO, J.: *Los salarios de tramitación. Un estudio de las percepciones salariales unidas a la declaración de improcedencia o nulidad del despido*, cit., p. 62.

³⁴⁵¹ GIL Y GIL, J. L.: “La indemnización por despido improcedente”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) et al: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., pp. 421 y 422.

ya sus efectos en el plano sustancial³⁴⁵². Si esto es así, no parece apropiado mantener que, en los supuestos de despido disciplinario nulo o improcedente, el vínculo jurídico no se ha roto sino tan sólo suspendido. El hecho de que la relación jurídica se encuentre ya fracturada durante el proceso es una razón más para acoger la doctrina del Tribunal Supremo sobre la naturaleza indemnizatoria y no salarial respecto de los salarios de trámite³⁴⁵³. Desde un punto de vista dogmático, el deber empresarial de sufragar los salarios al trabajador despedido –sin justa causa– aparece como consecuencia de una sanción que, en cuanto no va acompañada de contraprestación, tiene carácter compensatorio y extrasalarial³⁴⁵⁴. Pese a su denominación los salarios de tramitación no constituyen una percepción salarial, de acuerdo con la definición del artículo 26.1 ET, porque no suponen una contraprestación por el trabajo prestado. Además, el inciso final del artículo 56.2 ET admite al empresario un descuento o exoneración en el pago de los salarios de tramitación desde el momento en que el trabajador posea otro empleo si la ocupación es anterior a la sentencia y prueba lo percibido por éste³⁴⁵⁵. Continúa la doctrina jurídica razonando, al amparo del concepto indemnizatorio de los salarios de tramitación, que los argumentos del Tribunal Supremo con los que asentar el carácter salarial de los mismos son suficientemente frágiles por las siguientes causas: en primer lugar, porque las normas laborales que aluden a salarios para referirse a los de tramitación han convivido tradicionalmente con otros preceptos que se han referido a ellos como una indemnización. Así, aunque el artículo 55.6 ET se refiere a los “*salarios dejados de percibir*”, el artículo 56.2 ET alude a una “*cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir*”, sin manifestarse acerca de la naturaleza jurídica de la misma; en segundo lugar, al Fondo de Garantía Salarial no sólo le incumbe abonar salarios sino también compensaciones indemnizatorias³⁴⁵⁶; en tercer lugar, el que deba cotizarse por ellos no debe implicar que sean salarios. Un ejemplo se localiza en la integración de la base de cotización a la Seguridad Social que se rige por criterios tributarios y no salariales, siendo posible que participen en esta integración, cantidades que no son salario y, por el contrario, que se consideren exentas otras que sin duda tienen esta naturaleza³⁴⁵⁷. La cotización a la Seguridad Social será una consecuencia de la naturaleza salarial más que una razón para postular la misma; en cuarto lugar, el propio Tribunal Supremo ha seguido refiriéndose en reiteradas ocasiones al carácter indemnizatorio de los salarios de tramitación³⁴⁵⁸. Si los salarios de tramitación fuesen

³⁴⁵² Por ello, el artículo 55.7 ET dispone que “*el despido procedente convalidará la extinción del contrato de trabajo que con aquél se produjo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación*”.

³⁴⁵³ DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Despido y jurisprudencia: La extinción del contrato de trabajo en la unificación de doctrina*, cit., p. 63. DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Sistema de derecho civil, Volumen I (Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica)*, cit., p. 63.

³⁴⁵⁴ SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Unificación de doctrina sobre los salarios de tramitación”, en GÁRATE CASTRO, J. (Coord.) *et al: Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario: estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor “honoris causa” por la Universidad de Santiago de Compostela*, cit., pp. 326 y 327.

³⁴⁵⁵ MONTOYA MELGAR, A.: “El despido improcedente y sus efectos”, en AA. VV: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., pp. 532 y ss.

³⁴⁵⁶ SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Unificación de doctrina sobre los salarios de tramitación”, en GÁRATE CASTRO, J. (Coord.) *et al: Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario: estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor “honoris causa” por la Universidad de Santiago de Compostela*, cit., p. 326

³⁴⁵⁷ GIL Y GIL, J. L.: “La indemnización por despido improcedente”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., pp. 422 y 423.

³⁴⁵⁸ SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Unificación de doctrina sobre los salarios de tramitación”, en GÁRATE CASTRO, J. (Coord.) *et al: Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario: estudios*

verdaderos salarios –en lugar de indemnizaciones que compensan el salario perdido– serían debidos por el empleador con independencia de que el trabajador percibiera otra remuneración o prestación superpuesta en el tiempo al que teóricamente corresponde el devengo de aquéllos³⁴⁵⁹.

Profundizando en materia, es fundamental hacer referencia a la reforma laboral del año 2012³⁴⁶⁰, que abole los salarios de tramitación en despidos improcedentes en los que se opte por la extinción indemnizada del contrato de trabajo. Así, la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, ha suprimido los salarios de tramitación cuando en el despido no procedente, se opte por la indemnización y no por la readmisión del trabajador en la empresa –lo que supone una importante consideración para respaldar, una vez más, la naturaleza salarial y no indemnizatoria de los salarios de tramitación–. Además, no existe discriminación inconstitucional contraria al artículo 14 CE entre trabajadores con despido nulo o improcedente con readmisión –que sí cobran salarios de tramitación– y trabajadores despedidos improcedentemente sin readmisión –que no cobran salarios de tramitación– pues quiebra el presupuesto de igualdad sustancial entre los contratados³⁴⁶¹.

En el artículo 56.2 ET nada se dice de los salarios de tramitación en supuestos de extinción indemnizada a diferencia de los supuestos de readmisión del trabajador a los que sí se refiere expresamente³⁴⁶². El preámbulo de Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, sí que los menciona intencionadamente al disponer que junto a la supresión del “*despido exprés*” se introducen otras modificaciones en las normas “*que aluden a los salarios de tramitación, manteniendo la obligación empresarial de abonarlos únicamente en los supuestos de readmisión del trabajador, bien cuando el empresario escoja esa opción ante un despido declarado improcedente, bien como consecuencia de la calificación de nulidad del mismo*”. Por tanto, en los despidos improcedentes en los que el empresario opte por la indemnización, no es necesario el abono de los salarios de tramitación³⁴⁶³. Esta afirmación se justifica legalmente porque la alusión al tiempo de duración del proceso judicial no es criterio adecuado para compensar el perjuicio que supone la pérdida del empleo, máxime teniendo en cuenta que el trabajador puede acceder a la prestación de desempleo –paro– desde el mismo momento en que tiene efectividad la decisión extintiva. Esta supresión de los salarios de tramitación cuando se opte por la indemnización no afecta a los derechos de los representantes legales a los que sí que se les deberá abonar tales salarios de trámite. Como es sabido, la anterior redacción del artículo 56.2 ET³⁴⁶⁴, antes de la reforma citada, permitía entender finalizada la relación laboral en la fecha del despido cuando el empresario reconociera la improcedencia del

ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor “*honoris causa*” por la Universidad de Santiago de Compostela, cit., p. 326

³⁴⁵⁹ MONTOYA MELGAR, A.: “El despido improcedente y sus efectos”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 532.

³⁴⁶⁰ Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

³⁴⁶¹ Vid. SEMPERE NAVARRO, A. V.: “La permanente reforma del despido: últimos hitos”, en *Revista internacional de ciencias sociales*, núm. 32, 2013, pp. 42 y 43.

³⁴⁶² CRISTÓBAL RONCERO, R.: “RD 418/2014, de 6 de junio, por el que se modifica el procedimiento de tramitación de las reclamaciones al Estado por salarios de tramitación en juicios de despido (BOE 18-6-2014)”, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 167, 2014, pp. 195 y ss.

³⁴⁶³ SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Desaparición del despido exprés y reducción de los costes del despido”, en *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 13, 2013, pp. 105 y ss.

³⁴⁶⁴ Vid. GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, cit., p. 25.

mismo depositando la indemnización en el Juzgado de lo Social³⁴⁶⁵. Con este *modus operandi*, cuando la sentencia posterior fuera declarada improcedente, la condena en salarios de tramitación se limitaba a los devengados desde la fecha del despido hasta la fecha del depósito, salvo que la indemnización se pusiera a disposición antes de la finalización de las 48 horas siguientes al despido, en cuyo caso no se devengaba cantidad alguna, lo que consecuentemente hacía desaparecer por completo los salarios de tramitación³⁴⁶⁶. Como resultado se produjo una mayor expansión de la descausalización del despido y de su vinculación con la ausencia del control judicial, lo que ha terminado por simplificar la figura extintiva disciplinaria a un mero planteamiento económico³⁴⁶⁷. Descausalización y desjudicialización que se convierten en elementos propios de la actual regulación del despido³⁴⁶⁸.

De acuerdo con el artículo 56.2 ET, “*en caso de que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación*”. Estos salarios por tramitación se prolongan desde “*la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación*”³⁴⁶⁹.

En el cómputo de los salarios de tramitación, la sentencia cuya notificación al empresario pone límite a los salarios de tramitación, es la primera sentencia que de forma imperante declare la improcedencia del despido³⁴⁷⁰. El legislador ha pretendido exonerar a las empresas de aquella parte de los salarios de tramitación que excedan de lo que consideró espacio de tiempo razonable para dejar definitivamente resuelta la acción de despido, sin distinguir en absoluto entre si esta decisión definitiva es la recaída en la instancia o lo es en ulteriores grados jurisdiccionales como consecuencia de la posibilidad que a las partes se reconoce de interponer los recursos legales³⁴⁷¹.

La regla general sobre la cuantía de los salarios de trámite se establece en el artículo 56.2 ET: “*estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo*”. La cuantía de los salarios dejados de ingresar será el cómputo total que dimana de multiplicar el salario diario del trabajador despedido por el número de días transcurridos desde la

³⁴⁶⁵ MORELO MARAÑÓN, M^a. L.: “Salarios de tramitación y régimen de despido”, en *Aranzadi Social*, núm. 5, 2003, p. 629.

³⁴⁶⁶ BLASCO PELLICER, Á.: *La extinción del contrato de trabajo en la reforma laboral de 2012*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 15.

³⁴⁶⁷ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, cit., p. 25.

³⁴⁶⁸ LAHERA FORTEZA, J.: “Las paradojas del despido libre pagado (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2008, recurso 1689/2007)”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 2009, pp. 619 y ss.

³⁴⁶⁹ Una vez que la sentencia es firme, de haberse optado por la readmisión del trabajador, la deuda se extiende hasta la fecha en la que tenga lugar la readmisión del trabajador, salvo que la efectividad de la reincorporación se retrase por causas imputables al trabajador –artículo 278 LRJS–.

³⁴⁷⁰ ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al: Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 316.

³⁴⁷¹ STS 26 de febrero de 2008 [RJ 2008, 3037]. SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Desaparición del despido exprés y reducción de los costes del despido”, en *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, cit., pp. 105 y ss.

efectividad del despido hasta la notificación de la resolución judicial³⁴⁷². No obstante, localizamos ocasiones en las que se presentan determinadas singularidades. En los despidos de los trabajadores contratados temporalmente, cuando el despido de un trabajador temporal se produce y es declarado improcedente, los salarios de tramitación solo alcanzan hasta el momento en que dicho contrato debió de extinguirse por alguna de las causas legales o pactadas que válidamente producen su extinción³⁴⁷³. También como singularidad especial de los salarios de trámite, en supuestos de excedencia, cuando se produce un cese o despido, el trabajador no puede quedar en una situación más favorable o ventajosa que la propia de la excedencia en que se encontraba³⁴⁷⁴, por lo que no procede la condena al empresario de los salarios de tramitación³⁴⁷⁵. Todo cuanto se ha expresado pone de manifiesto que, en esta materia, no es posible establecer una regla general que dé solución a todas las cuestiones, sino que, por el contrario, es necesario tener en cuenta especialmente las circunstancias concurrentes en cada caso pues tales circunstancias particulares son de importancia clave para adoptar en cada uno de esos casos la decisión correcta.

Para delimitar la base del cálculo de los salarios de tramitación –regla general– actúan los mismos criterios que para especificar la base del cálculo de la indemnización³⁴⁷⁶: los emolumentos que se deberán de tener en cuenta para el cálculo del salario de tramitación será el sueldo que correspondería percibir al trabajador al momento del despido –salario base y complementos de carácter salarial, incluidas las horas extraordinarias³⁴⁷⁷–; en trabajadores con jornada transitoria reducida y a desemejanza del cálculo a efectos de indemnización, para el cómputo de los salarios de tramitación, el salario que se deberá tener en cuenta es el pertinente a la jornada reducida³⁴⁷⁸. Doctrina anterior que no se aplica a los supuestos de reducción de jornada previstos en los apartados 5, 6 y 7 del artículo 37 ET –reducciones de jornada como medida de conciliación de vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género–; e igualmente a los supuestos de ejercicio a tiempo parcial de suspensión del contrato de los artículos 48.6 y 48.7 ET: en los supuestos precitados, el salario a tener en cuenta a efectos del cálculo de la indemnización será el que hubiera correspondido al trabajador sin considerar la reducción de jornada efectuada, siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha reducción –disposición adicional decimonovena ET–.

Los aumentos salariales posteriores al despido no afectan a los salarios de tramitación: no puede sostenerse la actualización como consecuencia de los sucesivos incrementos salariales producidos por disposición legal o por convenio colectivo, pues el incremento posterior no afecta a la indemnización del despido fijada en sentencia, ni a los salarios de tramitación o de sustanciación devengados después de la misma. Las cantidades indicadas son compensaciones o indemnizaciones tasadas previamente

³⁴⁷² ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al*: *Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 317.

³⁴⁷³ STS 23 de julio de 2009 [RJ 2009, 6130].

³⁴⁷⁴ STS 14 de octubre de 2005 [RJ 2005, 7868].

³⁴⁷⁵ TOLOSA TRIBIÑO, C.: *Despido: comentarios, jurisprudencia, formularios*, cit., p. 234.

³⁴⁷⁶ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al*: *Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 1070.

³⁴⁷⁷ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, cit., p. 355.

³⁴⁷⁸ STS 15 de octubre de 1990 [RJ 1990, 7685]. En este mismo sentido, STSJ Comunidad Valenciana 9 de marzo de 2007 [AS 2007, 1870] y STSJ Andalucía/Granada 20 de julio de 2011.

fijadas por la ley –que no *restitutio in integrum*– y que permanecen inalterables a los daños y perjuicios originados³⁴⁷⁹. Sin embargo, sí se permite la reclamación de las desavenencias resultantes de los efectos retroactivos de aumentos salariales establecidos por convenio colectivo; además si el salario percibido con anterioridad a la fecha del despido no fuese adecuado a la ley, convenio o al contrato, el trabajador podrá reclamar las diferencias que puedan existir a su favor, pues en tal caso, el proceso no guarda la identidad exigida por el artículo 1252 del Código Civil para poder apreciar la excepción de cosa juzgada³⁴⁸⁰. Es doctrina jurisprudencial unificada la que sostiene que cuando el convenio, con efectos retroactivos, establece una determinada fecha de vigencia en materia salarial, ésta es aplicable a todos los trabajadores que en tal fecha prestaban sus servicios en la empresa aunque los contratos se hubieran extinguido antes de la publicación del convenio³⁴⁸¹.

Sobre los salarios de tramitación en situación de incapacidad temporal, si el empleado ha sido despedido improcedentemente o si ha sido despedido durante el período de tiempo en el que se tramitaba el proceso para ese fin, la Entidad Gestora deberá satisfacer la prestación pertinente sin que corresponda al empresario abonar salarios de tramitación relativos a ese período de incapacidad temporal³⁴⁸². Lo que procede aclarar es, si cuando un trabajador es despedido mientras se encuentra en situación de incapacidad temporal y el despido es declarado improcedente, durante el procedimiento resultará acreedor de los salarios de tramitación, en los términos y con el alcance previsto en el artículo 56.2 ET, a cargo del empresario o, por el contrario, desaparece esta obligación al percibir el trabajador en ese tiempo las prestaciones correspondientes a la incapacidad temporal. La cuestión así planteada ha sido ya unificada: corresponde a la Entidad Gestora de la Seguridad Social el abono de las prestaciones económicas derivadas de la incapacidad temporal cuando ésta se ha producido durante el período en que el trabajador tiene derecho al percibo de salarios de tramitación por despido improcedente³⁴⁸³, solución aplicable y con idéntica razón a los supuestos en los que la incapacidad temporal se había iniciado antes de la fecha del despido³⁴⁸⁴. En definitiva, si la incapacidad temporal suspende el contrato de trabajo y esta suspensión exonera de las obligaciones de trabajar y –la más importante– de remunerar el trabajo, es claro que cuando el despido se produce en ese tiempo en que no son debidos los salarios, tampoco cabe imponer a la empresa el abono de los de tramitación en el tramo temporal que coincidan despido con la incapacidad temporal y con las prestaciones debidas por esta contingencia³⁴⁸⁵. Pero si el empresario complementaba la prestación por incapacidad temporal, el trabajador sí podrá interpedarla, siendo la reclamación de la mejora un procedimiento diferente al del

³⁴⁷⁹ STS 7 de diciembre de 1990 [RJ 1990, 9760].

³⁴⁸⁰ STS 7 de diciembre de 1990 [1990, 9760] y Auto TS 21 de diciembre de 1998 [RJ 1999, 310]. En este mismo sentido, STSJ Madrid 17 de septiembre de 2002 [AS 2002, 3314] y STSJ Andalucía/Sevilla 7 de junio de 2000 [JUR 2001, 1655].

³⁴⁸¹ STS 13 de noviembre de 2007 [RJ 2007, 9214] y STS 22 de julio de 1997 [RJ 1997, 5710]. En este sentido, STSJ Madrid 23 de octubre de 2006 [AS 2007, 180].

³⁴⁸² ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al*: *Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 317.

³⁴⁸³ STS 4 de julio de 2007 [RJ 2007, 7378]. En este mismo sentido, STSJ Extremadura 7 de marzo de 2017 [JUR 2017, 83185], STSJ Canarias/Las Palmas 26 de febrero de 2013 [JUR 2013, 162607] y STSJ Madrid 20 de febrero de 2013 [AS 2013, 914].

³⁴⁸⁴ STS 6 de julio de 2005 [RJ 2005, 7326].

³⁴⁸⁵ STS 15 de septiembre de 2010 [RJ 2010, 7424] y STS 28 de febrero de 2000 [RJ 2000, 2250].

despido pues esta exigencia es de Seguridad Social, acumulación a la pretensión de despido prohibida expresamente por el actual artículo 25 LRJS³⁴⁸⁶.

La situación de incapacidad laboral y el abono de los salarios de trámite por la empresa son situaciones incompatibles entre sí: de reconocerse la compatibilidad entre ambos conceptos, decaería la finalidad del abono del subsidio por incapacidad que consiste en reparar el estado de necesidad económica en que se encuentra quién, por estar imposibilitado para el trabajo, carece de otro tipo de rentas al tiempo que su percepción significaría un enriquecimiento injusto. No obstante, aunque sean incompatibles entre sí ha de ser el Instituto Nacional de Seguridad Social quién se encuentra obligado al pago de la prestación correspondiente –siendo exonerada la empresa–: el subsidio de incapacidad temporal es una prestación contributiva que se otorga a quien se encuentra imposibilitado para trabajar y necesita recibir asistencia médica; por tanto, se exonera al trabajador y al empresario de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo³⁴⁸⁷. En otros términos, si el trabajador se encontrara en estado de incapacidad temporal en el momento de manifestarse la extinción de la relación laboral o durante la tramitación del proceso de despido, desaparece el deber de satisfacer los salarios de tramitación durante el período en el que se estén percibiendo prestaciones por incapacidad temporal³⁴⁸⁸. En definitiva, durante la situación de incapacidad temporal, maternidad o paternidad, ante el percibo de prestaciones de Seguridad Social o prestaciones sustitutivas del salario, el trabajador no tiene derecho a los salarios de tramitación por tratarse de percepciones incompatibles³⁴⁸⁹.

Cuando el empleado percibe percepciones económicas, una, en concepto de salarios de tramitación y, otra, en concepto de prestación por desempleo, es evidente que se genera una desavenencia jurídica: obviamente, no es lógico que el trabajador perciba, de manera simultánea, salarios de tramitación y rentas sociales de desempleo destinadas precisamente a suplir la carencia de las rentas salariales o de los conceptos indemnizatorios a cargo del empresario asimiladas al salario³⁴⁹⁰. De acuerdo con el artículo 111.1.b) LRJS, “cuando la opción del empresario hubiera sido por la indemnización, tanto en el supuesto de que el recurso fuere interpuesto por éste como por el trabajador, no procederá la readmisión mientras penda el recurso, si bien durante la tramitación del recurso el trabajador se considerará en situación legal de desempleo involuntario”. Esta expresa atribución a la condición de desempleo revela, inequívocamente, el propósito de la ley de excluir el pago de salarios de tramitación en los procesos laborales impugnatorios. Esta incompatibilidad de los salarios de tramitación con las prestaciones de desempleo durante el mismo lapso de tiempo se exterioriza en el artículo precitado cuando continúa disponiendo que el empresario

³⁴⁸⁶ STS 25 de junio de 2008 [RJ 2008, 4235] y STS 18 de septiembre de 2006 [RJ 2006, 8742].

³⁴⁸⁷ SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Unificación de doctrina sobre los salarios de tramitación”, en GÁRATE CASTRO, J. (Coord.) *et al: Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario: estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor “honoris causa” por la Universidad de Santiago de Compostela*, cit., p. 330.

³⁴⁸⁸ STS 4 de julio de 2007 [RJ 2007, 7378], STS 6 de julio de 2005 [RJ 2005, 7326], STS 28 de mayo de 1999 [RJ 1999, 5002], STS 16 de junio de 1994 [RJ 1994, 5442] y STS 17 de enero de 1995 [RJ 1995, 356]. En este mismo sentido, STSJ Extremadura 7 de marzo de 2017 [JUR 2017, 83185] y STSJ Canarias/Las Palmas 26 de febrero de 2013 [JUR 2013, 162607].

³⁴⁸⁹ POQUET CATALÁ, R.: “Los salarios de tramitación en concurrencia con otras rentas”, en *Actualidad Laboral*, núm. 18, 2009, p. 2204.

³⁴⁹⁰ TOLOSA TRIBIÑO, C.: *Despido: comentarios, jurisprudencia, formularios*, cit., p. 238.

“podrá cambiar el sentido de su opción y, en tal supuesto, la readmisión retrotraerá sus efectos económicos a la fecha en que tuvo lugar la primera elección, deduciéndose de las cantidades que por tal concepto se abonen las que, en su caso, hubiera percibido el trabajador en concepto de prestación por desempleo”. Los efectos económicos de la readmisión pretenden –fundamentalmente– satisfacer al trabajador la misma retribución que venía percibiendo con anterioridad lo que viene a ser equivalente a los salarios de tramitación³⁴⁹¹. Dicha prestación por desempleo en despidos improcedentes –con readmisión– se considerará indebida por causa no imputable al trabajador. Realmente, en estos casos, no estamos ante una absoluta situación de incompatibilidad entre salarios de tramitación y desempleo; más bien, se trata de una incompatibilidad relativa pues ambas cuantías no pueden coincidir al mismo tiempo: la prestación por desempleo debe disfrutarse una vez que haya finalizado el cobro de los salarios de tramitación pretendiéndose una eficaz distribución en el tiempo de las rentas a las que accede el trabajador³⁴⁹². Además, no debemos obviar que los salarios de tramitación implican el posterior incremento de la prestación por desempleo al tener que cotizarse por los mismos³⁴⁹³: la afirmación anterior con efectos prácticos cuando la readmisión finalice en auto de incidente de no readmisión, pues con la reforma laboral de 2012, cuando la alternativa elegida por el empresario sea la indemnización, no habrá derecho a salarios de tramitación –a excepción del despido improcedente de representante legal de los trabajadores o delegado sindical–.

El período de tiempo de los salarios de tramitación puede quedar reducido cuando el trabajador despedido hubiera conseguido otro empleo –compensación de lo retribuido–. Si el trabajador despedido ha trabajado para otra empresa en todo o parte de ese lapso de tiempo y ha cobrado la pertinente remuneración económica, para la jurisprudencia –cosa que ponemos en duda– es obvio que, en cuanto al montante de ésta, no ha existido perjuicio alguno para el trabajador; y si no hay perjuicio no puede haber tampoco resarcimiento³⁴⁹⁴. En estos casos desaparece la *ratio legis*: el fundamento esencial y legal que justifica la existencia de la obligación de satisfacer los salarios de tramitación; y al desaparecer la causa que la justifica esta obligación no puede existir, al menos, en la cuantía coincidente³⁴⁹⁵. Por tanto, la cantidad económica percibida con el empleo obtenido una vez despedido el trabajador se utilizará para su descuento de los salarios de tramitación³⁴⁹⁶.

Para el descuento de los salarios de tramitación el artículo 56.2 ET exige la concurrencia de dos requisitos: que el trabajador hubiera encontrado otro empleo y que sea el empresario quién acredite la existencia de remuneraciones económicas a favor del trabajador despedido. La razón de descuento se localiza en la desaparición de la *ratio legis*³⁴⁹⁷.

³⁴⁹¹ STS 20 de octubre de 2009 [RJ 2010, 61].

³⁴⁹² GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, cit., p. 383.

³⁴⁹³ RABANAL CARBAJO, P.: “Desempleo y salarios de tramitación”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 74, 2008, p. 172.

³⁴⁹⁴ STS 19 de diciembre de 2011 [RJ 2012, 109].

³⁴⁹⁵ STS 19 de mayo de 1994 [RJ 1994, 4284].

³⁴⁹⁶ POQUET CATALÁ, R.: “Los salarios de tramitación en concurrencia con otras rentas”, en *Actualidad Laboral*, cit., pp. 2186 y ss.

³⁴⁹⁷ Vid. BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J.: “Artículo 56. Despido improcedente”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al: El nuevo Estatuto de los Trabajadores*.

El primer requisito, cuando el artículo 56.2 ET recoge la expresión “*hubiera encontrado otro empleo*”, es patente que ese “*hubiera*” manifiesta que el trabajador no ocupaba ese empleo con anterioridad al despido. En efecto no se contempla el supuesto del pluriempleado que es despedido de una de las empresas en las que presta sus servicios a cambio de una contraprestación económica sino que el precepto se refiere al trabajador, pluriempleado o no, que comienza a trabajar en un nuevo empleo en tiempo posterior al despido. El descuento de la percepción económica que el trabajador despedido hubiera podido conseguir no solo se refiere al trabajo por cuenta ajena sino también a ingresos que el trabajador podría obtener efectuando cometidos por cuenta propia. De aquí que, si durante la tramitación del despido el trabajador ha conseguido ingresos por vía de empleo o colocación en otra empresa, el artículo 56 ET autoriza el descuento correspondiente de esos salarios. No hay razón para seguir una interpretación literal del precepto citado lo que permite extender su contenido a los supuestos en los que el empleado despedido consigue retribuciones por cuenta propia durante el período de tramitación³⁴⁹⁸: no se deberá descontar de los salarios de tramitación si las actividades por cuenta propia eran anteriores al despido. Diferente es que pueda demostrarse que tras el despido del trabajador, el mismo ha desarrollado una dedicación superior al trabajo por cuenta propia –que ya venía ejecutando con anterioridad al despido– lo que le ha posibilitado obtener un mayor número de ingresos económicos por la actividad autónoma ejecutada lo que, en este supuesto concreto, sí permitirá su descuento³⁴⁹⁹.

El segundo requisito se refiere al sujeto que ha de justificar la colocación del trabajador despedido en un nuevo empleo: es el empresario quién deberá acreditar la existencia de remuneraciones económicas a favor del trabajador despedido por el desempeño de otro empleo así como la cantidad económica que ingresa. Sin embargo, lo lógico será que el empresario revele que el trabajador despedido posee otro empleo sin que pueda probar la cantidad económica que percibe³⁵⁰⁰. Si se prueba por el empresario la prestación de trabajo del empleado despedido en un período simultáneo con el cubierto por los salarios de tramitación, emana la presunción de que se ha percibido por el trabajador –como poco– el salario mínimo interprofesional; frente a esta presunción es el empleado el que debe demostrar la existencia de coyunturas que han precisado el abono de una retribución menor³⁵⁰¹. En tal caso, recae sobre el empresario la carga de probar el importe percibido sirviéndose de cuantos medios de prueba obren en su poder –que se libre oficio a la Tesorería General de la Seguridad Social solicitando el último parte de alta del trabajador; y a la Oficina Pública de Empleo certificado de vida laboral del trabajador o actividad profesional como autónomo, entre otras pruebas–³⁵⁰². Generalmente se deducirá la cantidad que resulte de aplicar el salario mínimo interprofesional y las correspondientes partes proporcionales de las pagas extraordinarias al período que se acredita como trabajado en otra empresa.

Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, cit., p. 796.

³⁴⁹⁸ STS 22 de marzo de 1999 [RJ 1999, 2210]. En este mismo sentido, STSJ Galicia 29 de septiembre de 2011 [AS 2011, 2872].

³⁴⁹⁹ STSJ Galicia 29 de septiembre de 2011 [AS 2011, 2872], STSJ Aragón 26 de enero de 2011 [JUR 2011, 243977] y STSJ Cataluña 8 de marzo de 2007 [JUR 2007, 273510].

³⁵⁰⁰ ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al: Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 319.

³⁵⁰¹ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 268.

³⁵⁰² STS 22 de marzo de 1999 [RJ 1999, 2210].

Es así, porque en los supuestos normales de prestación de trabajo la retribución no puede ser inferior al del salario mínimo interprofesional de acuerdo con las normas imperativas de carácter general. Frente a esta presunción que establece una percepción mínima a efectos de la aplicación del descuento es el trabajador el que debe probar la existencia de circunstancias que han determinado el abono de una retribución menor. Para demostrar lo contrario el trabajador podrá valerse de múltiples medios probatorios: prueba documental, prueba de interrogatorio de la parte o prueba testifical³⁵⁰³.

En caso de que lo ingresado en el nuevo empleo sea superior a lo que percibía en el anterior, el descuento de los pertinentes salarios de tramitación deberá hacerse por períodos trabajados en la otra empresa pero sobre la base del salario diario identificado en la sentencia y no por las sumas globales percibidas en el otro empleo; de lo contrario, el empresario podría verse favorecido. Se pretende resarcir al trabajador despedido de su pérdida de retribución durante un período concreto: el que media entre la fecha de despido y durante la sustanciación del proceso con un límite temporal situado al momento en que el trabajador hubiere encontrado otro empleo –artículo 56.2 ET–. Entender lo contrario nos llevaría al absurdo de que la empresa que ha despedido ilícitamente al empleado pudiera verse beneficiada en el descuento cuando la retribución percibida por el trabajador en el nuevo empleo es superior a la que percibía en la empresa que le despidió ilícitamente y que además es responsable de su abono. El espíritu de la norma no es otro que el de resarcir al trabajador despedido los salarios correspondientes al período no percibido y no trabajado en otra empresa³⁵⁰⁴.

Ha de advertirse con carácter cautelar que la doctrina no parece terminada: por un lado, si se acredita que el trabajador ha cobrado por debajo del salario mínimo interprofesional, resultaría cuanto menos paradójico que se concediera virtualidad a lo alegado a estos efectos pues se estarían incumpliendo normas laborales; por otra parte, si se demuestra que procedía la aplicación de norma sectorial u otro tipo de acuerdo colectivo previendo retribuciones superiores al salario mínimo interprofesional, no se entendería la abstracción producida de tal dato a la hora de que las percepciones económicas de los trabajadores –artículo 26.1 ET– fijadas a través de los cauces habilitados al efecto –artículo 3 ET– adquieran funcionalidad más allá de la mera relación bilateral entre el trabajador y la empresa. En otros términos, no acaba de comprenderse que a partir de la demostración del desarrollo de una actividad laboral solo pueda presumirse la percepción de salario mínimo interprofesional³⁵⁰⁵ y no la de lo legalmente exigible³⁵⁰⁶.

Por último, se revelan proposiciones doctrinales contrarias a entender que deban restarse los salarios de este nuevo empleo de los salarios de tramitación del trabajador despedido. Estos planteamientos, desde luego, presentan un evidente acierto, pues si bien es cierto que estamos ante el cobro de dos rentas, éstas se deben por títulos

³⁵⁰³ STS 10 de octubre de 2007 [RJ 2007, 8488] y STS 21 de julio de 2011 [RJ 2011, 6822]. En este mismo sentido, STSJ Cataluña 6 de septiembre de 2012 [AS 2013, 70], STSJ Asturias 13 de abril de 2012 [AS 2012, 927] y STSJ Castilla y León/Burgos 18 de junio de 2012 [JUR 2012, 220778].

³⁵⁰⁴ STS 18 de abril de 2007 [RJ 2007, 3540].

³⁵⁰⁵ STS 10 de octubre de 2007 [RJ 2007, 8488]. En este mismo sentido, STSJ Asturias 13 de abril de 2012 [AS 2012, 927] y STSJ Murcia 15 de junio de 2009 [JUR 2009, 310676].

³⁵⁰⁶ SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Unificación de doctrina sobre los salarios de tramitación”, en GÁRATE CASTRO, J. (Coord.) *et al: Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario: estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor “honoris causa” por la Universidad de Santiago de Compostela*, cit., p. 329.

jurídicos diferentes, sin que ninguno de los dos sea injusto. Es más, si hay una verdadera situación que favorezca al empleador, esa es la de que pese a su actuación ilícita, el legislador decide compensarle deduciendo de los salarios de tramitación la diligencia del empleado en buscar un nuevo empleo³⁵⁰⁷. Lo anterior lo volvemos a conectar con la percepción indemnizatoria de los salarios de tramitación que la jurisprudencia defiende: en efecto, si para la doctrina judicial los salarios de tramitación poseen carácter indemnizatorio y no salarial –como nosotros estimamos–, ¿por qué el salario obtenido por otra actividad –propia o ajena– debe descontarse de los salarios de tramitación que, reiteramos, para la jurisprudencia poseen carácter indemnizatorio?

3.5 Salarios de tramitación imputados al Estado

La ordenación normativa de la reclamación al Estado del pago de los salarios de tramitación se regula en los artículos 56.6 ET y 116 a 119 LRJS, completándose con lo previsto en el Real Decreto 418/2014, de 6 de junio, por el que se modifica el procedimiento de tramitación de las reclamaciones al Estado por salarios de tramitación en juicios por despido³⁵⁰⁸. Como punto de partida destacar que la presencia de una dilación considerada objetiva y apriorísticamente excesiva por el legislador, hará nacer para el Estado la obligación de resarcir los perjuicios causados al empresario³⁵⁰⁹.

Cuando la sentencia que por primera vez declare la improcedencia del despido se dicte una vez acontecidos más de noventa días hábiles desde la fecha en que se interpuso la demanda, el empleador, una vez firme aquella, podrá exigir del Estado el abono de los salarios de tramitación sufragados al trabajador en la cantidad que corresponda al tiempo que exceda de dichos noventa días. En otros términos, la responsabilidad del Estado se propaga a los salarios comprendidos entre el día noventa y uno y el de notificación de la sentencia³⁵¹⁰. En concreto, el artículo 116.1 LRJS dispone que *“si, desde la fecha en que se tuvo por presentada la demanda por despido, hasta la sentencia del juzgado o tribunal que por primera vez declare su improcedencia, hubiesen transcurrido más de noventa días hábiles, el empresario, una vez firme la sentencia, podrá reclamar al Estado los salarios pagados al trabajador que excedan de dicho plazo”*. Y el apartado 2 establece que en los supuestos de *“insolvencia provisional del empresario, el trabajador podrá reclamar directamente al Estado los salarios a los que se refiere el apartado anterior, que no le hubieran sido abonados por aquél”*.

Se contempla un incremento de sesenta a noventa días hábiles del plazo que posee el juzgado o tribunal para promulgar sentencia que declare la improcedencia del despido desde que se presentó la demanda. Reforma introducida por la disposición final decimocuarta del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad. El objetivo de la medida es el ahorro de costes para el erario público siendo más simbólica que efectiva: los supuestos en los que podía solicitarse la responsabilidad al Estado se han visto

³⁵⁰⁷ GONZÁLEZ VELASCO, J. y VIVES USANO, M^a. P.: “Despido, segundo empleo y enriquecimiento injusto”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 1997, pp. 602 y ss.

³⁵⁰⁸ Publicado en Boletín Oficial en fecha de 24 de junio de 2014.

³⁵⁰⁹ GÓMEZ ÁLVAREZ, T.: “Despido improcedente: el pago por el Estado de los salarios de tramitación”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 282.

³⁵¹⁰ STS 29 de enero de 2008 [RJ 2008, 1898].

reducidos como consecuencia de la parcial desaparición de los salarios de tramitación por la citada reforma. Los citados salarios solo desplegarán efectos en los despidos improcedentes de los representantes de los trabajadores en los que siempre existirá condena a salarios de tramitación –sea cual fuere el sentido de la opción seleccionada– y en los despidos a trabajadores en los que el titular de la opción opte por la readmisión³⁵¹¹. Debe recordarse que en supuestos en los que el despido haya sido estimado nulo –dada la importante gravedad de la situación– no se contrae ningún tipo de responsabilidad por el Estado aunque la sentencia se dicte transcurridos más de noventa días hábiles desde que se presentó la demanda.

La responsabilidad del Estado de los salarios de tramitación a cargo del empresario goza de una determinación manifiesta de abaratar los costes del despido sin que la extinción del contrato de trabajo y la declaración de improcedencia del mismo se encuentren vinculados a un desarrollo anómalo de la administración de justicia; lo que se pretende es atenuar determinados costes a las empresas³⁵¹² y agilizar el proceso de despido del trabajador. La transferencia al Estado de la indemnización de los salarios de tramitación no está inspirada en el principio de responsabilidad estatal por los daños causados por el funcionamiento anormal de la administración de justicia, sino que es solamente un supuesto de imputación de responsabilidad a los poderes públicos con propósito de aliviar a las empresas de determinados costes derivados del mero transcurso del tiempo en la resolución de los procesos de despido. No existe necesariamente funcionamiento anormal de la administración de justicia sino depuración de sus resoluciones por cauces normales³⁵¹³. De acuerdo con lo manifestado, se trataría de un supuesto de atribución de responsabilidad objetiva desligada del juicio de diligencia de la actuación del órgano judicial³⁵¹⁴.

Aunque por otro lado –y como razón justificativa última de la responsabilidad estatal– es manifiesto que se localizan resoluciones judiciales que sí enlazan el pago de los salarios de tramitación a cargo del Estado con el funcionamiento anormal de la administración de justicia. En este sentido, la responsabilidad del Estado por salarios de tramitación es expresión legal de la responsabilidad patrimonial del Estado que establece el artículo 121 de la Constitución Española para aquellos supuestos de funcionamiento anormal: el Estado asume la responsabilidad de los salarios de tramitación que excedan del período de tiempo establecido por ley³⁵¹⁵. Pero la responsabilidad del Estado no comprende aquellos salarios que coincidan en el tiempo con período trabajado y retribuido por otras empresas.

A diferencia de lo que acaece con respecto al Fondo de Garantía Salarial, el Estado no tiene participación procesal alguna en el litigio del despido y únicamente interviene, como demandado, en la posterior reclamación del empresario solvente para resarcirse de una parte de los salarios de trámite que éste haya satisfecho al trabajador.

³⁵¹¹ BLASCO PELLICER, Á.: *La extinción del contrato de trabajo en la reforma laboral de 2012*, cit., p. 27.

³⁵¹² ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al: Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 320.

³⁵¹³ STS 19 de junio de 1988 [RJ 1998, 5471]. En este mismo sentido, STS 23 de julio de 1996 [RJ 1996, 6389].

³⁵¹⁴ GÓMEZ ÁLVAREZ, T.: “Despido improcedente: el pago por el Estado de los salarios de tramitación”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 283.

³⁵¹⁵ STS 20 de julio de 1995 [RJ 1995, 6314].

En este segundo proceso es cuando el Estado puede y debe hacer valer las limitaciones legales de su responsabilidad en aquellos casos en los que el empresario no logre acreditar el hecho que podría haber limitado su propia responsabilidad en el abono de los salarios de trámite. Y si en el caso del Fondo de Garantía Salarial³⁵¹⁶, a veces incluso en los sucesivos procesos de ejecución, dicho organismo puede alegar y probar todo aquello que le permita limitar o liberarse de cualquier hipotética responsabilidad, con mayor razón podrá el Estado argumentar y probar cualquier circunstancia que, de conformidad con el ordenamiento jurídico, le consienta limitar o reducir su responsabilidad legal –aun cuando dicha limitación no hubiera sido alegada por el empresario como, por ejemplo, no haber acreditado que el trabajador había sido contratado por otra empresa por lo que no existirían salarios de tramitación–³⁵¹⁷.

Es importante atender a la especial incidencia en la fecha de notificación de la sentencia. Aunque el texto normativo del artículo 56.5 ET disponga que la “*la sentencia que declare la improcedencia del despido se dicte transcurridos más de noventa días hábiles desde la fecha en que se presentó la demanda*”, el Tribunal Supremo ha unificado doctrina determinando que el Estado debe responder de los salarios de tramitación hasta la fecha de la notificación de la sentencia que declara la improcedencia del despido y no solo hasta la fecha de pronunciamiento de la misma. El examen de la norma muestra que en la misma se regulan dos cuestiones distintas aunque lógicamente relacionadas: la primera, referida a la fijación del supuesto que determina la responsabilidad del Estado; y la segunda, referida al alcance de la responsabilidad. De esta forma, el que la sentencia se haya dictado transcurridos más de 90 días desde la fecha de la presentación de la demanda, marca el supuesto determinante de la imputación de responsabilidad del Estado; pero el daño indemnizable no se limita al período que excede de esos 90 días hasta la fecha en que se dicta la sentencia sino que comprende toda la percepción económica satisfecha al trabajador hasta la notificación de la misma: la sentencia es una declaración recepticia y para la parte únicamente tiene valor en la fecha en que se notifique³⁵¹⁸.

La responsabilidad del Estado comprende no solo los conceptos de salarios sino también las cotizaciones de la Seguridad Social³⁵¹⁹: prevéngase que en los casos de despido en que los salarios de tramitación sean por cuenta del Estado, “*serán con cargo al mismo las cuotas de la Seguridad Social correspondientes a dichos salarios*”³⁵²⁰. Si existe insolvencia transitoria del empleador, el empleado podrá exigir directamente al Estado los salarios de tramitación que no le hubieran sido satisfechos³⁵²¹.

En referencia a los períodos excluidos y días hábiles, a efectos del cómputo de tiempo que sobrepase los noventa días hábiles, serán rechazados del mismo los períodos siguientes³⁵²²: a) El tiempo destinado a la subsanación de la demanda por no haber demostrado la celebración de la conciliación, de la mediación o de la reclamación

³⁵¹⁶ Sobre la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial, *vid.* GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, cit., pp. 397 y ss.

³⁵¹⁷ STS 20 de julio de 2017 [RJ 2017, 4170] y STS 8 de noviembre de 2006 [RJ 2006, 8191]. En este sentido, STSJ Cataluña 21 de marzo de 2012 [AS 2012, 1018].

³⁵¹⁸ STS 26 de febrero de 2008 [RJ 2008, 3037].

³⁵¹⁹ STS 30 de septiembre de 1998 [RJ 1998, 8556].

³⁵²⁰ Artículo 56.5, párrafo 2º ET.

³⁵²¹ Artículo 116.2 LRJS.

³⁵²² Artículo 119.1 LRJS.

administrativa previa, o por defectos, omisiones o imprecisiones en aquélla. b) El período en el que los autos se encontrasen interrumpidos, a petición de parte, por suspensión del acto del juicio en los términos previstos en el artículo 83 LRJS. c) El tiempo que dure la suspensión para acreditar la presentación de la querrela en los casos en que cualquiera de las partes adujera la falsedad o inexactitud de un documento que pueda ser de notoria pujanza en el pleito.

A efectos de días hábiles, los noventa días computan “*desde la fecha en que se presentó la demanda*” –artículo 56.5 ET–. Lo que implica que los salarios de tramitación desde la fecha de despido hasta la de presentación de la demanda serán siempre a cargo del empresario. Del mismo modo, se exige que los noventa días sean “*hábiles*” lo que evidencia que también serán a cuenta del empresario los días inhábiles que acaezca en ese período³⁵²³.

En los supuestos enunciados anteriormente, de acuerdo con el artículo 119.2 LRJS, el juez apreciando las pruebas aportadas decidirá si los salarios correspondientes al tiempo invertido han de correr a cargo del Estado o del empresario. Excepcionalmente podrá privar al trabajador de su percepción si apreciase que en su actuación procesal ha incurrido en manifiesto abuso de derecho. Este precepto es una posibilidad excepcional que no puede ser utilizada de modo general o habitual sino exclusivamente en supuestos anómalos. Esta excepcionalidad permitida por el legislador faculta que recaiga la responsabilidad de los salarios de tramitación sobre el trabajador cuando haya actuado con manifiesto abuso en derecho³⁵²⁴. En otros términos, se le otorga facultad al órgano jurisdiccional para privar al trabajador de su percepción si apreciase que en su actuación procesal ha incurrido manifiesta extralimitación de derecho: obviamente, es una actuación que debe ser razonada y atendiendo siempre al supuesto concreto. Asimismo, debe ser interpretada de manera restrictiva tal como se desprenden del propio artículo mencionado al determinar que esta actuación podrá ser ejercitada excepcionalmente³⁵²⁵. El abuso de derecho podría entrar en conflicto con la regla general recogida en el artículo 75.1 LRJS al disponer que los “*órganos judiciales rechazarán de oficio en resolución fundada las peticiones, incidentes y excepciones formuladas con finalidad dilatoria o que entrañen abuso de derecho*”³⁵²⁶.

El concepto de abuso del derecho se ha integrado por las siguientes notas esenciales: primero, uso de un derecho objetiva o externamente legal; segundo, daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; y tercero, inmoralidad o antisocialidad de ese daño, exteriorizada en forma subjetiva con la intención de perjudicar o bajo formas objetivas cuando el daño proviene del exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho³⁵²⁷. La doctrina del abuso de derecho se sustenta en la existencia de unos límites de orden moral, teleológico y social que pesan sobre el ejercicio de los derechos. Como institución de equidad exige –para poder ser apreciado– una actuación aparentemente correcta que, no obstante, representa en realidad una extralimitación a la que la ley no concede protección alguna generando efectos negativos –generalmente

³⁵²³ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 1079.

³⁵²⁴ TOLOSA TRIBIÑO, C.: *Despido: comentarios, jurisprudencia, formularios*, cit., p. 368.

³⁵²⁵ STSJ Andalucía/Málaga 26 de julio de 2001 [AS 2001, 3793].

³⁵²⁶ GÓMEZ ÁLVAREZ, T.: “Despido improcedente: el pago por el Estado de los salarios de tramitación”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 293.

³⁵²⁷ STS 15 de julio de 1994 [RJ 1994, 7157].

daños y perjuicios— al resultar patente la circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad legítima así como la objetiva de exceso en el ejercicio del derecho, exigiendo para su apreciación una base fáctica que proclame las circunstancias objetivas —anormalidad en el ejercicio— y subjetivas —voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo—. Por tanto, no se infiere el resultado del abuso de derecho cuando sin traspasar los límites de la equidad y de la buena fe se pone en marcha el mecanismo judicial y sus consecuencias para hacer valer una atribución que estima corresponderle, porque se opone a ello la máxima *qui iure suo utitur neminem laedit*³⁵²⁸ que sólo encuentra su excepción en los casos en que el tribunal sentenciador hubiera declarado su culpabilidad estimando inexistencia de *iusta causa litigandi*³⁵²⁹; lo que se traduce en que no cabe apreciar el abuso del derecho en quien actúa dentro de las previsiones legales haciendo uso de los mecanismos procesales para hacer valer su derecho y cuando la sanción del efecto pernicioso está garantizada por un precepto legal. Siendo, en fin, doctrina jurisprudencial que el abuso de derecho es de índole excepcional y de alcance singularmente restrictivo que no se puede invocar en favor de quien es responsable de una acción antijurídica³⁵³⁰.

También existen supuestos en los que se descarta la responsabilidad estatal: la obligación del abono por el Estado de los salarios que sobrepasen el plazo de noventa días desde la presentación de la demanda hasta la notificación de la sentencia no se propaga a los supuestos en los que la extinción de la relación laboral se haya declarado nula —por la especial culpabilidad de quien proyecta el despido—. El razonamiento que ha llevado a la anterior conclusión se puede resumir de la siguiente manera: a) los preceptos legales de los artículos 56 ET y 116 LRJS se refieren al despido improcedente y no al despido nulo; b) resulta inimaginable que el legislador haya incurrido en formulación defectuosa del mandato contenido a estos preceptos habida cuenta del carácter general que las calificaciones de nulidad o improcedencia del despido tienen en el régimen jurídico de esta institución; y c) la transferencia al Estado de la responsabilidad empresarial de la indemnización de salarios de tramitación tiene carácter excepcional y debe ser interpretada de manera estricta³⁵³¹.

La legitimación para solicitar al Estado los salarios de tramitación incumbe al empresario, de acuerdo con los artículos 56.5 ET y 116 LRJS. Para ello, el empleador deberá probar que éstos han sido satisfechos al empleado. Es el empresario quién ha de recurrir la dilación temporal superior a noventa días liberando al trabajador de tal carga. Se distingue de este modo y en paralelo al principio de automaticidad existente en materia de Seguridad Social, entre responsable inmediato del pago —el empresario— y el obligado último al mismo —el Estado—, siendo el primero a pesar de no tener que responder de los salarios generados por el exceso de noventa días quién ha de abonarlos, resarcándose posteriormente por el Estado la cantidad económica anticipada por el empresario para el pago de una cantidad de la cual no es responsable³⁵³².

³⁵²⁸ No daña a nadie quien ejercita su derecho.

³⁵²⁹ Justa causa para litigar.

³⁵³⁰ STS 1 de febrero de 2006 [RJ 2006, 711].

³⁵³¹ STS 7 de julio de 1997 [RJ 1997, 5564].

³⁵³² BARREIRO GONZÁLEZ, G. y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: “Salarios de tramitación: legitimación para reclamar frente al Estado”, en GÁRATE CASTRO, J. (Coord.) *et al*: *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario: estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor “honoris causa” por la Universidad de Santiago de Compostela*, cit., p. 428.

El plazo de prescripción de esta acción se encuentra recogido en el artículo 59 ET. En concreto, las acciones para reclamar a la administración del Estado el pago de los salarios de tramitación prescriben por el transcurso de un año como dispone el artículo 59.1 ET³⁵³³. Respecto al día inicial del plazo para reclamar al Estado los salarios de tramitación, tener en cuenta que la acción no nace hasta que se han producido los daños indemnizables; en otros términos, hasta que el empresario no sufre la disminución patrimonial ocasionada por el abono de los salarios de tramitación correspondientes al tiempo de la indebida dilación del procedimiento; por consiguiente, la acción no puede ejercitarse hasta ese momento por aplicación de los artículos 59.2 ET y 1969 del Código Civil³⁵³⁴. En otros términos, el plazo de prescripción de un año comienza cuando por el empresario se ha sufragado al trabajador los salarios de tramitación; no cuando la sentencia de despido alcanza firmeza.

Sobre el desarrollo del procedimiento, en cualquier caso, para demandar al Estado *“por los salarios de tramitación, será requisito previo haber reclamado en vía administrativa en la forma y plazos establecidos”*³⁵³⁵. Estarán legitimados para presentar la reclamación *“tanto el empresario que, habiendo readmitido al trabajador despedido con carácter improcedente, haya pagado los salarios de tramitación, como el propio trabajador despedido, en caso de insolvencia provisional del empresario”*³⁵³⁶.

Al escrito de reclamación deberá acompañarse certificación de la Secretaría del Juzgado de lo Social atestando la sentencia declaratoria de despido, haciendo figurar su firmeza y las fechas de las actuaciones del procedimiento ante el Juzgado de lo Social y, en su caso, ante el Tribunal Superior, así como los períodos que deban ser excluidos conforme el artículo 119 LRJS.

Transcurrido el plazo previsto de un mes desde la recepción de la propuesta sin que se haya notificado la correspondiente resolución la misma podrá entenderse desestimada. En el caso de que la reclamación sea desestimada por la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia –órgano competente para la resolución y, en su caso, para proceder a la aprobación y el compromiso del gasto, así como el reconocimiento y propuesta de pago de las obligaciones económicas derivadas de la resolución de las reclamaciones al Estado por salarios de tramitación en juicios por despido³⁵³⁷– podrá el interesado demandar ante el órgano jurisdiccional que conoció en la instancia del proceso de despido con arreglo a lo dispuesto en la LRJS³⁵³⁸.

A la demanda ante el juzgado competente habrá de acompañarse copia de la resolución administrativa denegatoria o de la instancia de solicitud de pago³⁵³⁹ –también con plazo de prescripción de un año–. Una vez admitida la demanda, *“el secretario judicial señalará día para el juicio en los cinco siguientes, citando al efecto al*

³⁵³³ STS 23 de abril de 1996 [RJ 1996, 3400].

³⁵³⁴ STS 29 de marzo de 1999 [RJ 1999, 3761]. En este mismo sentido, STSJ Madrid 23 de noviembre de 2010 [AS 2011, 633].

³⁵³⁵ Artículo 117.1 LRJS.

³⁵³⁶ Artículo 2 del Real Decreto 418/2014, de 6 de junio, por el que se modifica el procedimiento de tramitación de las reclamaciones al Estado por salarios de tramitación en juicios por despido.

³⁵³⁷ Artículo 3 del Real Decreto 418/2014, de 6 de junio, por el que se modifica el procedimiento de tramitación de las reclamaciones al Estado por salarios de tramitación en juicios por despido.

³⁵³⁸ Artículo 7 y 8 del Real Decreto 418/2014, de 6 de junio, por el que se modifica el procedimiento de tramitación de las reclamaciones al Estado por salarios de tramitación en juicios por despido.

³⁵³⁹ Artículo 117.2 LRJS.

*trabajador, al empresario y al abogado del Estado, sin que se suspenda el procedimiento para que éste pueda elevar consulta a la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado*³⁵⁴⁰. El juicio versará tan sólo sobre “*la procedencia y cuantía de la reclamación, y no se admitirán pruebas encaminadas a revisar las declaraciones probadas en la sentencia de despido*”³⁵⁴¹.

Como supuesto especial de responsabilidad estatal ha de incidirse en el apartado 2 del artículo 116 LRJS. El mencionado precepto trata el supuesto de legitimidad subsidiaria del trabajador para reclamar al Estado los salarios de tramitación en casos en los que el empresario, encontrándose en situación de insolvencia, no le hubiese abonado los salarios de tramitación reconocidos en una sentencia que declarase improcedente el despido. Si existe insolvencia provisional del empresario, el trabajador podrá exigir – como sujeto legitimado– al Estado los salarios vencidos a partir de los noventa días desde la presentación de la demanda. Por tanto, cuando el trabajador sea el que solicite al Estado el pago de los salarios de tramitación, el cómputo del plazo se iniciará desde que se le notifique el auto de insolvencia empresarial³⁵⁴². La legitimación del trabajador constituye la figura conocida en la doctrina procesalista con el término de “*sustitución procesal*”, que consiste en que una norma de carácter material confiere a un acreedor la facultad de ejercitar una acción que correspondería a su deudor contra los deudores de éste³⁵⁴³. La legitimación pasiva la detenta el Estado al ser el único responsable del pago de los salarios de tramitación por el exceso de la duración del procedimiento³⁵⁴⁴. Esta actuación es planteada por el acreedor último de los salarios de tramitación –que corresponde a la figura del trabajador– frente al deudor último de los salarios de tramitación –que sería el Estado–. De no permitirse la intervención del trabajador se actuaría en contra del principio constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva³⁵⁴⁵.

De acuerdo con lo manifestado, la legitimación subsidiaria sólo se produce en los supuestos de insolvencia del empresario. Por tanto, si no existiese una real situación de insolvencia, el empleado no se encontraría legitimado para la reclamación subsidiaria al Estado. Sin embargo, la exigencia de esta posición supone un grave perjuicio para los trabajadores, ya que se requiere la acreditación de la situación de insolvencia, lo que supone una declaración conforme a los procedimientos requeridos en la Ley, provocando, por tanto, un retraso en el cobro por parte del trabajador de las cantidades que le habían sido reconocidas en la sentencia. Quizás hubiera sido más favorable para los intereses de los empleados conceder la legitimación para reclamar automáticamente en el supuesto de falta de pago por parte del empresario sin necesidad de la insolvencia del mismo. Sin embargo, lo anterior hubiera provocado un desbordamiento de

³⁵⁴⁰ Artículo 118.1 LRJS.

³⁵⁴¹ Artículo 118.2 LRJS.

³⁵⁴² STSJ Murcia 4 de diciembre de 2006 [JUR 2007, 83686], STSJ Galicia 26 de febrero de 2004 [JUR 2004, 118564] y STSJ Baleares 24 de marzo de 1999 [AS 1999, 1523]. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 424.

³⁵⁴³ TOLOSA TRIBIÑO, C.: *Despido: comentarios, jurisprudencia, formularios*, cit., p. 360.

³⁵⁴⁴ GÓMEZ ÁLVAREZ, T.: “Despido improcedente: el pago por el Estado de los salarios de tramitación”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 292.

³⁵⁴⁵ STS 30 de septiembre de 1996 [RJ 1996, 6953].

reclamaciones en perjuicio del Estado y de ahí que su intervención se configure de una manera muy subsidiaria y extraordinaria en caso de insolvencia del empresario³⁵⁴⁶.

3.6 Consecuencias de la declaración de improcedencia del despido en el contorno de la Seguridad Social

Declarada la improcedencia del despido disciplinario se localizan una serie de consecuencias que se propagan en el terreno de la Seguridad Social, con importantes efectos en lo atinente a las prestaciones por desempleo y subordinadas a la elección de la opción entre readmisión o extinción indemnizada.

Si se ha optado por la extinción indemnizada, en armonía con el artículo 268.5 TRLGSS, *“el trabajador continuará percibiendo las prestaciones por desempleo o, si no las estuviera percibiendo, comenzará a percibir las con efectos desde la fecha del cese efectivo en el trabajo, siempre que se cumpla lo establecido en el apartado 1 de este artículo, tomando como fecha inicial para tal cumplimiento la del acta de conciliación o providencia de opción por la indemnización, o, en su caso, la de la resolución judicial”*.

Si se ha optado por la readmisión, las sumas percibidas en concepto de prestaciones por desempleo, *“se considerarán indebidas por causa no imputable al trabajador”*³⁵⁴⁷. En tal caso, *“la Entidad Gestora cesará en el abono de las prestaciones por desempleo y reclamará a la Tesorería General de la Seguridad Social las cotizaciones efectuadas durante la percepción de las prestaciones. El empresario deberá ingresar a la Entidad Gestora las cantidades percibidas por el trabajador, deduciéndolas de los salarios dejados de percibir que hubieran correspondido, con el límite de la suma de tales salarios”*³⁵⁴⁸. Y si lo cobrado en concepto de prestaciones de Seguridad Social fuera superior al montante de la deuda a cargo del empresario por los salarios de tramitación será el empleado el responsable de la devolución de la diferencia que existiera a favor de la Entidad Gestora. Además, *“el empresario deberá instar el alta en la Seguridad Social con efectos desde la fecha del despido o extinción inicial, cotizando por ese período, que se considerará como de ocupación cotizada a todos los efectos”*³⁵⁴⁹.

Sin perjuicio de lo señalado, con independencia de cuál sea la opción consumada, adviértase que *“en el caso de que el período que corresponde a las vacaciones anuales retribuidas no haya sido disfrutado con anterioridad a la finalización de la relación laboral, o con anterioridad a la finalización de la actividad de temporada o campaña de los trabajadores fijos discontinuos, la situación legal de desempleo y el nacimiento del derecho a las prestaciones se producirá una vez transcurrido dicho período, siempre que se solicite dentro del plazo de los quince días siguientes a la finalización del mismo. El citado período deberá constar en el Certificado de Empresa a estos efectos”*³⁵⁵⁰. Además, la normativa de Seguridad Social

³⁵⁴⁶ GÓMEZ ÁLVAREZ, T.: “Despido improcedente: el pago por el Estado de los salarios de tramitación”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 292.

³⁵⁴⁷ Artículo 268.5.b) TRLGSS.

³⁵⁴⁸ Párrafo segundo del artículo 268.5.b) TRLGSS.

³⁵⁴⁹ Párrafo segundo del artículo 268.6 TRLGSS.

³⁵⁵⁰ Artículo 268.3 TRLGSS.

exige realizar liquidación y cotización complementaria por las sumas que atañen a la retribución de dichas vacaciones. Así, antes de la reforma laboral del año 2012, en los casos de extinción indemnizada, podía existir solapamiento en la cotización de las vacaciones y de los salarios de tramitación. A diferencia de lo anterior, en supuestos de readmisión, al haberse liquidado anticipadamente las cotizaciones que correspondan a las vacaciones pre-devengadas, habrá que tenerlo en cuenta a efectos laborales y de Seguridad Social. A efectos laborales por cuanto las vacaciones no pueden sufrir recorte alguno sino que tiene que reconocerse el derecho al goce efectivo del descanso; en caso de haberse cobrado la retribución correspondiente al período de vacaciones devengado a la fecha de efectos de despido, no puede volverse a cobrar, de lo contrario, se produciría un enriquecimiento infundado en provecho del trabajador. A efectos de Seguridad Social porque cuando llegue el momento del disfrute efectivo de esa parte de las vacaciones se cotizará sólo por las retribuciones que verdaderamente incumbe abonar al empresario.

4. Declaración de nulidad del despido disciplinario

Las reformas precedentes han terminado por conectar la nulidad del despido con las causas sustentadas en la violación de los derechos fundamentales de los trabajadores. La nulidad del despido ya no se refiere a los defectos formales del acto jurídico de despedir. Ya solo existe un único tipo de nulidad, la absoluta, que requiere previa impugnación judicial del mismo³⁵⁵¹. Por tanto, en la actualidad ha perdido interés la distinción que nuestros tribunales efectuaban entre los despidos radicalmente nulos – aquellos despidos realizados adecuadamente desde la perspectiva formal pero con manifiesta arbitrariedad secundándose en causas ficticias o inexistentes– de aquellos otros despidos corrompidos por nulidad simple. En los tiempos actuales solo acogen la calificación de despidos nulos –en suma, la antijuricidad de la decisión extintiva³⁵⁵²– aquellos en los que concurren los motivos concluyentes vaticinados en el artículo 55.5 ET y el artículo 108.2 LRJS³⁵⁵³.

Los supuestos de causas tasadas de nulidad se encuentran previstos en los artículos 55.5 ET y 108.2 LRJS. Los derechos que pueden ser vulnerados y, por ende, apreciables de nulidad son los siguientes: por un lado, el derecho a la no discriminación de los artículos 14 de la Constitución Española, 4.2.c) y 17.1 ET y 12 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical; por otro lado, los restantes derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, lo que sugiere la inclusión de los derechos comprendidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución Española³⁵⁵⁴.

Junto a las consideraciones anteriores también serán nulos aquellos despidos ejecutados durante circunstancias especialmente vulnerables como son las situaciones biológicas y/o familiares singularmente protegidas por los textos legislativos³⁵⁵⁵. En estos supuestos el ordenamiento jurídico ha establecido un despido objetivamente nulo

³⁵⁵¹ Vid. DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1985, pp. 249 y ss.

³⁵⁵² PÉREZ REY, J.: *El despido disciplinario*, Albacete, Bomarzo, 2013, p. 195.

³⁵⁵³ STS 27 de enero de 2009 [RJ 2009, 1048].

³⁵⁵⁴ BAYLOS GRAU, A. P., CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a. F.: *Instituciones de derecho procesal laboral*, Madrid, Trotta, 1992, p. 300.

³⁵⁵⁵ MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Despido nulo”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 106.

librando al trabajador de la carga de la prueba indiciaria³⁵⁵⁶: en otros términos, el empleado solo debe demostrar el supuesto de hecho normativo o el ejercicio del derecho para que se declare la nulidad automática de la extinción contractual³⁵⁵⁷.

Finalmente, son nulos los despidos que, conforme la disposición adicional séptima de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, recaigan sobre víctimas de violencia de género que traten de compaginar su difícil posición con la vida laboral activa.

Se establece así una configuración unitaria en la nulidad del despido, no solo en los disciplinarios, sino también en las extinciones laborales individuales o por causas objetivas³⁵⁵⁸. Pero esta unidad queda fracturada cuando se realiza una comparativa con el despido colectivo al mantenerse la nulidad del mismo por defectos de forma y de procedimiento del acto de despido³⁵⁵⁹. Por tanto, existen quebras importantes de coherencia en la propia configuración del sistema normativo en su conjunto al existir la nulidad del despido por razones de formalización y procedimentalización –tan solo para los despidos colectivos³⁵⁶⁰–. En suma, existe un sistema dualista de despido nulo en cuanto se trasvasa la consideración del despido disciplinario y del objetivo y se enlaza con otros supuestos previstos en otras figuras extintivas³⁵⁶¹.

Sobre la caducidad para declarar judicialmente la nulidad de despido³⁵⁶², aunque la misma se argumente en motivos de seguridad jurídica, la realidad es que no deja de ser una anomalía si se compara con el derecho común: la nulidad absoluta debería ser de carácter definitivo e insubsanable, y, por consiguiente, no subsanable por prescripción ni por caducidad. No obstante, se admite que el ordenamiento jurídico establezca reglas especiales de caducidad o prescripción. Lo importante es que la declaración de nulidad

³⁵⁵⁶ BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J.: *El despido o la violencia del poder privado*, cit., pp. 135 y ss.

³⁵⁵⁷ MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Despido nulo”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 106.

³⁵⁵⁸ MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Forma y efectos del despido disciplinario”, en MONEREO PÉREZ (Dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al: El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 784.

³⁵⁵⁹ MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: “Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y su cómputo para el despido colectivo en caso de posterior extinción contractual (Sentencias del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 2017, asunto C-429/16: Ciupa y otros y, C-149/16: Socha y otros)”, en *La Ley Unión Europea*, núm. 54, 2017, *passim*.

³⁵⁶⁰ ORTEGA LOZANO, P. G.: “La regulación comunitaria de los despidos colectivos como garantía de efectividad de la libre circulación de trabajadores”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: Libre circulación de trabajadores en la Unión Europea. Treinta años en la Unión: XXXV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, cit., pp. 117 y ss.

³⁵⁶¹ MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Despido nulo”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 107.

³⁵⁶² Artículo 59.3 ET: “*el ejercicio de la acción contra el despido o resolución de contratos temporales caducará a los veinte días siguientes de aquel en que se hubiera producido. Los días serán hábiles y el plazo de caducidad a todos los efectos*”.

de la extinción del contrato de trabajo posee efectos inmediatos *–ex tunc–* con la que se pretende alcanzar la *restitutio in integrum*³⁵⁶³.

La jurisprudencia ha confirmado que la caducidad al que se refieren los artículos 59.3 ET y 103.1 LRJS se aplica a la acción por despido nulo³⁵⁶⁴, y que incluye también el despido radicalmente nulo por discriminatorio³⁵⁶⁵. Igualmente, el plazo de caducidad opera para todo acto de despido sin distinción alguna *–improcedente y nulo–*, operando automáticamente *–ex lege–* apreciada de oficio por el intérprete jurídico³⁵⁶⁶.

4.1 La caída del sentido de la nulidad del despido: contexto histórico y normativo sobre la nulidad del despido desde el ET de 1980 hasta la actualidad

En el Proyecto de Ley del Estatuto de los Trabajadores de 1980, el artículo 55.4 reiteraba los términos del anterior Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, decretando para el despido nulo similares efectos que si fuera improcedente: es decir, readmisión del trabajador o, en su defecto, indemnización sustitutoria. Pero en el trámite de la Comisión de Trabajo del Congreso este precepto se sustituyó por uno nuevo donde se estableció como efecto del despido nulo la readmisión inmediata del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir³⁵⁶⁷. Se vuelve con el ET de 1980 a la regulación de nuestro ordenamiento jurídico que diferenciaba los efectos de la nulidad de los de improcedencia del despido³⁵⁶⁸.

Hasta este momento la declaración de nulidad del despido se había conectado en nuestro ordenamiento jurídico con el incumplimiento de los requisitos de forma establecidos en nuestra normativa y que actuaban como garantías legales del trabajador frente a la decisión empresarial de extinguir la relación laboral. Pero el sistema de despido nulo estipulado en el Estatuto de los Trabajadores de 1980 es completamente tergiversado por el Real Decreto legislativo 1568/1980, de 13 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral. Concretamente, la Disposición Final sexta del ET de 1980 facultaba al gobierno para promulgar una nueva Ley de Procedimiento Laboral. Concretamente la citada disposición establecía lo siguiente: *“el ministro de trabajo someterá a la aprobación del gobierno, en el plazo de seis meses, previo dictamen del Consejo de Estado, un nuevo texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, en que se contengan las modificaciones derivadas de la legislación posterior a la misma, se establezcan las condiciones adecuadas en orden a una perfecta y eficaz regulación del procedimiento laboral y se eleven las cuantías de los depósitos y sanciones que en dicho texto se prevén, regularizando, armonizando y aclarando los textos legales que han de ser refundidos”*.

³⁵⁶³ MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Despido nulo”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al.* *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., pp. 103 y 104.

³⁵⁶⁴ STS 20 de febrero de 1991 [RJ 1991, 1274].

³⁵⁶⁵ STC 21/1982, de 12 de mayo [RTC 1982, 21].

³⁵⁶⁶ MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Despido nulo”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al.* *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 104.

³⁵⁶⁷ MARTÍNEZ ABASCAL, V., PÉREZ AMOROS, F. y ROJO TORRECILLA, E.: “La modalidad procesal de despido y sus efectos en la legislación laboral: especial atención al despido disciplinario por razones de fondo”, en ALARCÓN CARACUEL, M. (Coord.) *et al.* *Estudios sobre la Ley de Procedimiento Laboral de 1990*, Madrid, Marcial Pons, 1991, pp. 136 y 137.

³⁵⁶⁸ MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Despido nulo”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al.* *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 88.

Pero con este mandato del ET de 1980 a la Ley de Procedimiento Laboral de 1980 se alteran los criterios adoptados en cuanto a los efectos del despido nulo al equipararlos a los del despido improcedente³⁵⁶⁹. Concretamente, a través del incidente de no readmisión, cuando no se procediera a la readmisión del trabajador o ésta se considerara irregular, de acuerdo con el artículo 208 y siguientes de la citada ley procesal, se podría acordar la sustitución de la readmisión por la indemnización, extinguiéndose así la relación laboral. La legislación procesal se excedía claramente de la delegación legislativa contenida en la citada disposición, modificando la regulación prevista en el ET –dejándola en letra muerta³⁵⁷⁰–. Específicamente, aun cuando el artículo 55 ET establecía la readmisión inmediata para los despidos nulos, la Ley de Procedimiento Laboral se atrevía a establecer que dicha readmisión podía no producirse³⁵⁷¹.

Con objeto de compensar al trabajador despedido con violación de derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional creó la figura del despido radicalmente nulo, construcción aplicable a los despidos discriminatorios³⁵⁷² y a los despidos que vulneren o lesionen derechos fundamentales³⁵⁷³. De acuerdo con la citada doctrina, al despido radicalmente nulo le correspondía necesariamente la readmisión del trabajador, sin posibilidad de sustituirse por una indemnización. Se consideraba a la extinción discriminatoria o lesiva de derechos fundamentales un despido fundado en una causa ilícita con independencia de la forma en que se hubiera realizado. Igualmente, la doctrina de los despidos radicalmente nulos planteó importantes problemas procesales con especial incidencia en la dificultad de la carga de la prueba para el trabajador³⁵⁷⁴.

Al respecto, no es suficiente la mera afirmación o alegación por el trabajador de discriminación o de lesión de un derecho fundamental³⁵⁷⁵: por tanto, no se libera al trabajador de la actividad probatoria sino que debe mostrar indicios razonables que vinculen la conducta del empresario a la violación del artículo 14 de la Constitución Española o de cualquier otro derecho constitucional. De acuerdo con esta afirmación, el Tribunal Constitucional ya no se inclina por el término de inversión de la carga de la prueba sino por el de desviación de la misma o presunción del carácter discriminatorio³⁵⁷⁶. En suma, el empleado despedido no queda liberado de la carga probatoria: específicamente, se le exige una mínima prueba de existencia de indicios de los que se puedan deducir que se ha producido una discriminación o violación de sus derechos fundamentales. Paralelamente, al empresario se le exige probar que el despido

³⁵⁶⁹ Vid. ALARCÓN CARACUEL, M. R.: “El despido nulo en el Estatuto de los Trabajadores y en el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral”, en AA. VV.: *I Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: los convenios colectivos y la extinción del contrato de trabajo en la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, Ministerio de Sanidad y Seguridad Social, 1981, pp. 275 y ss.

³⁵⁷⁰ BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J.: *El despido o la violencia del poder privado*, cit., p. 60.

³⁵⁷¹ MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Despido nulo”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 90.

³⁵⁷² STC 38/1981, de 23 de noviembre [RTC 1981, 38].

³⁵⁷³ STC 47/1985, de 27 de marzo [RTC 1985, 47].

³⁵⁷⁴ MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Despido nulo”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 92.

³⁵⁷⁵ STC 114/1989, de 22 de junio [RTC 1989, 114].

³⁵⁷⁶ STC 34/1984, de 9 de marzo [RTC 1984, 34].

es ajeno a cualquier conducta o intención atentatoria de los derechos fundamentales del trabajador³⁵⁷⁷.

En el sistema normativo configurado por el Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, se mantuvo el sistema establecido en el ET de la época; no obstante, sí que realizó una esclarecedora labor de configuración unitaria del panorama doctrinal y jurisprudencial respecto al despido nulo y sus consecuencias. Específicamente, el artículo 108.2 de la citada ley procesal, disipó la problemática de la calificación del despido nulo al diferenciar la nulidad derivada de razones de forma y la nulidad por razones de fondo. Por un lado, los despidos nulos por razones de forma son aquellos en los que se han omitido las formalidades exigidas o las ha incumplido incorrectamente. En esta nulidad, junto al incumplimiento de los requisitos formales del artículo 55.1 ET –ya previstos como despidos en la normativa anterior–, se incluyeron los despidos realizados con omisión o defectos en el procedimiento disciplinario establecido legal o convencionalmente y las extinciones del trabajador que estuviera afiliado a un sindicato, ejecutada sin la previa audiencia de los delegados sindicales –si existieran–, siempre que al empresario le conste su condición de afiliado. Por otro, los despidos nulos por razones de fondo son aquellos que se fundamentan en alguna de las causas de discriminación previstas en la Constitución Española y en la ley o la violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador³⁵⁷⁸.

De esta manera, la Ley de Procedimiento Laboral de 1990 se encargó de regular de forma conjunta la nulidad de los despidos, corrigiendo el planteamiento que la legislación procesal precedente había otorgado, reconociendo como única consecuencia de la nulidad, cualquiera que fuese su causa, la readmisión del trabajador. Con esta regulación se pierde cualquier virtualidad jurídica sobre el despido radicalmente nulo³⁵⁷⁹, por no ser ya necesario distinguir entre nulidad simple y nulidad radical al quedar configurado con una única consecuencia: la readmisión del trabajador.

Por otro lado, la citada legislación procesal trajo importantes novedades en el incidente de no readmisión. Específicamente se estableció una serie de mecanismos de ejecución con los que garantizar la readmisión obligatoria del trabajador por parte del empresario lo que constituyó un importante avance hacia la readmisión *in natura* del empleado: mantenimiento del salario del empleado y su continuación en alta en la Seguridad Social. Eran dispositivos con los que combatir la obligación de hacer de la readmisión del trabajador. Igualmente existía posibilidad de sanción pecuniaria contra el patrimonio del empresario consistente en una determinada cantidad económica que el empleador debía hacer efectiva por cada día de retraso en el cumplimiento de la obligación de readmitir al trabajador³⁵⁸⁰.

³⁵⁷⁷ Para mayor abundamiento, *vid.* MONEREO PÉREZ, J. L.: *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, *passim*.

³⁵⁷⁸ MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Despido nulo”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al.* *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 97.

³⁵⁷⁹ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: “Las principales novedades de proceso ordinario y de las modalidades procesales: en especial, la de despido”, en ALARCÓN CARACUEL, M. (Coord.) *et al.* *Estudios sobre la Ley de Procedimiento Laboral de 1990*, cit., pp. 112 y 113.

³⁵⁸⁰ MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Despido nulo”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al.* *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 99.

Con la vigencia de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, se produjo una importante transformación en el régimen jurídico del despido nulo y su recalificación en despido improcedente. En otros términos, a partir de la vigencia de la citada ley, el despido nulo será aquel que tenga “*por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador*”³⁵⁸¹. Igualmente con la promulgación de la ley se suprimió la nulidad del trabajador que tuviese su contrato en suspenso cuando no fuera acreditada su procedencia, reconduciéndose a la calificación de improcedencia.

Se decide así imponer de nuevo el sistema de equilibrios institucionales entre la readmisión e indemnización. Como consecuencia se debilita el principio de estabilidad real al restringirse el ámbito de actuación del despido nulo al considerarse que la ausencia o defecto de formalización del acto del despido lo convierte en improcedente. Es a partir de esta reforma cuando comienza una práctica continuada con posterioridad –y que dura hasta la actualidad– en las sucesivas reformas laborales, consistentes en rebajar el nivel de intensidad en la protección del trabajador frente al despido, disminuyendo la tutela resarcitoria y dificultando la calificación del despido, ya no solo como nulo, sino también como improcedente³⁵⁸².

La consecuencia prevista desde este instante para el incumplimiento de los requisitos formales es la declaración de improcedencia, lo que significa que el despido producirá plenos efectos privando al trabajador de su puesto de trabajo –salvo que el empresario opte por la readmisión–. Diferente es que se aplique la calificación de nulidad al despido, no por defectos de forma sino por razones de fondo, cuando se pruebe la lesión de un derecho fundamental. Con la citada ley se produce una inversión de tendencia en los mecanismos de tutela de los derechos del empleado frente al despido ilegítimo por parte de empresario, distorsionándose las categorías jurídicas tradicionales de nuestro derecho³⁵⁸³. En definitiva, el incumplimiento de los requisitos formales deja de ser causa de despido nulo para convertirse en causa de despido improcedente, lo que ya no va a tener como consecuencia la readmisión inmediata del trabajador, sino la opción del empresario entre readmitir al empleado o extinguir el contrato de trabajo –salvo que se trate de representante legal de los trabajadores–³⁵⁸⁴.

³⁵⁸¹ Artículo 55.5 ET, una vez modificado por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

³⁵⁸² MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Despido nulo”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., pp. 86 y 87.

³⁵⁸³ MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Artículo 55. Forma y efectos del despido disciplinario”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 666.

³⁵⁸⁴ MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Despido nulo”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 101.

4.2 Despidos discriminatorios o lesivos de derechos fundamentales o libertades públicas

El artículo 55.5 ET declara nulo “*el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador*”³⁵⁸⁵.

4.2.1 Despidos discriminatorios

La figura jurídica del despido discriminatorio se introduce en nuestro ordenamiento jurídico por el artículo 32 del Real Decreto 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo. Posteriormente fue derogado por el ET de 1980, perdurando de forma indirecta a través de su artículo 4.2.c) al establecer el derecho de los trabajadores “*a no ser discriminados para el empleo o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, por la edad dentro de los límites enmarcados por esta ley, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español. Tampoco podrán ser discriminados por razón de disminuciones físicas, psíquicas y sensoriales, siempre que se hallaren en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate*”. Actualmente la figura del despido discriminatorio se encuentra totalmente consagrada³⁵⁸⁶.

El artículo 14 de la Constitución Española condena aquellas actuaciones que puedan menoscabar a un individuo con fundamentación en alguna condición o circunstancia personal o social, sin que pueda encontrarse exculpación objetiva que las sustente cuando ello merezca especial repudio por el ordenamiento jurídico. La virtualidad del precitado artículo no se agota en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que a continuación de ésta el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretas de discriminación³⁵⁸⁷.

El equivalente laboral del artículo 14 de la Constitución se localiza en el artículo 4.2.c) ET, en virtud del cual, los trabajadores tienen derecho a “*no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español*”.

Por ello, deberán estimarse nulos los despidos que se apoyen en circunstancias o condiciones como las enumeradas expresamente en el artículo 17 ET: “*situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua*”.

³⁵⁸⁵ Vid. MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: “La libre circulación de trabajadores nacionales de los Estados miembros: discriminación por razón de nacionalidad e igualdad de condiciones laborales”, en *La Ley Unión Europea*, cit., *passim*.

³⁵⁸⁶ SAGARDOY BENGOCHEA, J. A.: “Causas del despido nulo”, en AA. VV: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 613.

³⁵⁸⁷ STC 233/2007, de 5 de noviembre [RTC 2007, 233].

dentro del Estado español. Serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación”.

En consecuencia, respecto de aquellas reflexiones discriminatorias que pueden llevar a calificar nulo un despido, estimamos apropiado hacer mención especial a los siguientes supuestos³⁵⁸⁸:

a. Sexo

En virtud del artículo 3 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, “*el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil*”.

Este tipo de discriminación comprende, sin duda, aquellos tratamientos peyorativos que se fundan, no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan una conexión directa e inequívoca con el sexo, como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que incide de forma exclusiva sobre las mujeres³⁵⁸⁹.

b. Estado civil

Si el despido se fundamenta en el móvil discriminatorio estado civil³⁵⁹⁰, llevará aparejada su calificación de nulo al amparo del artículo 17.1 ET, implicando una actuación contraria al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres.

c. Edad

El despido originado por razón de edad sólo resultará válido con la participación de la voluntad del trabajador mediante su acogimiento a los denominados pactos de prejubilación o a las diferentes variedades de jubilación previstas en la legislación.

Para los tribunales europeos, la normativa nacional que permite la extinción automática de los contratos de trabajo de aquellos trabajadores que cumplen los requisitos de edad y de cotización para poder solicitar el cálculo y reconocimiento de sus derechos de pensión forma parte, desde hace mucho tiempo, del derecho del trabajo de numerosos Estados miembros y está muy extendida en las relaciones laborales. Por tanto, en modo alguno procede considerar que los límites de edad correspondientes a la edad de jubilación ordinaria conlleven sistemáticamente la precarización de la situación laboral de los trabajadores afectados si éstos disfrutaban de una pensión de jubilación

³⁵⁸⁸ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al*: *Extinción del contrato de trabajo*, cit., pp. 1097 y ss. ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al*: *Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., pp. 327 y ss.

³⁵⁸⁹ STC 233/2007, de 5 de noviembre [RTC 2007, 233].

³⁵⁹⁰ STC 317/1994, de 28 de noviembre [RTC 1994, 317].

íntegra y, en concreto, si se autoriza al empresario a renovar el contrato de trabajo de que se trate³⁵⁹¹.

Considera el TJUE que una normativa nacional que “*prevé la extinción automática del contrato de trabajo cuando el trabajador cumpla la edad de jubilación establecida en dicha normativa, dispensa, de manera directa, un trato menos favorable a los trabajadores que hayan alcanzado esa edad en comparación con las demás personas activas en el mercado laboral. Una normativa de este tipo supone, por lo tanto, una diferencia de trato directamente basada en la edad*”. No obstante, aun cuando existe una discriminación por razón de edad, esta discriminación por razón de edad no está prohibida “*si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios*”³⁵⁹².

d. Origen: nacionalidad, raza o etnia

La prohibición de discriminación por razones de nacionalidad, raza o etnia, se regula en los artículos 14 de la Constitución Española y 17.1 ET. El artículo 3.2 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo³⁵⁹³, les reconoce el “*derecho a acceder a cualquier actividad, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, prestación de servicios o estudios, en las mismas condiciones que los españoles*”.

La libertad de circulación de trabajadores se encuentra consagrada en el artículo 45 TFUE. Libertad fundamental destinada a garantizar el pleno ejercicio de los derechos conferidos a los ciudadanos de la Unión y también a los miembros de su familia. En efecto la libertad de circulación de los empleados termina otorgando a los ciudadanos de los Estados miembros, el derecho a desplazarse libremente a otro Estado miembro para trabajar o residir en el mismo a efectos laborales. La libertad de circulación de los trabajadores es un pilar esencial de la Unión que protege contra la discriminación por razón de nacionalidad en relación con el acceso al empleo, las condiciones de empleo y trabajo, ventajas sociales y fiscales, garantizando la igualdad de trato entre empleados. Pero igualdad de trato con arreglo a la legislación y prácticas nacionales³⁵⁹⁴. En otros términos, los Estados miembros deben conceder el mismo acceso a todo nacional de un tercer país que disfrute, de conformidad con el Derecho de la Unión, de una igualdad de trato con respecto a sus propios ciudadanos.

No obstante, es obvio que aún siguen existiendo restricciones a la libertad de circulación de los trabajadores de la Unión Europea, especialmente, en el reconocimiento de cualificaciones profesionales, en la explotación –con todas sus consecuencias– del trabajador comunitario al desplazarse a otro Estado miembro y,

³⁵⁹¹ STJUE 28 de febrero de 2018, asunto *Hubertus John*, C-46/17 [TJCE 2018, 36].

³⁵⁹² STJUE 16 de octubre de 2007, asunto *Félix Palacios de la Villa*, C-411/05 [TJCE 2007, 272]. En este mismo sentido, STJUE 5 de julio de 2017, asunto *Werner Fries*, C-190/16 [TJCE 2017, 132] y STJUE 19 de julio de 2017, asunto *Abercrombie & Fitch Italia Srl*, C-143/16 [TJCE 2017, 168]. Vid. también STJUE 15 de noviembre de 2016, asunto *Gorka Salaberría Sorondo*, C-258/15 [TJCE 2016, 298].

³⁵⁹³ Publicado en Boletín Oficial en fecha de 28 de febrero de 2007.

³⁵⁹⁴ STJUE 18 de julio de 2017, asunto *Konrad Erzberger contra TUI AG*, C-566/15 [TJCE 2017, 179].

sobre todo, en la discriminación por razón de la nacionalidad. También debe destacarse como restricción a la libertad de circulación el incumplimiento del principio de igualdad entre el extranjero nacional de un Estado miembro con los propios trabajadores de ese Estado miembro en el que se trabaja. E incluso el euroescepticismo entre los propios ciudadanos de Estados miembros y compañeros de trabajo³⁵⁹⁵.

Al hilo de lo anterior, las normativas recientes de la Unión Europea están apostando fuertemente por la integración de los ciudadanos de la Unión a través del principio de libre circulación de los trabajadores, lo que puede que termine reforzando la idea o sentimiento de ciudadanía única de Europa o, al menos, de trabajador de la Unión Europea, lo que desembocará, más pronto que tarde en una obligatoria armonización y desarrollo de mayor normativa laboral de ámbito europeo aplicable por transposición a los Estados miembros de la Unión Europea³⁵⁹⁶, lo que, consecuentemente, terminará beneficiando a países con tasas de desempleo más elevadas como los de los Estados del sur de Europa. Pero lo cierto es que la libertad de circulación de trabajadores en la Unión Europea se encuentra, hoy día, bajo recelo debido a diversos factores entre los que destacan dos: por un lado, las restricciones que se están imponiendo al espacio Schengen por parte de algunos Estados miembros a consecuencia de la intensa llegada de refugiados; por otro lado, por las excepciones a la igualdad de trato de los trabajadores acordada con Reino Unido. Factores que pueden incluso desestabilizar y afectar al propio proceso de construcción europea. Sin embargo, creemos que debe apostarse fuertemente y sin ningún tipo de pudor, por el mantenimiento y fortalecimiento del espacio Schengen ya que constituye el elemento clave en el proceso de integración europea. En efecto, que las fronteras de los Estados miembros se mantengan abiertas para sus ciudadanos debe ser la prioridad y objetivo de la actual Unión Europea y de sus Estados miembros. No obstante, no debemos obviar que una alta libertad de circulación de trabajadores sin control alguno puede dar lugar a tensiones en los propios países de destino, sobre todo, cuando la situación económica no permita garantizar la creación de empleo nacional, la reducción de las tasas de desempleo y un nivel adecuado de crecimiento³⁵⁹⁷.

En referencia a los nacionales de países extracomunitarios, el artículo 23.2.c) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social³⁵⁹⁸, considera actos de discriminación, *“los que impongan ilegítimamente condiciones más gravosas que a los españoles o restrinjan o limiten el acceso al trabajo, a la vivienda, a la educación, a la formación profesional y a los servicios sociales y socioasistenciales, así como a cualquier otro derecho reconocido en la presente ley orgánica, al extranjero que se encuentre regularmente en España, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad”*.

Los extracomunitarios que ansíen trabajar legalmente en España deben poseer permiso de residencia y autorización de trabajo, sin que las mencionadas autorizaciones

³⁵⁹⁵ MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: “La libre circulación de trabajadores nacionales de los Estados miembros: discriminación por razón de nacionalidad e igualdad de condiciones laborales”, en *La Ley Unión Europea*, núm. 51, 2017, p. 19 (recurso electrónico).

³⁵⁹⁶ STJUE 18 de julio de 2017, asunto *Konrad Erzberger contra TUI AG*, C-566/15 [TJCE 2017, 179].

³⁵⁹⁷ MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: “La libre circulación de trabajadores nacionales de los Estados miembros: discriminación por razón de nacionalidad e igualdad de condiciones laborales”, en *La Ley Unión Europea*, cit., p. 20 (recurso electrónico).

³⁵⁹⁸ Publicado en Boletín Oficial en fecha de 12 de enero de 2000.

sean apreciadas de discriminatorias por razón de origen: el artículo 35 de la Constitución Española reconoce el derecho al trabajo a todos los españoles, y el artículo 13.1 remite a los tratados y la ley, la fijación de los términos en que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el Título I de la Constitución. Constitucionalmente no resulta exigible la igualdad de trato entre los extranjeros y los españoles en materia de acceso al trabajo y no existe tratado que así lo imponga, ya sea multilateral o bilateral. La existencia de una legislación que, según la interpretación de los tribunales, exige el requisito administrativo de la autorización de residencia para reconocer la capacidad de celebrar válidamente un contrato de trabajo, no se opone, pues, a la Constitución. La desigualdad resultante en relación a los españoles no es, en consecuencia, inconstitucional y no porque se encuentre justificada en razones atendibles, sino, más sencillamente, porque en esta materia nada exige que deba existir la igualdad de trato³⁵⁹⁹.

e. Religión, convicciones o ideas políticas

La extinción del contrato de trabajo que se escude en las creencias religiosas, ideología o convicciones del trabajador será calificado nulo³⁶⁰⁰.

f. Orientación sexual

La orientación sexual es factor prohibido de discriminación que puede incluirse en la fórmula genérica del artículo 14 de la Constitución Española. La orientación homosexual, si bien no aparece expresamente mencionada en el citado artículo como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es indubitadamente una circunstancia incluida en la cláusula “*cualquier otra condición o circunstancia personal o social*” a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación.

Por tanto, en el ámbito de las relaciones laborales, la prohibición de discriminación por orientación homosexual alcanzará a decisiones causales de despido como a decisiones empresariales *ad nutum*. La paridad que impone el segundo inciso del artículo 14 de la Constitución Española implica que se garanticen, a hombres y mujeres, las mismas condiciones en el empleo sea cual sea su orientación sexual³⁶⁰¹.

g. Conformidad o disconformidad a sindicatos y sus acuerdos

Dentro del contenido del derecho de libertad sindical reconocido en el artículo 28.1 de la Constitución Española se encuadra el derecho del trabajador a no sufrir, como consecuencia de su afiliación o actividad sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa. Se trata de una garantía de indemnidad que veda cualquier diferencia de trato por razón de la afiliación o actividad sindical. En definitiva, el derecho a la libertad sindical queda afectado y menoscabado si tiene

³⁵⁹⁹ STC 107/1984, de 23 de noviembre [RTC 1984, 107].

³⁶⁰⁰ Sobre la discriminación por razón de religión, *vid.* STEDH 3 de abril de 2012, asunto *Manzanas Martín* [TEDH 2012, 30], STJUE 6 de marzo de 2014, asunto *Cruciano Siragusa*, C-206/13 [TJCE 2014, 51], STJUE 9 de julio de 2015, asunto *Minister van Buitenlandse Zaken*, C-153/14 [TJCE 2015, 285], STJUE 17 de abril de 2018, asunto *Vera Egenberger*, C-414/16 [JUR 2018, 100839] y STJUE 14 de marzo de 2017, asunto *Asma Bougnaoui y Association de défense des droits de l'homme (ADDH)*, C-188/15 [TJCE 2017, 24].

³⁶⁰¹ STC 41/2006, de 13 de febrero [RTC 2006, 41].

consecuencias negativas para quien la realiza o si éste queda perjudicado por el desempeño legítimo del mismo³⁶⁰². Además, esta garantía de indemnidad se esparce no sólo a los trabajadores afiliados sino a cualesquier trabajador no afiliado que apoye acciones lícitas impulsadas por sindicatos: la represalia o sanción frente a esas conductas, vulneraría el artículo 28.1 de la Constitución Española, al incluirse en la sanción de nulidad, los actos o normas que supongan discriminación por razón de la adhesión a los acuerdos del sindicato o al ejercicio de actividades sindicales³⁶⁰³.

h. Discapacidad del trabajador

El artículo 17.1 ET prohíbe las discriminaciones del trabajador por razón de “*discapacidad*”. En este mismo sentido, el artículo 4.2.c) ET condena que los trabajadores puedan “*ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate*”.

Inicialmente, parece que resulta inviable asemejar, a estos efectos, el concepto de enfermedad –situación contingente de alteración de la salud– con el de discapacidad –situación permanente de minusvalía física, psíquica o sensorial que altera de forma permanente las condiciones de vida de los discapacitados–³⁶⁰⁴. Parece claro que las razones que justifican la tutela legal antidiscriminatoria de los discapacitados en el ámbito de las relaciones de trabajo no concurren en las personas afectadas por enfermedades o dolencias simples³⁶⁰⁵. Estos enfermos necesitan curarse lo mejor y a la mayor brevedad posible. Sin embargo, los discapacitados o aquejados de una minusvalía permanente, que constituyen por ello un grupo o colectivo de personas de composición estable, tienen, en cambio, como miembros de tal grupo o colectividad, unos objetivos y unas necesidades particulares de integración laboral y social que no se dan en las restantes dolencias o enfermedades³⁶⁰⁶. De modo que las causas que justifican la tutela antidiscriminatoria de los discapacitados no se atribuyen a los enfermos.

No obstante, si la causa real del despido es el pronóstico duradero y posterior de la capacidad de trabajo, el despido deberá de ser calificado *de lege data* como discriminatorio por motivo de discapacidad a los efectos de la Directiva 2000/78/CE. Al hilo de lo anterior, el TJUE ha estimado recientemente que el concepto de discapacidad –en el sentido de la Directiva 2000/78/CE– debe entenderse como referido a una limitación derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones

³⁶⁰² STC 2/2009, de 12 de enero [RTC 2009, 2] y STC 30/2000, de 31 de enero [RTC 2000, 30].

³⁶⁰³ STC 134/1994, de 9 de mayo [RTC 1994, 134].

³⁶⁰⁴ STJUE 11 de julio de 2006, asunto *Chacón Navas*, C-13/05 [TJCE 2006, 192]: “una persona que haya sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva 2000/78 para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad”. En esta sentencia, para el TJUE, no existe discapacidad cuando la trabajadora fue despedida tras un período de baja laboral por enfermedad de 8 meses de duración, ya que debe distinguirse la enfermedad de la discapacidad, sin que la primera sea objeto de protección discriminatoria.

³⁶⁰⁵ Vid. MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: “La «cosificación» del trabajador en la discriminación indirecta contra discapacitados en materia de absentismo laboral”, en *La Ley Unión Europea*, núm. 57, 2018, *passim*.

³⁶⁰⁶ STS 22 de enero de 2008 [RJ 2008, 1621].

con los demás trabajadores³⁶⁰⁷. Pero el TJUE, aún cuando ha evitado todo pronunciamiento sobre la constitucionalidad de los derechos –de la cuestión prejudicial que en su momento se planteó por el Juzgado de lo Social de Barcelona³⁶⁰⁸–, sí que se refiere a la posibilidad de que el despido del trabajador en situación de incapacidad temporal sea nulo en referencia a si la limitación que padece el trabajador es duradera: “entre los indicios que permiten considerar que tal limitación es «duradera» figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona”³⁶⁰⁹.

No se trata de que todo despido por enfermedad suponga una vulneración de derechos fundamentales o tenga carácter discriminatorio, sino de entender que un despido de un trabajador en IT que sufre una enfermedad cualificada –en los términos de la doctrina del TJUE³⁶¹⁰–, sea merecedor de la calificación de nulidad con todas sus consecuencias lógico-jurídicas y no improcedente –lo que comporta una tutela débil que se reconduce fácilmente al despido *ad nutum* indemnizado³⁶¹¹.

Es de significar que las últimas sentencias no establecen que un despido por motivo de enfermedad tenga un carácter discriminatorio a efectos de la Directiva 2000/78/CE, la cual, hace referencia a la discapacidad y no a la enfermedad sin más: en esa perspectiva cualquier despido en IT no puede considerarse una suerte de discapacidad temporal a efectos de la referida directiva antidiscriminatoria. Pero sí consagra un criterio de asimilación/equiparación a la discapacidad de enfermedades duraderas o de larga duración con lo que se constituye una suerte de ampliación del concepto de discapacidad a efectos de la tutela antidiscriminatoria que es la finalidad de la directiva³⁶¹².

Y estas enfermedades de larga duración asimiladas a la discapacidad deberán ser verificadas por el juez nacional competente atendiendo al conjunto de indicios que permitan una prueba indiciaria de que en el caso de autos se sobrepasa la enfermedad incapacitante y se entra en el ámbito de la enfermedad discapacitante. La larga duración, la enfermedad crónica y las situaciones en que la enfermedad constituye un factor de segregación o estigmatización socio-laboral serán –en sí– elementos determinantes para asimilar la enfermedad a la discapacidad³⁶¹³. Y, entonces, si concurre ese presupuesto de causalidad ilícita o antijurídica tan sólo cabe que el despido sea calificado nulo de pleno derecho³⁶¹⁴.

³⁶⁰⁷ STJUE 9 de marzo de 2017, asunto *Petya Milkova*, C-406/15 [TJCE 2017, 78].

³⁶⁰⁸ STJUE de 18 de enero de 2018, asunto *Ruiz Conejero*, C-270/16 [TJCE 2018, 3].

³⁶⁰⁹ STJUE 1 de diciembre de 2016, asunto *M. Daouidi*, C-395/15 [TJCE 2016, 308].

³⁶¹⁰ STJUE de 18 de enero de 2018, asunto *Ruiz Conejero*, C-270/16 [TJCE 2018, 3].

³⁶¹¹ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales. Estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico*, Albacete, Bomarzo, 2017, p. 58.

³⁶¹² MONEREO PÉREZ, J. L.: “La tutela de las incapacidades laborales frente al despido objetivo por ineptitud: un enfoque desde los derechos de las personas”, en AA. VV.: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Murcia, Laborum, 2017, p. 863.

³⁶¹³ STJUE 18 de diciembre de 2014, asunto *Fag og Arbejde (FOA)*, C-354/13 [TJCE 2014, 367] y STJUE 11 de abril de 2013, asunto *Ring (HK Danmark)*, C-335/11 y C-337/11 [TJCE 2013, 122].

³⁶¹⁴ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales. Estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico*, cit., p. 71 y 72.

Y dando un paso más, a través del desarrollo de la teoría de la “*enfermedad equiparable a discapacidad*”, el despido se considerará discriminatorio –con la consecuencia jurídica de la nulidad–, por un lado, en aquellos supuestos de incapacidad en los que no se presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo –en otros términos, que sea una patología cuya expectativa de reversibilidad sea incierta–; y, por otro, también será discriminatorio cuando se advierta que dicha incapacidad puede prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona al trabajo –duradero o suficientemente prolongada en el tiempo–. Sin embargo, consecuencia de las recientes resoluciones del TJUE, la carga de la interpretación judicial recaerá sobre el juzgador que deberá valorar y aclarar información médica del supuesto concreto, lo que, en efecto, dará lugar a resoluciones contradictorias y a su consecuente inseguridad jurídica³⁶¹⁵. Circunstancias que tendrán que ser valoradas al momento en el que el trabajador ha sido despedido –pues puede encontrarse en una situación de incapacidad reversible que no se puede calificar de duradera³⁶¹⁶– y no en el estado en el que el empleado puede encontrarse en el momento de celebración del juicio o al dictarse la sentencia.

Creemos que hay que tomar en consideración la doctrina del TJUE relativa a la concepción ampliada de la discapacidad en cuanto concepto de relevancia comunitaria y que abarca a enfermedades de larga duración y a las enfermedades de carácter crónico –aunque no hayan sido formalmente declaradas–³⁶¹⁷. Estos trabajadores con enfermedades asimiladas a discapacidad disfrutaban del estatuto-jurídico protector antidiscriminatorio que se hace extensivo a la prohibición del despido basado en la discapacidad, incluidas las garantías para el despido y las medidas de ajuste razonable del trabajo.

Más allá de ello –y manteniendo ese criterio– cabe decir que, después de todas estas consideraciones sobre la interconexión entre despido e incapacidad temporal, a lo mejor sería oportuno sin más declarar nulos los despidos sin causa de un trabajador en IT. Y esto no sería irrazonable porque la situación es suspensiva y no hay un pronóstico sobre la evolución del trabajador; además, la salud es un derecho fundamental y tendría a su favor la seguridad jurídica para ambas partes. Transcurrida la IT se verá entonces la situación de la capacidad del trabajador, con independencia de que sea o no calificado de incapacitado permanente en alguno de sus grados. Y, en relación a ello, no es infrecuente que el trabajador que se reincorpora presente disfuncionalidades que pueden mermar su capacidad para desempeñar las tareas propias de su puesto de trabajo. He aquí donde puede entrar en juego las obligaciones de adaptación y los ajustes razonables garantizados legalmente para las personas discapacitadas –lo que no ocurre para los que no tengan esa consideración jurídica, lo que coloca a los enfermos no discapacitados

³⁶¹⁵ MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: “La «cosificación» del trabajador en la discriminación indirecta contra discapacitados en materia de absentismo laboral”, en *La Ley Unión Europea*, cit., pp. 15 y 16 (recurso electrónico).

³⁶¹⁶ STSJ Cataluña 12 de junio de 2017 [AS 2017, 1417].

³⁶¹⁷ STJUE de 18 de enero de 2018, asunto *Ruiz Conejero*, C-270/16 [TJCE 2018, 3] y STJUE 1 de diciembre de 2016, asunto *M. Daouidi*, C-395/15 [TJCE 2016, 308].

pero con enfermedades crónicas o recurrentes en una especial posición de debilidad–³⁶¹⁸.

Lo aconsejable *de lege ferenda* sería ampliar o extender la obligación de adaptación del trabajo respecto a todos los trabajadores tras una IT, siempre que ello no suponga un coste excesivo para la empresa –como se consagra en la Directiva 2000/78/CE, en el Real Decreto Legislativo 2/2013 para los discapacitados, y en la LPRL respecto a los riesgos de personas especialmente sensibles–.

En definitiva, consideramos que cuando el despido del trabajador se produzca durante una suspensión del contrato de trabajo por IT debería declararse nulo por encontrarse ante una situación suspensiva de la relación laboral. E igualmente cuando el despido devenga posteriormente a una situación de incapacidad temporal legalmente acreditada también debería de calificarse nulo –salvo procedencia del mismo–. En otros términos: ampliar esa especial protección que ya existe en determinadas circunstancias biológicas y familiares particularmente protegidas, eliminando la posibilidad de declarar la improcedencia del despido y aplicando solo dos posibles calificaciones jurídicas: o la procedencia del mismo o su nulidad³⁶¹⁹.

Con esta finalidad sería suficiente introducir un nuevo apartado en los artículos 53.4) ET, 55.5 ET y 108.2 LRJS –referidos a las circunstancias biológicas y familiares particularmente protegidas– que especificara la expresa nulidad del despido de los trabajadores en situación de incapacidad temporal o el despido de los mismos inmediatamente tras su reincorporación en la empresa –reiteramos, a excepción de que se acreditara la procedencia del mismo–.

4.2.2 Despidos lesivos de derechos fundamentales y libertades públicas

Conviene precisar las siguientes ideas elementales de la doctrina del Tribunal Constitucional en relación a la nulidad de los despidos disciplinarios lesivos de derechos fundamentales y libertades públicas³⁶²⁰: 1) La Constitución Española rechaza que sólo se sea titular de los derechos fundamentales y libertades públicas en relación con los poderes públicos, porque en un Estado social de derecho como el que consagra el artículo 1 de la Constitución, no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social³⁶²¹. 2) La celebración de un contrato de trabajo no conlleva la privación de los derechos que la Constitución le reconoce al trabajador como ciudadano. Es necesario preservar el equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato y el ámbito de libertad constitucional del empleado, pues dada la posición preferente de los derechos fundamentales, la modulación derivada del contrato de trabajo sólo se producirá en la medida estrictamente indispensable para el logro del legítimo interés empresarial³⁶²². 3) En cualquier caso, el Tribunal

³⁶¹⁸ MONEREO PÉREZ, J. L.: “La tutela de las incapacidades laborales frente al despido objetivo por ineptitud: un enfoque desde los derechos de las personas”, en AA. VV.: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, cit., p. 876.

³⁶¹⁹ MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: “La «cosificación» del trabajador en la discriminación indirecta contra discapacitados en materia de absentismo laboral”, en *La Ley Unión Europea*, cit., p. 16 (recurso electrónico).

³⁶²⁰ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 1105.

³⁶²¹ STC 18/1984, de 7 de febrero [RTC 1984, 18].

³⁶²² STC 204/1997, de 25 de noviembre [RTC 1997, 204].

Constitucional se inclina por la nulidad radical de todo acto –público o privado– que produzca infracción o inobservancia de las situaciones jurídicas reconocidas en la Sección Primera del capítulo segundo del título I de la Constitución³⁶²³.

Por consiguiente, al ser el despido un acto unilateral del empleador, será calificado nulo siempre que quede acreditado el menoscabo o transgresión del derecho fundamental del trabajador. Esta doctrina constitucional parte de la premisa de que la celebración de un contrato de trabajo no implica, en modo alguno, privación o renuncia a los derechos que la Constitución le reconoce al trabajador como ciudadano y cuya protección queda garantizada, porque ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y aislados del resto de la sociedad, ni la libertad de empresa –artículo 38 CE– legitima el que quienes prestan servicios por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas –que tienen valor central en el sistema jurídico constitucional–. No cabe defender la existencia de un deber genérico de lealtad con un significado omnicomprensivo de sujeción del trabajador al interés empresarial; aunque la relación laboral tiene como efecto típico la supeditación a los poderes empresariales, no es suficiente para restringir los derechos fundamentales del trabajador³⁶²⁴. De acuerdo con lo manifestado el empresario ha de adoptar las medidas necesarias que permitan al empleado ejercer sus derechos³⁶²⁵.

El artículo 4.2.g) ET instaura el derecho de los trabajadores al “*ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo*”. Podría afirmarse que este precepto transcribe, a la normativa laboral, el derecho a la tutela judicial efectiva – artículo 24 de la Constitución–³⁶²⁶. Se consideran nulos los despidos consumados en represalia por el ejercicio de acciones judiciales contra el empresario; en otras palabras, aquellas extinciones de la relación laboral que delimiten el derecho a la tutela judicial efectiva reconocida en los artículos 24 de la Constitución Española y 4.2.g) ET. Esta garantía desprende efectos no solo desde el instante del ejercicio de la acción judicial sino desde el mismo momento de realización de actos preliminares que pudieran impulsar una respuesta del empresario como represalia al trabajador.

El artículo 24.1 de la Constitución Española reconoce el derecho legítimo de acudir a los órganos jurisdiccionales y a obtener una decisión fundada en derecho: una prestación que corresponde proporcionar al órgano jurisdiccional, de acuerdo con la naturaleza del proceso y la ordenación legal del mismo. Pero este derecho no sólo se satisface mediante la actuación de los jueces y tribunales sino también a través de la garantía de indemnidad. En el ámbito de las relaciones laborales la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio de la tutela de los derechos del trabajador. La vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no sólo se produce por irregularidades producidas dentro de procesos que priven de las garantías que establece el artículo 24 de la Constitución en sus dos apartados, sino que también puede resultar vulnerado dicho derecho cuando el ejercicio del mismo produzca, como consecuencia, una sanción que

³⁶²³ STC 114/1984, de 29 de noviembre [RTC 1984, 114].

³⁶²⁴ STC 197/1998, de 13 de octubre [RTC 1998, 197].

³⁶²⁵ MARÍN ALONSO, I.: “Despido nulo: supuestos y efectos”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 326.

³⁶²⁶ ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al: Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 332.

responda a una conducta de represalia por parte del empresario³⁶²⁷. Esta garantía de indemnidad se propaga también a los actos preparatorios o previos³⁶²⁸. De igual modo, la garantía de indemnidad también protege el ejercicio de acciones o reclamaciones administrativas o denuncias ante la inspección de trabajo³⁶²⁹.

En consecuencia, sobre las reflexiones lesivas de derechos fundamentales y libertades públicas que pueden llevar a calificar de nulo un despido, estimamos apropiado hacer mención especial a los siguientes supuestos:

a. Derecho a utilizar los medios de prueba convenientes

Son nulos los despidos que menoscaben el derecho a la libertad de información recogida en el artículo 20.1.d) de la Constitución Española –por transgredir el derecho a la libertad de expresión– y los despidos en represalia de empleados que participan como testigos contra el empresario en procesos judiciales –por transgredir el derecho de servirse de los medios de prueba pertinentes–. Prestar declaración como testigo constituye un deber previsto genéricamente en el artículo 118 de la Constitución Española y concretado en diversas disposiciones legales entre las que figura el Código Penal que, en su artículo 458, sanciona al “*testigo que faltare a la verdad en su testimonio en causa judicial*”. A través de su declaración, el testigo contribuye a la tutela de valores y principios constitucionales e incluso de derechos fundamentales, dada su relación con el derecho de la parte a utilizar los medios de prueba pertinentes – artículo 24.2 CE– y, más en general, con el adecuado funcionamiento de los órganos jurisdiccionales en el cumplimiento de la función que la Constitución les atribuye – artículo 117 CE–. Por ello, de la comunicación de información veraz al órgano judicial no pueden derivarse consecuencias perniciosas para el trabajador. En el ámbito laboral, la protección frente a medidas de represalia empresarial de los trabajadores que testifican en procesos laborales frente a su empleador también garantiza, indirectamente, el derecho de los trabajadores a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa en los procesos contra el empresario³⁶³⁰.

b. Derecho a la libertad de expresión

El derecho a la libertad de expresión tiene por objeto la libre expresión de pensamientos, ideas y opiniones; concepto amplio dentro del cual deben incluirse las creencias y juicios de valor. Este derecho abarca la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requiere el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática³⁶³¹.

El trabajador no ve condicionado su derecho fundamental al ámbito interno de la empresa sino que puede transmitir externamente sus pareceres y críticas, a excepción de la existencia de restricciones o límites procedentes de la naturaleza del trabajo

³⁶²⁷ STC 14/1993, de 18 de enero [RTC 1993, 14].

³⁶²⁸ STC 140/1999, de 22 de julio [RTC 1999, 140].

³⁶²⁹ STC 138/2006, de 8 de mayo [RTC 2006, 138].

³⁶³⁰ STC 197/1998, de 13 de octubre [RTC 1998, 197].

³⁶³¹ STC 203/2015, de 5 octubre [RTC 2015, 203] y STC 20/2002, de 28 de enero [RTC 2002, 20].

contratado que desempeña o del interés empresarial³⁶³². Pues bien, no siendo ilícito el ejercicio del derecho fundamental de libre expresión por el trabajador, es obvio “*que la reacción empresarial que condujo al despido, basado exclusivamente en las manifestaciones libremente expresadas por el trabajador despedido*” tiene que ser calificada “*como radicalmente nula*”³⁶³³.

c. Derecho a comunicar información veraz por parte del trabajador

Se reconoce y protege el derecho “*a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades*”³⁶³⁴. La Ley Orgánica 2/1997, de 19 de junio, reguladora de la cláusula de conciencia de los profesionales de la información, además de conceder la oportunidad al profesional de la información de resolver su contrato con derecho a compensación indemnizatoria si se altera la orientación informativa o la tendencia ideológica del medio de comunicación con el que se esté laboralmente vinculado, impide cualquier sanción o menoscabo al profesional que se niegue motivadamente a elaborar informaciones que contradigan los principios éticos de la comunicación. El deber de obediencia del trabajador se encuentra menguado hasta el punto de que si se produjese un despido por esta circunstancia, éste se declararía nulo por transgredir los derechos a la libertad de expresión y el derecho a la información del trabajador –artículo 20 CE–³⁶³⁵.

El contenido constitucional del artículo 20.1.d) de la Constitución Española consiste en suministrar información sobre hechos que son ciertos, por lo que la protección constitucional de su reconocimiento se extiende únicamente a la información que sea veraz. Determinar qué debe entenderse por veracidad es fundamental para establecer si la conducta del que informa responde al ejercicio de un derecho constitucional o si por el contrario su actuación se sitúa fuera del campo de protección del mismo. La veracidad de la información no es sinónima de la verdad objetiva e incontestable de los hechos, sino reflejo de la necesaria diligencia en la búsqueda de lo cierto o, si se prefiere, de la especial diligencia a fin de contrastar debidamente la información. Por esta razón, la veracidad de lo que se informa no va destinado a la exigencia de una precisa y total exactitud en el contenido de la información, sino a negar la protección constitucional a los que, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, exteriorizan como hechos verdaderos, bien simples rumores o bulos carentes de toda constatación, bien meras invenciones o alusiones, sin comprobar su veracidad mediante las oportunas investigaciones propias de un profesional diligente, aunque su total exactitud pueda ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado³⁶³⁶.

d. Derecho a la propia imagen del trabajador

³⁶³² ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 1109.

³⁶³³ STC 20/2002, de 28 de enero [RTC 2002, 20].

³⁶³⁴ Artículo 20.1.d) de la Constitución Española.

³⁶³⁵ ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al: Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 334.

³⁶³⁶ STC 6/1996, de 16 de enero [RTC 1996, 6].

Conviene diferenciar entre actividades que por su propia naturaleza traen como consecuencia una limitación del derecho a la propia imagen de otras en que la exigencia de esa restricción sea más dudosa. Cuando ello suceda, quien aceptó prestar servicios de esta naturaleza, posteriormente no puede invocar el derecho fundamental a la propia imagen para eximirse de su realización siempre que las ocupaciones ordenadas no lesionen valores elementales de la dignidad o intimidad de la persona³⁶³⁷. Por el contrario, el derecho fundamental es prevalente en aquellas actividades que por su propia naturaleza no exigen su restricción³⁶³⁸.

e. Derecho a la intimidad del trabajador

Son diversos los motivos en los que el despido disciplinario del trabajador se sustenta en causas cuya concreción y conocimiento se produce a través de la investigación proyectada por el empleador de la conducta, hábitos o actividades del trabajador, de sus efectos personales o de su lugar de trabajo. En estos supuestos se origina un problema grave entre el poder de dirección del empresario y el respeto al derecho a la intimidad del trabajador³⁶³⁹.

f. Pruebas obtenidas con transgresión de los derechos fundamentales del trabajador

El problema radica en cómo debe calificarse el despido: si improcedente o nulo. En este sentido, y en plena relación con las pruebas obtenidas con transgresión de los derechos fundamentales del trabajador –en plena vinculación con el derecho de la intimidad del empleado–, el Tribunal Constitucional –en el año 2013– declaró que es necesaria una “*información previa y expresa, precisa, clara e inequívoca a los trabajadores de la finalidad de control de la actividad laboral a la que la captación podía ser dirigida*”³⁶⁴⁰. Sin embargo, poco después también se ha dictado sentencia por el Tribunal Constitucional –en 2016– donde se afirma que la empresa no necesita el consentimiento expreso del trabajador para el tratamiento de las imágenes que han sido obtenidas a través de las cámaras instaladas en la empresa con el fin de seguridad o control laboral, ya que considera que se trata de una medida destinada a controlar el cumplimiento de la relación laboral³⁶⁴¹. De este modo, el Tribunal Constitucional libera a las empresas de esta carga informativa explícita al tiempo que convierte la sospecha de que un trabajador está cometiendo irregularidades en una habilitación para instalar las cámaras en el lugar de trabajo.

No obstante, también se localiza la recentísima sentencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de enero de 2018³⁶⁴² en la que se reafirma el criterio sostenido en la anterior de 5 de septiembre de 2017³⁶⁴³, que entienden que para la vigilancia se debe cumplir con la obligación de informar, previa, explícita y precisamente, sin ambigüedades, a los interesados sobre la exigencia y características particulares de un sistema de captación de datos personales. Por tanto, debe analizarse si

³⁶³⁷ STC 99/1994, de 11 de abril [RTC 1994, 99].

³⁶³⁸ ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) et al: *Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 334.

³⁶³⁹ TOLOSA TRIBIÑO, C.: *Despido: comentarios, jurisprudencia, formularios*, cit., p. 308.

³⁶⁴⁰ STC 29/2013, de 11 febrero [RTC 2013, 29].

³⁶⁴¹ STC 39/2016, de 3 marzo [RTC 2016, 39].

³⁶⁴² STEDH 9 de enero de 2018. Caso López Ribalta y otras [JUR 2018, 12181].

³⁶⁴³ STEDH 5 de septiembre de 2017. Caso Barbulescu contra Rumania [TEDH 2017, 61].

los derechos del empresario podrían haberse satisfecho, al menos en cierto grado, por otros medios.

Después de todo lo anterior, lo cierto es que los Tribunales Superiores de Justicia están resolviendo improcedente el despido –y no nulo–³⁶⁴⁴. En este sentido, “*el comportamiento empresarial descrito no cumple el juicio de proporcionalidad exigible a toda medida restrictiva de derechos fundamentales como es, indudablemente, la instalación de una cámara de vigilancia en el puesto de trabajo, en tanto en cuanto existían otros medios más moderados como era el testimonio de los propios compañeros de trabajo o la prueba de la contratación de una empresa de desinfección para higienizar la caseta mediante el correspondiente documento de pago del servicio. Lo anterior muestra, en definitiva, una clara desproporcionalidad de la medida al limitarse el derecho fundamental del trabajador a la garantía del derecho a la intimidad personal*”. Y llegados a este punto sobreviene la cuestión de la consecuencia jurídica que habrá de imponerse a la conclusión obtenida: si la nulidad del despido o su improcedencia. Y, en este sentido, este tribunal desecha “*la calificación de nulidad del despido*”. Por tanto, una vez eliminados del enjuiciamiento todos los hechos acreditados mediante la grabación de la cámara de vigilancia –habiéndose vulneado un derecho fundamental–, lo único que puede considerarse probado es que el trabajador fumaba en el puesto de trabajo –“*porque así se desprende del testimonio de los compañeros de trabajo*”–, sin que –para este tribunal– este comportamiento “*constituya causa de despido y, en consecuencia, debiéndose declarar el despido improcedente*”³⁶⁴⁵.

En efecto, nos surge muy seriamente la duda de la calificación del despido como nulo o improcedente en las extinciones de las relaciones laborales que se secunden en pruebas obtenidas con conculcación de los derechos fundamentales del trabajador. En este sentido, solo podemos afirmar que con el Estatuto de los Trabajadores, el despido deberá ser declarado improcedente pues no se ha probado la veracidad del despido: es decir, si no se admiten las pruebas que tuvieran su origen o que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas, no quedará probado el fondo de la procedencia del despido; pero con una interpretación jurisprudencial en el ámbito laboral de la tesis de los frutos del árbol envenenado, el despido debería ser calificado nulo por haberse obtenido pruebas transgrediendo los derechos fundamentales del trabajador³⁶⁴⁶. Por tanto, una vez más, impera la inseguridad jurídica en los tribunales, especialmente con el momento actual en el que las instituciones comunitarias se encuentran dictando abundantes sentencias al respecto. La única conclusión que podemos deducir es que es necesaria resolución judicial por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo –

³⁶⁴⁴ STSJ de Castilla-La Mancha 12 de enero de 2018 [JUR\2018\33307]. El trabajador prestaba sus servicios como vigilante de seguridad siendo sus funciones las de controlar los monitores que proyectaban las imágenes grabadas por las cámaras de seguridad instaladas por todo el recinto empresarial. Sin embargo, fue despedido disciplinariamente por fumar en las instalaciones donde efectuaba el servicio de vigilancia; por disminución voluntaria y continuada en el rendimiento en su puesto de trabajo; por la comisión de actos inmorales tales como visionado de material pornográfico y masturbaciones; y distracciones graves por juegos o conversaciones telefónicas. La empresa tuvo conocimiento de tales hechos tras la instalación, sin previo aviso al trabajador, de una cámara de grabación.

³⁶⁴⁵ STSJ de Castilla-La Mancha 12 de enero de 2018 [JUR\2018\33307].

³⁶⁴⁶ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, cit., p. 139.

en unificación de doctrina– que estipule uno u otro sentido en plena vinculación con los tribunales europeos.

Sobre la validez de la prueba, esta cuestión podrá ser suscitada por cualquiera de las partes o incluso de oficio por el tribunal en el momento de la proposición de la prueba, salvo que se pusiese de manifiesto durante la práctica de la prueba una vez admitida. Contra la resolución que se dicte sobre la pertinencia de la práctica de la prueba y en su caso de la unión a los autos de su resultado o del elemento material que incorpore la misma, sólo cabrá recurso de reposición, que se interpondrá, se dará traslado a las demás partes y se resolverá oralmente en el mismo acto del juicio o comparecencia, quedando a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en el recurso que, en su caso, procediera contra la sentencia –artículo 90 LRJS–.

Pese a la confusa redacción del artículo 90 LRJS, la prohibición alcanza a todos los medios de prueba y no sólo a los mecanismos de reproducción de la palabra, imagen o sonido. En definitiva, los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso encaminados a la averiguación de la verdad, no puede prevalecer sobre los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, ni tampoco sobre los poderes empresariales de dirección y control sobre la actividad del empleado³⁶⁴⁷.

4.2.3 La problemática subsistencia del despido fraudulento: de la nulidad efectiva de la norma a la improcedencia jurisprudencial del despido

La elaboración jurisprudencial de la figura del despido nulo por fraude de ley o abuso de derecho fue extremadamente adecuada para eliminar una práctica empresarial habitual que consistía en desconectar del despido del trabajador cualquier conducta incumplidora con el único propósito empresarial de obtener la declaración de improcedencia de la extinción, que por el juego de la opción entre readmisión o indemnización, le acababa permitiendo al empresario extinguir la relación laboral a través de la exposición de hechos ficticios –la antijuricidad del acto fraudulento no se identifica en la creación de una situación de apariencia legal sino, más bien, en la sustitución de una norma por otra más favorable a los intereses del autor de la conducta elusiva³⁶⁴⁸–.

Con este despido se trataba de evitar que prevalecieran maniobras tendentes a lograr un resultado opuesto al pretendido por la norma que se utilizaba³⁶⁴⁹. Las extinciones laborales por fraude de ley son despidos caracterizados por una manifiesta arbitrariedad, con causa inexistente o irreal, dolosamente inventada y absolutamente desproporcionada³⁶⁵⁰. En suma, su finalidad es lograr una declaración de improcedencia

³⁶⁴⁷ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “El despido en la jurisprudencia constitucional”, en GÁRATE CASTRO, J. (Coord.) *et al*: *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario: estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor “honoris causa” por la Universidad de Santiago de Compostela*, cit., p. 138.

³⁶⁴⁸ MOLINA NAVARRETE, C.: “La recalificación judicial del despido en fraude de ley: una nueva Edad Media en el derecho del trabajo post-moderno”, en CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al*: *Presente y futuro de la Regulación del Despido*, cit., p. 467.

³⁶⁴⁹ ALBIOL MONTESINOS, I.: *El despido disciplinario y otras sanciones en la empresa*, cit., p. 99.

³⁶⁵⁰ MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Despido nulo”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al*: *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 108.

que permita la desvinculación laboral del trabajador por medio de la compensación económica³⁶⁵¹.

El despido por fraude de ley se distingue de los despidos con violación de derechos fundamentales del trabajador por dos circunstancias³⁶⁵²: a) Porque el fundamento legal de la nulidad del despido en fraude de ley no se encuentra en el texto constitucional ni tampoco en la legislación laboral; concretamente, se sustenta en el derecho común, más específicamente, en el Código Civil. b) Porque la carga probatoria en los despidos en fraude de ley la posee el trabajador despedido³⁶⁵³ al no poder presumirse³⁶⁵⁴.

Ocurre que se ha producido una errónea inclinación restrictiva en la apreciación de la nulidad del despido fraudulento, lo que no significa que esta figura jurídica se haya suprimido, pues se infiere directamente de las normas generales sobre fraude de ley contenidas en el propio Código Civil³⁶⁵⁵. Lo que ha sobrevenido ha sido una incoherente postura contra los propios principios de nuestro sistema jurídico al no establecerse los medios de reacción adecuados al fraude de ley cuando, efectivamente, se aprecia la existencia en el acto de despido de los presupuestos del tipo normativo: *“los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”*³⁶⁵⁶.

La declaración de que el despido se realizó en fraude de ley genera el efecto de deshacer la apariencia de protección jurídica lo que, como regla general y de acuerdo con el artículo 6.3 del Código Civil, debiera de determinar la nulidad de pleno derecho del acto resolutorio sin que la improcedencia del despido pueda ser la consecuencia de la actuación fraudulenta, salvo que la norma hubiera establecido expresamente ese efecto para el caso de contravenir la ley por la vía del fraude: *“los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”*³⁶⁵⁷.

La respuesta frente al fraude debe ser la de proclamar la conveniencia jurídica de utilizar el mecanismo que permita garantizar la consecuencia jurídica típica del fraude a la ley, que, concretamente, reside en que el acto en fraude no impedirá la debida aplicación de la normas que hubiera tratado de eludir –como establece el artículo 6.4 del Código Civil–; sin que pueda culminarse el intento del infractor de crear,

³⁶⁵¹ STS 30 de noviembre de 1991 [RJ 1991, 8425].

³⁶⁵² MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Despido nulo”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 109.

³⁶⁵³ STS 13 de junio de 1990 [RJ 1990, 5067].

³⁶⁵⁴ STS 30 de noviembre de 1991 [RJ 1991, 8425].

³⁶⁵⁵ BAYLOS GRAU, A. P., CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a. F.: *Instituciones de derecho procesal laboral*, cit., p. 283

³⁶⁵⁶ Artículo 6.4 del Código Civil.

³⁶⁵⁷ Artículo 6.3 del Código Civil.

malintencionadamente, las condiciones para la aplicación del orden normativo más favorable a los propios intereses³⁶⁵⁸.

Pero al final se rechaza por la jurisprudencia la posibilidad de declarar la nulidad radical de un despido por su carácter fraudulento³⁶⁵⁹. Doctrina que no puede ser compartida³⁶⁶⁰: creemos conveniente que debiera de diferenciarse las consecuencias de un despido no sustentado en la gravedad y culpabilidad exigida en la justa causa que un despido directamente sin causa alguna.

En definitiva, en el estado actual del ordenamiento jurídico, la calificación del despido nulo por fraude de ley no tiene cabida en la legislación procesal, ni siquiera con el carácter excepcional o extremo con que era admitido bajo el imperio de la derogada Ley de Procedimiento Laboral de 1990³⁶⁶¹. Por tanto, esta figura cuya consecuencia jurídica era el despido nulo ha de ser reconducida a la calificación de despido improcedente: la calificación de despido improcedente es la que resulta aplicable a un despido en el que no se acredita la causa invocada por el empresario, sea ésta disciplinaria o de otra naturaleza. El denominado despido fraudulento de creación jurisprudencial no resulta ya conciliable con la nueva regulación de los efectos del despido. Esta doctrina es aplicable también a los supuestos en los que “*se establece el motivo real del despido, pero éste no tiene la protección del ordenamiento, porque cuando no hay causa legal para la extinción del contrato de trabajo y la causa real no se encuentra entre las tipificadas como determinantes de la nulidad del despido la calificación aplicable es la de improcedencia*”³⁶⁶².

En este sentido, una cosa es que el empleador sea incapaz de acreditar o demostrar procesalmente la existencia de un motivo determinante para finalizar la relación laboral –verdad formal– y otra muy diferente es que resulte acreditado que el motivo por el que se sustenta el despido no existe o es meramente ficticio o absolutamente arbitrario o caprichoso, imputado por el empresario al trabajador a sabiendas de que no tiene la más mínima apariencia de verosimilitud pero con el propósito de desvincularse de una relación laboral que ya no desea³⁶⁶³. Afirmaciones que han de ponerse inmediatamente en relación con una consideración: que el verdadero instrumento de ajuste de plantillas en España es el despido individual, más específicamente el despido disciplinario, lo que –a su vez– permite afirmar la existencia de una inmensa mayoría de despidos económicos encubiertos y sustentados en despidos improcedentes disciplinarios³⁶⁶⁴.

³⁶⁵⁸ MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Despido nulo”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al*: *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 111.

³⁶⁵⁹ STS 2 de noviembre de 1993 [RJ 1993, 8346].

³⁶⁶⁰ *Vid.* al respecto MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Despido nulo”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al*: *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 111.

³⁶⁶¹ STS 19 de enero de 1994 [RJ 1994, 352].

³⁶⁶² STS 29 de enero de 2001 [RJ 2001, 2069].

³⁶⁶³ MOLINA NAVARRETE, C.: “La recalificación judicial del despido en fraude de ley: una nueva Edad Media en el derecho del trabajo post-moderno”, en CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al*: *Presente y futuro de la Regulación del Despido*, cit., p. 468.

³⁶⁶⁴ MALO OCAÑA, M. Á.: “La evolución institucional del despido en España: una interpretación en términos de un accidente histórico”, en *Revista de Historia Económica - Journal of Iberian and Latin American Economic History*, cit., p. 91.

4.3 Despidos durante las circunstancias biológicas y familiares particularmente protegidas

4.3.1 Despidos durante el embarazo

La prohibición de discriminación amparada en el género y reconocida por el artículo 14 de la Constitución Española, así como por la normativa y jurisprudencia comunitaria³⁶⁶⁵, venía concediendo –desde antaño– el carácter de nulo a los despidos cuyo verdadero motivo fuera el embarazo de la trabajadora, tanto si la acción del despido se había ocasionado por la facultad de desistimiento del vínculo contractual propio del período de prueba³⁶⁶⁶, por la no renovación de un contrato temporal³⁶⁶⁷, o por un despido disciplinario³⁶⁶⁸. Evidentemente se considera discriminatorio no sólo el trato lesivo que se apoya en el género de la persona sino también aquellos comportamientos que se fundan en la concurrencia de condiciones o particularidades ligadas directamente al sexo de la persona a la que afecta –como la situación de embarazo–³⁶⁶⁹.

La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, introdujo medidas proclives a la protección de los trabajadores frente a la extinción del contrato de trabajo en circunstancias biológicas o familiares dignas de una protección especial, estableciendo expresamente que serían nulos los despidos “*de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión*”³⁶⁷⁰, mientras no se pruebe la confluencia de causa real, seria y objetiva que permita apreciar la decisión empresarial extintiva ajustada a derecho³⁶⁷¹. Esta garantía no puede ser estimada como una prohibición absoluta de despido durante todo el período de embarazo: el contrato podrá verse extinguido por despido disciplinario cuando concurra verdadera causa disciplinaria.

La doctrina judicial anterior –antes del cambio de posición– y a diferencia de la actual jurisprudencia, estimaba necesario que el empresario tuviese conocimiento de la situación de embarazo de la trabajadora para que pudiese desprender efectos la nulidad de su despido, conocimiento que podía producirse por cualquier medio³⁶⁷²: bastaba con que el superior jerárquico de la trabajadora conociera el estado de gestación para esperar

³⁶⁶⁵ Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero, 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 sustituida por la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación y Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

³⁶⁶⁶ STC 94/1984, de 16 de octubre [RTC 1984, 94] y STC 166/1988, de 26 de septiembre [RTC 1988, 166]. Vid. STSJ Castilla y León/Valladolid 23 de julio de 2014 [JUR 2014, 222255] y STSJ Madrid 22 de noviembre de 2013 [AS 2014, 981].

³⁶⁶⁷ STC 173/1994, de 7 de junio [RTC 1994, 173] y STJCE 4 de octubre de 2001 [TJCE 2001, 260].

³⁶⁶⁸ STC 136/1996, de 23 de julio [RTC 1996, 136].

³⁶⁶⁹ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, cit., p. 141.

³⁶⁷⁰ Actual artículo 55.5.b) ET, introducido por el artículo octavo de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre.

³⁶⁷¹ STSJ Andalucía/Sevilla 18 de diciembre de 2008 [AS 2009, 815] y STSJ Castilla-La Mancha 11 de noviembre de 2010 [AS 2010, 3132].

³⁶⁷² ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al.*: *Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 1126.

que la noticia se transmitiera al departamento de recursos humanos de la empresa para efectuar el despido³⁶⁷³; o que el embarazo de la trabajadora fuera patente como ocurre en el supuesto de despido producido diez días antes del parto³⁶⁷⁴; o que el despido se produjera el mismo día en que la trabajadora causaba baja por amenaza de aborto³⁶⁷⁵; o por una razón inicial más genérica que posteriormente se concretaba en amenaza de aborto³⁶⁷⁶.

Posteriormente, y en la necesidad o no del conocimiento por el empresario de la condición de embarazo de la trabajadora, se unificó doctrina a favor del conocimiento empresarial por las siguientes razones³⁶⁷⁷:

a) El móvil de la resolución extintiva. El presupuesto de que un despido sea motivado por el embarazo de una trabajadora se ubica en el propio conocimiento del estado de gestación por el empresario. Siendo ello así, la tesis de la nulidad objetiva del despido por embarazo que por hipótesis prescinde del móvil de la decisión extintiva, no se ajusta a la finalidad de la norma expresa e inequívocamente formulada en la parte expositiva de la ley.

b) La seguridad jurídica. El principal ingrediente de la seguridad jurídica es la certeza –conocimiento seguro y claro– del derecho. Pues bien, la certeza del derecho se sacrifica en la tesis de la nulidad objetiva más allá de lo que parece razonable e inevitable en la vida jurídica, en cuanto que la calificación de nulidad del despido, reservada a conductas empresariales merecedoras de un reproche especialmente severo, se hace depender en los supuestos de despido de mujeres en edad de procrear del dato totalmente azaroso del estado de gestación, imposible de conocer durante un cierto tiempo incluso por la propia mujer embarazada.

c) La postura del Tribunal Constitucional sobre la discriminación por embarazo a la luz del artículo 14 de la Constitución Española. El intérprete supremo de la Constitución ha venido entendiendo que el conocimiento empresarial de la gestación es requisito constitutivo de la conducta discriminatoria.

d) La presunción *iuris et de iure* del origen discriminatorio en el despido de trabajadoras embarazadas. A diferencia del supuesto genérico de despido discriminatorio en que el trabajador ha de acreditar un panorama discriminatorio respecto de un *tertium comparationis*, en esta modalidad específica de despido discriminatorio la trabajadora sólo tiene que probar que el empresario conocía su estado de gestación. Pero, como toda presunción, la establecida en el artículo 55.5.b) ET ha de apoyarse en un hecho indicio puesto que si no existe éste no puede haber presunción. El hecho indicio no es otro que el conocimiento del empresario de la situación de embarazo. Sobre esta base se sustenta el hecho presunto –irrebatible porque se trata de una presunción legal *iuris et de iure*– del móvil discriminatorio.

e) Los métodos para el conocimiento empresarial de la situación de embarazo al no exigir nuestro ordenamiento la comunicación al empresario. Basta con que éste tenga

³⁶⁷³ STS 26 de febrero de 2004 [RJ 2004, 1013].

³⁶⁷⁴ STSJ País Vasco 18 de enero de 2005 [AS 2005, 803].

³⁶⁷⁵ STSJ Galicia 13 de abril de 2004 [JUR 2004, 171543].

³⁶⁷⁶ STSJ Castilla y León/Burgos 10 de marzo de 2004 [AS 2004, 2033].

³⁶⁷⁷ STS 19 de julio de 2006 [RJ 2006, 6653].

conocimiento del mismo, bien porque sea apreciable a simple vista, bien porque el hecho sea conocido en el centro de trabajo para que corresponda automáticamente la calificación de nulidad, siempre y cuando no concurren razones que justifiquen la procedencia del despido.

Posteriormente se produce una transformación en la doctrina del Tribunal Constitucional que le hace mutar sustancialmente de posición jurisprudencial al justificar que tanto la letra del precepto como los criterios de interpretación conlleven a un despido nulo de naturaleza automática. Lo cierto es que nada en el artículo 55.5.b) ET permite apreciar que el legislador haya establecido como exigencia para la declaración de nulidad de los despidos efectuados durante el período de embarazo de una empleada, la acreditación del previo conocimiento por el empresario que despide y, menos aún, el requisito de una previa notificación por la trabajadora al empresario. Todos los criterios de interpretación gramatical, lógica y teleológica consideran que la nulidad del despido tiene en el artículo 55.5.b) ET un carácter automático vinculado exclusivamente a la acreditación del embarazo de la trabajadora. Por tanto, la regulación del artículo 55.5.b) ET conduce a una interpretación del precepto como configurador de una nulidad objetiva –distinta de la nulidad por causa de discriminación– y que actúa en toda situación de embarazo al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación. Es evidente que la finalidad esencial de la norma es la de combatir los despidos discriminatorios motivados por razón de embarazo que constituye uno de los principales desafíos a los que ha de hacer frente el derecho a la no discriminación por razón de sexo en las relaciones laborales.

En definitiva, se configura por el legislador un mecanismo de garantía reforzada en la tutela de las trabajadoras embarazadas, reforzamiento que posee, además, una clara relevancia constitucional desde la perspectiva prioritaria del derecho a la no discriminación por razón de sexo, que se ve reforzado al dispensar a la trabajadora de una prueba que en ocasiones puede ser enormemente complicada y cuya exigencia limitaría la eficacia del derecho fundamental. Finalmente, exonerar de esta prueba del conocimiento del embarazo sustituyéndola por la prueba de un hecho físico objetivo como es el estado de gestación en sí, constituye, sin duda, una medida de fortalecimiento de las garantías frente al despido de la trabajadora embarazada al tiempo que es plenamente coherente con el reconocimiento de su derecho a la intimidad personal y familiar –artículo 18.1 CE–³⁶⁷⁸.

Tras la precitada sentencia, el Tribunal Supremo perfecciona su anterior doctrina sustentando en la actualidad que salvo que el despido sea procedente, éste deberá ser calificado nulo al constituir discriminación por razón de sexo con independencia del conocimiento por el empresario, obstruyendo así la facultad de calificar el despido de improcedente: *“nuestra anterior doctrina tiene que ser modificada dada la doctrina que ahora fija el Tribunal Constitucional, desde la perspectiva constitucional del precepto, en sentencia 92/2008, de 31 de julio, al estimar el amparo en caso sustancialmente idéntico, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la LOPJ de 1 de julio de 1985, sobre la interpretación de las leyes conforme a la interpretación de los principios*

³⁶⁷⁸ STC 92/2008, de 21 de julio [RTC 2008, 92]. En este sentido, STSJ Andalucía/Sevilla 23 de febrero de 2017 [JUR 2017, 174144], STSJ Andalucía/Málaga 17 de diciembre de 2015 [AS 2016, 335], STSJ Canarias/Las Palmas 29 de mayo de 2013 [AS 2013, 3151] y STSJ Madrid 22 de diciembre de 2012 [AS 2012, 82].

*constitucionales*³⁶⁷⁹. Se introduce así un elemento adicional de protección frente al régimen general consistente en descartar la improcedencia del despido como calificación posible³⁶⁸⁰.

Por tanto, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial vigente, se configura una nulidad objetiva que actúa en toda situación de embarazo –automáticamente³⁶⁸¹–, con independencia del conocimiento por el empresario³⁶⁸². Por consiguiente, si la empleada despedida está embarazada y el despido no es declarado procedente, entonces la calificación que actúa es la de nulidad siempre que la trabajadora demuestre que en el momento de extinguir la relación laboral –indistintamente de que el empresario tuviera conocimiento– se encontraba en estado de gestación³⁶⁸³.

La finalidad de esta protección es conceder a la trabajadora embarazada una tutela más eficiente que la custodia ordinaria frente a la discriminación, dispensándola de la carga de atestiguar indicio alguno sobre el quebrantamiento del derecho fundamental y eximiéndola de probar que el empresario tenía real conocimiento del embarazo; controversia que incumbe a la esfera más íntima de la persona y que la trabajadora puede desear mantener –legítimamente– preservado del conocimiento ajeno. Asimismo, también se subsana la dificultad probatoria de acreditar la citada circunstancia –conocimiento empresarial– que incluso se presenta atentatoria contra la dignidad de la mujer³⁶⁸⁴.

4.3.2 Despidos durante la suspensión por maternidad, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, paternidad, riesgo durante el embarazo o la lactancia natural, o por enfermedades ocasionadas por el embarazo, el parto o la lactancia natural, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos

En nuestro ordenamiento jurídico se concede protección a los intereses familiares en relación al despido disciplinario, transformándose en intereses privilegiados y dignos de una afianzada protección, consagrándose una tutela cada vez más potente frente a las extinciones de los contratos de trabajo, no solo de mujeres sino también de hombres trabajadores que van a poder gozar del permiso correspondiente, así como empleados –hombres y mujeres– que posean bajo su custodia a menores en adopción o en acogimiento. Nuestro prototipo legal defiende tanto la maternidad como la paternidad, la natalidad y la familia³⁶⁸⁵.

Tal prerrogativa –frente a la extinción del contrato de trabajo– se desliga del tenor literal del artículo 55.5.a) ET, en virtud del cual, se estiman nulos los despidos de

³⁶⁷⁹ STS 17 de octubre de 2008 [RJ 2008, 7167].

³⁶⁸⁰ BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J.: *El despido o la violencia del poder privado*, cit., p. 138.

³⁶⁸¹ LÓPEZ INSUA, B. M.: *El principio de igualdad de género en el derecho social del trabajo*, Murcia, Laborum, 2017, pp. 221 y ss.

³⁶⁸² STS 28 de noviembre de 2017 [RJ 2017, 5657].

³⁶⁸³ Vid. SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Protección objetiva de la embarazada frente a su despido. Comentario a la STC de 21 julio 2008 (RTC 2008, 92)”, en *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*, núm. 14, 2008, pp. 17 y ss.

³⁶⁸⁴ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 282.

³⁶⁸⁵ STSJ Cantabria 29 de diciembre de 2001 [AS 2002, 284], STSJ Cantabria 15 de marzo de 2002 [AS 2002, 1275] y STSJ Extremadura 31 de mayo de 2012 [AS 2012, 1764].

*“los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 45, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período”*³⁶⁸⁶.

El hecho de que pueda localizarse un despido nulo por lesivo de derechos fundamentales o libertades públicas, no es óbice para que un despido pueda ser considerado también discriminatorio, dando lugar a que el trabajador afectado disfrute de dos posibilidades: solicitar la nulidad del despido por lesivo de derechos fundamentales o considerar el despido discriminatorio. El plus de protección que otorga la primera de las opciones hará que con probabilidad sea la más utilizada. Sin embargo, la diferencia más patente entre ambos despidos se localiza en el ámbito procesal ya que tanto el objeto de la prueba como el debate son diferentes. De acuerdo con lo manifestado, en el despido que se pretenda la nulidad por lesión de derechos fundamentales o libertades públicas, es conveniente aportar pruebas indiciarias de que la conducta empresarial posee un móvil discriminatorio o lesivo de los derechos fundamentales del trabajador. Por el contrario, en el despido nulo por discriminatorio, no se requiere elemento indiciario alguno de la conducta empresarial ilícita sino que es suficiente con el dato objetivo de la coincidencia en el tiempo entre el despido y el tiempo de ejercicio del derecho por el trabajador³⁶⁸⁷.

En supuestos de disfrute de baja por maternidad de la madre trabajadora, tal caso enlazaría automáticamente con la garantía de inmunidad propia de su estado de embarazo³⁶⁸⁸. De la misma prerrogativa de inmunidad deben gozar los trabajadores que pasen a situación de suspensión contractual por adopción o acogimiento y los hombres que se inclinen por profesar su derecho a disfrutar de permisos por paternidad desde la fecha en que hayan avisado a la empresa de su voluntad de ejercer este período de suspensión; en otros términos, antes del comienzo del disfrute efectivo. Sin embargo, la norma tampoco es aclaratoria en este supuesto dado que la garantía se ha de aplicar cuando el despido se efectúa durante las situaciones de suspensión o cuando se haya notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período³⁶⁸⁹.

En efecto, el último inciso del artículo 55.5.a) ET establece que será nulo el despido *“notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos períodos”*. La expresión *“plazo de preaviso”* no es utilizada por el legislador en sentido técnico. En la colectividad de los incidentes suspensivos que se aprecian en el ET, su duración no avala que la calificación judicial del despido vaya a suceder durante el período de suspensión del contrato, de tal forma que se estaría abriendo la

³⁶⁸⁶ Vid. MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N. y GARCÍA VALVERDE, M^a. D.: “Artículo 107. Hechos probados”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al: Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, cit., p. 602.

³⁶⁸⁷ MARÍN ALONSO, I.: “Despido nulo: supuestos y efectos”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 339.

³⁶⁸⁸ STS 28 de noviembre de 2017 [RJ 2017, 5657] y STSJ País Vasco 19 de septiembre de 2000 [AS 2000, 3477].

³⁶⁸⁹ STSJ Madrid 11 de julio de 2014 [AS 2014, 2056] y STSJ Castilla y León/Valladolid 24 de julio de 2000 [AS 2000, 4314].

posibilidad de calificar el despido de improcedente, con la facultad empresarial de escoger entre readmisión o indemnización, que es lo que la colocación de este apunte final del artículo 55.5.a) ET trata de eludir al calificarse el despido de nulo³⁶⁹⁰.

Tales garantías en su constitución normativa originaria descuidaban toda protección al finalizar las situaciones de suspensión por maternidad, adopción o acogimiento –sin perjuicio de que los despidos elaborados en ese momento pudieran declararse nulos previa confirmación de discriminación–. Es más, desde la normativa comunitaria no se estimaban ilícitas las extinciones de las relaciones laborales en los períodos inmediatamente posteriores a la finalización de baja por maternidad cuando el fundamento para la resolución laboral fueran las ausencias reiteradas al trabajo por patologías supeditadas al embarazo que se manifestaran en momento posterior a la maternidad³⁶⁹¹. Pero estas contrariedades han sido atemperadas por nuestro ordenamiento jurídico, añadiéndose, por un lado, nuevas circunstancias suspensivas –enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural³⁶⁹²– y, por otro, incrementándose la cobertura de la garantía de inmunidad –tanto para hombres como mujeres– al período posterior al disfrute de las situaciones de suspensión por maternidad, paternidad, acogimiento o adopción, con el límite temporal legal de nueve meses a contar desde la fecha del nacimiento, adopción o acogimiento del hijo –artículo 55.5.c)³⁶⁹³–. En mención a la garantía en situación de suspensión por riesgo durante el embarazo, no se localizan especiales problemas, porque al iniciarse esta última condición, la trabajadora ya disfruta de la garantía de inmunidad propia del estado de embarazo. Del mismo modo, no se plantean dificultades cuando finaliza la situación de riesgo por embarazo y la gestación prosigue su curso³⁶⁹⁴.

4.3.3 Despidos durante otras situaciones amparadas por el legislador para favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras: permiso, reducción de jornada o excedencia

De acuerdo con el artículo 55.5.b) ET serán también nulos los despidos en los siguientes supuestos: “*el de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los artículos 37.4, 5 y 6, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el artículo 46.3*”.

En efecto, la protección de los intereses familiares en relación a los intereses profesionales se encuentran igualmente preservados por nuestro ordenamiento jurídico en los apartados 4 –lactancia de hijo menor de nueve meses³⁶⁹⁵–, 5 –hospitalización de

³⁶⁹⁰ *Ibidem*.

³⁶⁹¹ STJCE de 30 de junio de 1998 [TJCE 1998, 159].

³⁶⁹² Artículo 55.5.a).

³⁶⁹³ “*El de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción, delegación de guarda, acogimiento, o paternidad a que se refiere el artículo 45.1.d), siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción, delegación de guarda o acogimiento del hijo o del menor*”.

³⁶⁹⁴ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, cit., p. 149.

³⁶⁹⁵ “*Para la lactancia del menor hasta que este cumpla nueve meses, los trabajadores tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples*”.

neonatos³⁶⁹⁶– y 6 –guarda legal³⁶⁹⁷– del artículo 37 ET. Tales derechos también detentan un espacio de custodia para las personas que hayan solicitado o estén disfrutando de las excedencias por motivos familiares recogidas en el artículo 46.3 ET – por cuidados de hijos naturales o adopción, por acogimiento permanente o preadoptivo, o por cuidado de familiares que por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan desenvolverse por sí mismos y no ocupen actividad retribuida–. Además su ámbito de aplicación desprende efectos a cualquier trabajador –hombre o mujer–.

Al igual que en los casos anteriores se presume la nulidad del despido del empresario en tales circunstancias. De esta forma, no solo se respalda la protección frente a despidos suspicaces de ser declarados discriminatorios por razón del ejercicio de los derechos recogidos en la legislación laboral, sino que además también se garantiza la continuidad en la empresa durante el disfrute de estos derechos conciliadores de responsabilidades familiares y profesionales –a excepción de que se perpetre una falta laboral suficientemente grave con la que acreditar la declaración de procedencia del despido disciplinario–.

En tales casos, tampoco se exige a los empleados la contribución de una prueba que muestre el carácter discriminatorio de la decisión de extinguir la relación laboral, sino la evidencia de que el despido concurre cronológicamente con la situación legalmente protegida. Por tanto, una vez atestiguada la concurrencia del despido con la situación legal protegida, es el empresario quien posee la integridad de la carga probatoria para justificar que hay razones más que suficientes para respaldar su decisión extintiva. De este modo, aunque exista causa real y seria de carácter disciplinario que haya sido el detonante de la decisión de extinguir el contrato, si tal fundamento no se estima adecuado a efectos de su calificación como procedente, el despido constituido durante este período de garantía se sopesará nulo³⁶⁹⁸.

El ámbito de aplicación temporal de los empleados comienza desde el instante de la solicitud del permiso o procedencia hasta la finalización de su disfrute. Concluido el período de tiempo de protección de esta garantía, la presunción de nulidad –que tutelaba al trabajador– deja de desprender sus efectos, sin perjuicio de que si se origina la extinción de la relación laboral, se localice causa discriminatoria con la que poder estimar el despido como nulo –pero sin perímetro jurídico de protección para situaciones protegidas con las que favorecer la avenencia de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras–.

Situación complicada es aquella en la que la decisión de extinguir la relación laboral con el trabajador hubiera sido concebida o desarrollada antes de poner en conocimiento del empresario, la voluntad de ejercer el derecho de los permisos o

³⁶⁹⁶ “En el caso de nacimiento de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, la madre o el padre tendrán derecho a ausentarse del trabajo durante una hora. Asimismo, tendrán derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional del salario. Para el disfrute de este permiso se estará a lo previsto en el apartado 7”.

³⁶⁹⁷ “Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de doce años o una persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella”, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.

³⁶⁹⁸ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, cit., p. 150.

excedencia que concede la legislación laboral. En estos casos, y de una apreciación literal del artículo 55.5 ET, así como de la verdadera intención del legislador –asegurar en cualquier caso la continuidad del empleo– si la decisión de despedir se exterioriza en un momento posterior a la advertencia de la intención de emplear el permiso o la excedencia, el despido habría que estimarlo nulo. Por contra, si el despido se manifiesta en un momento anterior al anuncio por el trabajador del disfrute de estas garantías, habida cuenta de la ejecutividad del despido, no podrá descartarse la declaración de improcedencia –por lo que el despido no solo podría ser declarado procedente o nulo sino también improcedente–. Veamos casos particulares más minuciosamente:

- a. Despido nulo de trabajadores que hayan solicitado o estén disfrutando de permiso por lactancia de hijo menor de nueve meses, reducción de jornada por hijos recién nacidos que requieran hospitalización, o reducción de jornada por razones de cuidado directo de menores de doce años, discapacitados o familiares que no puedan valerse por sí mismos

El artículo 55.5.b) ET declarará nulo el despido de los trabajadores que hayan solicitado o estén disfrutando alguno de los permisos previstos en los apartados 4, 5 y 6 de artículo 37: a) permiso por lactancia de hijo menor de nueve meses; b) permisos o reducción de jornada por hijos recién nacidos que requieran hospitalización; o, c) reducción de jornada por razones de cuidado directo de menores de doce años, discapacitados o familiares que no puedan valerse por sí mismos

Al respecto es necesario valorar el período de tiempo que cubre la protección por despido de los trabajadores en las citadas situaciones. La garantía de indemnidad en relación al período de tiempo que cubre la protección por la extinción de la relación laboral con ocasión de la efectividad del ejercicio de los derechos que nuestra legislación dedica para reducir la jornada y conciliar los intereses familiares y laborales, envuelve tanto el tiempo del disfrute de los mismos como el período previo de haberlos solicitado aun cuando su disfrute efectivo no haya comenzado aún³⁶⁹⁹. Cuando el artículo se refiere a la expresión “*hayan solicitado*”, está extendiendo la protección al momento anterior de haber requerido el permiso de lactancia o reducción de la jornada – sea por hijos recién nacidos que requieran hospitalización o por razones de cuidado directo de menores de doce años, discapacitados o familiares que no puedan valerse por sí mismos– debiendo de ponerse en conexión con el artículo 37.7 ET, que establece que la concreción horaria y la determinación del período de disfrute del permiso de lactancia y reducción de jornada corresponderán al trabajador y que, salvo fuerza mayor, deberá preavisar al empresario con una antelación de quince días, a excepción de que se haya establecido otra por convenio colectivo, precisando la fecha en que iniciará y finalizará el permiso de lactancia o la reducción de jornada. Sin embargo, cuando el artículo 55.5.b) ET habla de la nulidad del despido, éste parece solo comprender los permisos solicitados y no las reducciones de las jornadas. Este precepto establece que será nulo el despido de “*los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los artículos 37.4, 5 y 6, o estén disfrutando de ellos*”, sin aludir a las reducciones de jornada. Pero el artículo 37.7 ET, alude tanto a los disfrutes de permisos como a las reducciones de jornada, remitiendo las discrepancias a la “*jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social*”. De este modo parece completamente

³⁶⁹⁹ ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) et al: *Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 343.

apropiado extender la eventual nulidad de los despidos a las solicitudes o disfrute de las reducciones de jornada³⁷⁰⁰.

En definitiva, será nulo el despido de los trabajadores que hayan solicitado o estén disfrutando del permiso por lactancia de hijo menor de nueve meses; que hayan solicitado o estén disfrutando de permisos o reducción de jornada por hijos recién nacidos que requieran hospitalización; o que hayan solicitado o estén gozando de reducción de jornada por razones de cuidado directo de menores de doce años, discapacitados o familiares que no puedan valerse por sí mismos, asignándose al artículo 37.7 ET, la potestad para solventar las ocasionales discrepancias correspondientes a estos permisos o reducciones de jornada.

En la valoración de los términos del ejercicio de los derechos correspondientes, existen discordancias que pueden suscitar apreciaciones contradictorias en la concreción del horario y el señalamiento de los períodos de tenencia de determinadas garantías. Por un lado, el artículo 37.7 ET establece que *“la concreción horaria y la determinación del período de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada, previstos en los apartados 4 y 6, corresponderán al trabajador, dentro de su jornada ordinaria”*. Pero el artículo 139 LRJS dispone que *“el trabajador dispondrá de un plazo de veinte días, a partir de que el empresario le comunique su negativa o su disconformidad con la propuesta realizada por el trabajador, para presentar demanda ante el Juzgado de lo Social”*.

Pese a que el ET achaca evidentemente al trabajador la concreción horaria y la determinación de los períodos de disfrute, la LRJS parece referirse a otro sistema distinto: el trabajador se circunscribiría a realizar una proposición al empleador, que a su vez podría transmitir al trabajador su rotunda desavenencia, siendo este último quien poseería un plazo de veinte días para presentar la pertinente demanda a dicha negación. La dificultad central concierne en resolver cual de las dos posturas –la empresarial o la trabajadora– debe aplicarse hasta que se dictamine la resolución judicial pertinente³⁷⁰¹. En este sentido, creemos más apropiado resguardar la postura del trabajador al ser el máximo conocedor de su propia situación personal en relación al propósito perseguido –conciliación de la vida familiar y laboral–³⁷⁰².

El último párrafo del artículo 55.5 ET dispone que *“lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados”*. Es decir, la única excepción a la nulidad del despido es declarar la procedencia del mismo –sin que quepa la calificación de improcedencia durante las circunstancias biológicas y familiares particularmente protegidas– deduciendo que la preferencia propuesta por el trabajador es la que debe predominar pese a la disconformidad del empresario, y ello, porque el artículo 37.7 ET es el que concede al trabajador la concreción horaria y la determinación del período de disfrute del permiso y de la reducción de jornada. En otras palabras: en el caso de que ante la propuesta de concreción horaria del trabajador difiera el empresario proponiendo

³⁷⁰⁰ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, cit., pp. 1134 y 1135.

³⁷⁰¹ ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al: Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 344.

³⁷⁰² STS 15 de septiembre de 2016 [RJ 2016, 5042].

otra alternativa, el empleado no parece obligado a someterse a esta proposición, porque si se proyecta el despido disciplinario por desobediencia o rechazo a la propuesta del empresario, dicho despido –en principio– será calificado nulo por estar vinculado con el ejercicio de los correspondientes derechos que la normativa laboral considera merecedores de protección con independencia de cuál pueda ser la solución final practicada por el órgano juzgador en el supuesto de ser impugnadas –que deberá valorar la buena fe y las características del trabajo que desarrolla el empleado–.

El ejercicio de los derechos del trabajador ha de estar regido por los principios de buena fe sin hacer ilusorio, arbitrario, incómodo o imposible el derecho del empresario a organizar su trabajo³⁷⁰³. Si bien es cierto que de acuerdo con la finalidad perseguida por el legislador debe darse prioridad al trabajador que solicita la reducción de jornada, ello no comporta un derecho absoluto en la elección del tramo horario sino que deberá tenerse en cuenta las circunstancias que concurran en cada caso como son la dimensión de la plantilla, la concurrencia de varios trabajadores con derecho a reducir la jornada y los perjuicios que se produzcan en la actividad productiva³⁷⁰⁴. La facultad electiva no es absolutamente incondicionada sino susceptible de limitaciones que provienen de necesidades organizativas de la empresa razonablemente atendibles³⁷⁰⁵. Por esta razón es necesario coordinar los intereses contrapuestos que pudieran surgir mediante la ponderación de las respectivas razones que justifiquen la elección, sin que en modo alguno pueda resultar frustrado, ni siquiera menoscabado, el derecho legal del trabajador, pero cuya preferencia encuentra su límite en la finalidad a la que este derecho sirve y en su relación con las características del trabajo que haya de prestarse³⁷⁰⁶.

En principio, es lógico que la elección corresponda a quien tiene la guarda legal del menor o incapacitado, siempre y cuando el ejercicio del legítimo derecho de la trabajadora para elegir el horario más acorde con el desarrollo de las funciones inherentes a la patria potestad del menor o disminuido físico o psíquico, esté presidido por los principios de la buena fe, sin causar arbitraria o caprichosamente alteraciones o perjuicios innecesarios en la organización y distribución del trabajo que afecten tanto al empresario como a los compañeros; de existir conflicto entre el derecho del trabajador y la facultad organizativa de la empresa, habrá que analizarse si existen argumentos y razones suficientes que revelen como abusiva, insolidaria o injustificada, la postura del trabajador consistente en pedir la reducción de jornada en momento distinto del que propone y exige la organización empresarial no sólo en favor de la productividad, sino en beneficio común de todas las personas que intervienen en ella³⁷⁰⁷. Ante la colisión entre el poder de dirección del empresario –artículo 20 ET– y la guarda legal como causa de reducción de la jornada laboral, debe sacrificarse uno de ellos en favor de aquel considerado más digno de protección³⁷⁰⁸, pero siempre teniendo en cuenta que el

³⁷⁰³ Juzgado de lo Social de Pamplona 8 de junio de 2016 [AS 2016, 1691] y STSJ Cataluña 20 de octubre de 1994 [AS 1994, 3872].

³⁷⁰⁴ STSJ Baleares 9 de octubre de 1995 [AS 1995, 3628].

³⁷⁰⁵ STSJ La Rioja 27 de octubre de 2016 [AS 2016, 1823].

³⁷⁰⁶ STSJ Cantabria 13 de julio de 1993 [AS 1993, 3333].

³⁷⁰⁷ STSJ Andalucía/Málaga 9 de octubre de 1992 [AS 1992, 5029].

³⁷⁰⁸ STSJ Asturias 18 de enero de 2013 [AS 2013, 704], STSJ País Vasco 15 de enero de 2013 [AS 2014, 1252] y STSJ Navarra 21 de enero de 1994 [AS 1994, 20].

derecho ejercitado por el trabajador es prevalente en función de su específica finalidad³⁷⁰⁹.

En caso de disconformidad empresarial, si la concreción horaria efectuada por el trabajador es ejecutiva, el empresario deberá acatarla en un primer momento. Lo que no imposibilita que el empleador pueda disentir de la misma. Esta discrepancia concede un plazo de veinte días, “*a partir de que el empresario le comuniqué su negativa o su disconformidad con la propuesta realizada por el trabajador, para presentar demanda ante el Juzgado de lo Social*”³⁷¹⁰. Si el trabajador se opone a la discrepancia del empresario, la concreción efectuada por el empleado permanecerá siendo de aplicación hasta tanto no sea resuelto por el órgano competente, sin que el empresario pueda servirse de sus poderes disciplinarios, dado que si así procediera, el eventual despido tendría que estimarse nulo por encontrarse conectado con el ejercicio de los derechos que amparan al trabajador. Si por el contrario, el trabajador no se opone a la discrepancia del empresario, predomina la posición de la empresa al identificarse la postura del empleado con la tácita aceptación de la actitud empresarial, ratificando al empresario para la exigencia de la concreción horaria, incluso sirviéndose de sus poderes disciplinarios en caso de negativa del trabajador a cumplir el mandato pertinente, entre ellos, el despido³⁷¹¹.

La normativa laboral no establece plazo de tiempo alguno para que el empresario revele su disconformidad con la concreción consumada por el trabajador. La desavenencia del empresario puede exteriorizarse en cualquier momento del disfrute de estos derechos, siendo posible que los problemas de desacuerdo no broten en el trance inicial de la utilización efectiva de estos permisos o reducciones de la jornada sino en un momento posterior. Con independencia de cuando se manifiesten las razones organizativas empresariales del desacuerdo sus consecuencias serán las mismas que si hubieran surgido desde un primer momento. Por otro lado, nada imposibilita una modificación posterior de la concreción inicial por parte del trabajador para un mejor desarrollo de la finalidad protegida: negar que el trabajador pueda alterar su opción inicial no beneficia al cumplimiento de la pretensión para la que el derecho de reducción de la jornada o de los permisos pertinentes fueron constituidos.

En el procedimiento urgente regulado en el artículo 139 LRJS, no se debate sobre los correspondientes derechos, sino más bien sobre los términos concretos de su ejercicio. Por tanto, la discusión no es tanto jurídica sino de intereses. Por ello, la sentencia del órgano correspondiente será más de equidad que razonada en normas jurídicas. La valoración de los intereses en colisión y el examen de las circunstancias de hecho son patrones que encaminan al juez a estimar de razonable la concreción horaria hecha por el trabajador³⁷¹². En todo caso, cuando el trabajador ha ejercitado sus derechos sin transgredir los límites que impone su ejercicio con arreglo a los dictados de la buena fe, no cabe sino decantar la controversia en favor del titular del derecho, ya que es a quien inicialmente le corresponde la facultad de concretar la parte de su jornada

³⁷⁰⁹ STSJ Cantabria 14 de mayo de 1995 [AS 1995, 1878].

³⁷¹⁰ Artículo 139 LRJS.

³⁷¹¹ ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al*: *Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 346.

³⁷¹² ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al*: *Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 1140

durante la cual deja de prestar servicios³⁷¹³. En definitiva, en los casos de colisión de intereses, debe prevalecer aquella posición que se acredite más idónea para la atención del menor o disminuido con sacrificio del interés empresarial que no es, a estos efectos, objeto de una especial protección como la del trabajador³⁷¹⁴.

- b. Despido nulo de trabajadores que hayan solicitado o estén disfrutando de la situación de excedencia por cuidado de hijos y familiares

El artículo 55.5.b) ET declarará nulo el despido de los trabajadores que hayan solicitado o estén disfrutando alguna de las excedencias previstas en el apartado 3 del artículo 46 ET: a) excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, lo sea por naturaleza como por adopción, o en los supuestos de guarda con fines de adopción o acogimiento permanente, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa; o b) excedencia de duración no superior a dos años, salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva para que los trabajadores puedan atender el cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida.

Son normas comunes a las excedencias las siguientes³⁷¹⁵: 1) Las excedencias generan reserva del puesto de trabajo. Puesto de trabajo que será el propio del trabajador excedente durante el primer año o tiempo superior si el empleado forma parte de familia oficialmente numerosa³⁷¹⁶; o un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente una vez haya transcurrido el plazo de un año. Estamos, por tanto, ante un derecho incondicionado del trabajador al reingreso, con la correlativa obligación empresarial de volver a darle de alta como sucede en la excedencia forzosa. En consecuencia parece que lo más acorde al espíritu de la norma es aplicar a esta excedencia el contenido del artículo 46.1 ET, según el cual, el reingreso debe solicitarse dentro del mes siguiente a la fecha en que termina la excedencia, sin que el derecho incondicionado al reingreso pueda limitarse por convenio colectivo³⁷¹⁷. 2) Cuando un nuevo sujeto causante diera derecho a un nuevo período de excedencia, el inicio de la misma dará fin al que, en su caso, se viniera disfrutando³⁷¹⁸. 3) La excedencia constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. Por tanto, un mismo causante puede engendrar el derecho para uno o varios trabajadores que podrán ejercitarlo de modo sucesivo o simultáneo. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa³⁷¹⁹. 4) La duración de la excedencia puede consumirse de forma continuada o de modo fraccionado. En este último caso –fraccionado– la suma de las diversas fracciones no puede rebasar la totalidad de la duración de la excedencia correspondiente.

³⁷¹³ STSJ País Vasco 5 de diciembre de 1995 [AS 1995, 4754].

³⁷¹⁴ STSJ Cataluña 15 de enero de 1990 [AS 1990, 3930].

³⁷¹⁵ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al*: *Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 1141.

³⁷¹⁶ Artículo 46.3 ET.

³⁷¹⁷ STSJ Baleares 4 de julio de 2007 [JUR 2007, 308667].

³⁷¹⁸ Artículo 46.3 ET.

³⁷¹⁹ Artículo 46.3 ET.

El artículo 55.5.b) ET declarará nulo el despido de los trabajadores que hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia para el cuidado de hijos o familiares. No obstante, la nulidad del despido no solo engloba el período comprendido entre el momento previo del disfrute de esta excedencia –la solicitud– y su ejercicio efectivo, sino también el período posterior, consistente en la negativa de la empresa a la reincorporación del trabajador cuando la situación de excedencia concluya. En caso contrario, si se permitiese que la negativa del empleador al reingreso del trabajador excedente por cuidado de familiares pudiera ser calificado de despido improcedente y no nulo, estaríamos negando la eficacia que la propia ley trata de asegurar al trabajador. Lo anterior, siempre y cuando el despido no fuera declarado procedente por razones no vinculadas con el derecho de excedencia³⁷²⁰. Por tanto, la extinción de la relación laboral cuando el trabajador se encuentra ejerciendo su derecho de excedencia deberá ser declarada procedente o nula pero nunca improcedente.

4.3.4 Despidos de las víctimas de violencia de género que coincidan con el ejercicio de los derechos singulares de la legislación laboral

Serán también nulos los despidos de “*las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral*”³⁷²¹. Tal garantía responde al afán del legislador de aminorar el peligro existente cuando un trabajador ejerce derechos que pueden desfigurar el lógico desarrollo de la empresa. Pero también a la finalidad de descartar cualquier riesgo de poner en amenaza la vida, integridad o el derecho de asistencia integral de la mujer trabajadora y víctima de violencia de género cuando ésta pudiera abstenerse de profesar los derechos que la legislación laboral le satisface por el pavor de padecer un despido como represalia del empleador.

El ámbito de aplicación temporal de esta garantía comienza a surtir efectos desde el mismo instante en el que la trabajadora, en quien confluye la condición de víctima de violencia de género³⁷²², informa al empresario del propósito de ejercer tales derechos³⁷²³. La protección a las víctimas de violencia de género es objetiva y automática, por lo que no se precisa la exigencia de acreditar de forma precisa que la razón del despido disciplinario responde al ejercicio de estos derechos por la trabajadora³⁷²⁴. Por otro lado, quedan sin la protección de este precepto legal las mujeres trabajadoras y víctimas de violencia de género que no hayan solicitado protección y/o no hayan hecho uso de los correspondientes derechos laborales, por lo que en caso de extinción de la relación laboral, el apoyo de la trabajadora se limitaría tan solo a la protección genérica correspondiente de los despidos discriminatorios, sin la

³⁷²⁰ ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al*: *Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 349.

³⁷²¹ Artículo 55.5.b) ET.

³⁷²² La acreditación de las situaciones de violencia de género ejercida sobre las trabajadoras se producen conforme los requisitos del artículo 23 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que dispone lo siguiente: “*las situaciones de violencia que dan lugar al reconocimiento de los derechos regulados en este capítulo se acreditarán con la orden de protección a favor de la víctima. Excepcionalmente, será título de acreditación de esta situación, el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género hasta tanto se dicte la orden de protección*”.

³⁷²³ Auto TS 7 de febrero de 2017 [RJ 2017, 4859].

³⁷²⁴ STSJ Cataluña 3 de octubre de 2008 [AS 2008, 2201].

tutela legal de los despidos de este colectivo –es decir, sin que puedan resguardarse en la presunción objetiva y automática de las víctimas de violencia de género que hayan sido despedidas–.

Cuando una trabajadora víctima de violencia de género profesa alguno de los derechos de protección establecidos a su amparo en la normativa laboral su despido deberá ser calificado nulo. Esta posición de víctima de violencia de género deberá quedar fidedignamente refrendada al amparo del artículo 23 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, convirtiéndose en título de acreditación de esta situación, “*el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género hasta tanto se dicte la orden de protección*”. En la normativa laboral las medidas de protección laboral contra la violencia de género quedan establecidas en los artículos 37.8, 40.4 y 45.1.n) ET.

En virtud del artículo 37.8 ET, las trabajadoras que tengan la apreciación de víctimas de violencia de género, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tendrán derecho a la reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario o a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa³⁷²⁵. Estos derechos se ejercerán en los términos establecidos en los convenios colectivos, en los acuerdos entre la empresa y los representantes de los trabajadores o conforme lo acordado entre la empresa y los trabajadores afectados. En su defecto, la concreción de estos derechos corresponderá a la empleada víctima de violencia de género, siendo de aplicación las reglas establecidas en el apartado anterior, incluidas las relativas a la resolución de discrepancias. Ambas posibilidades –reducción de la jornada de trabajo y reordenación del tiempo de trabajo– pueden ser utilizadas tanto de manera alternativa como acumulativa.

En virtud del artículo 40.4 ET, las trabajadoras que posean la consideración de víctimas de violencia de género y que por las circunstancias que les rodean se vean obligadas a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venían prestando sus servicios, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tendrán derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente que la empresa tenga vacante en cualquier otro de sus centros de trabajo. En estos casos la empresa estará obligada a comunicar las vacantes existentes en dicho momento o las que se pudieran producir en el futuro. El traslado o el cambio de centro de trabajo tendrá una duración inicial de seis meses, durante los cuales, la empresa tendrá la obligación de reservar el puesto de trabajo que anteriormente ocupaba la trabajadora. Terminado este período, la víctima podrá optar entre el regreso a su puesto de trabajo anterior o la continuidad en el nuevo decayendo la mencionada obligación de reserva.

En virtud del artículo 45.1.n) ET, el contrato de trabajo podrá suspenderse por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género. El período de suspensión tendrá una duración inicial que no podrá exceder de seis meses, a excepción de que de las

³⁷²⁵ STSJ Cataluña 9 de febrero de 2017 [AS 2017, 745].

actuaciones de tutela judicial resultase que la efectividad del derecho de protección de la víctima requiriese la continuidad de la suspensión, lo que otorgará la posibilidad al juez de prorrogarla por períodos de tres meses con un máximo de dieciocho meses –artículo 48.10 ET–. Es un tanto confuso si ese máximo de dieciocho meses es solo de prórrogas o habrá que sumarle los seis meses iniciales. Por el propósito de esta figura jurídica lo más sensato es no comprender los seis meses iniciales al cómputo de los dieciocho meses que debieran ser solo de prórrogas.

4.4 La vertiente procesal del despido nulo

4.4.1 La modalidad procesal del despido cuando se invoque lesión de derechos fundamentales y libertades públicas: la técnica integradora y el reenvío para la aplicación de las garantías del proceso de amparo ordinario

En el ámbito laboral, los artículos 177 a 184 LRJS establecen un proceso preferente y sumario de tutela de los derechos fundamentales en el sentido del artículo 53.2 de la Constitución Española. El precepto constitucional reenvía a la modalidad procesal correspondiente las demandas que imploren la lesión de derechos fundamentales.

En el ámbito laboral, el artículo 53.2 de la Constitución Española se desarrolla procesalmente por una doble vía interdependiente: por un lado, los artículos 177 a 183 LRJS que se refieren a la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas a través del proceso laboral de amparo ordinario –no a los especiales como el proceso por despido–; por otro, el artículo 184 LRJS que se refiere a la tutela de los derechos fundamentales en el marco de otras modalidades procesales –donde se sitúa la modalidad procesal especial del despido, ya estudiada y comentada–.

Pero sea cual sea la modalidad utilizada, lo importante es que, de acuerdo a una interpretación integradora e incorporativa, se aplican las garantías del proceso de amparo a todas las modalidades procesales especiales a las que se refiere el artículo 184 LRJS: es decir, las garantías de los artículos 177 a 183 LRJS, también serán aplicables a los procesos especiales del artículo 184 LRJS. Y así lo establece la propia ley procesal: *“cuando la tutela del derecho deba necesariamente realizarse a través de las modalidades procesales a que se refiere el artículo 184, se aplicarán en cuanto a las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas las reglas y garantías previstas en este capítulo, incluida la citación como parte al Ministerio Fiscal”*³⁷²⁶.

Entre las garantías destacan: la intervención del Ministerio Fiscal –artículo 177.3 LRJS–; el carácter de urgente y el principio de preferencia –artículo 179.1 LRJS–; la posibilidad de suspensión de los efectos del acto impugnado como medida cautelar –artículo 180 LRJS–; el establecimiento de reglas específicas para facilitar la carga de la prueba una vez justificada la concurrencia de indicios –artículo 181.2–; el alcance amplio del contenido del fallo –artículo 182.1 LRJS–; o la presencia del sindicato como coadyuvante del trabajador cuya libertad sindical u otros derechos hayan sido vulnerados –artículo 177.2 LRJS–.

³⁷²⁶ Artículo 178.2 LRJS.

En definitiva, las demandas por despido en que se invoque lesión de derechos fundamentales y libertades públicas se tramitarán, inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente a cada una de ellas –es decir, a la modalidad procesal del despido disciplinario–, dando carácter preferente a dichos procesos y acumulando las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas con las propias de la modalidad procesal respectiva.

En otros términos, la modalidad procesal del despido disciplinario es el cauce correcto y necesario para la sustanciación de las reclamaciones de despido con violación de derechos fundamentales pero debiéndose cumplir también las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas. Por tanto, se utiliza una técnica integradora de la normativa procesal especial de tutela de los derechos fundamentales y de la normativa reguladora del proceso por despido con el objetivo de garantizar la aplicación de las garantías procesales de tutela reforzada que exige genéricamente el artículo 53.2 CE³⁷²⁷.

4.4.2 El proceso de nulidad del despido como cauce para impugnar despidos lesivos de derechos fundamentales

El artículo 104 LRJS determina los requisitos generales de la demanda de despido; pero, en demandas fundadas en la lesión de derechos fundamentales ha de tenerse presente un contenido específico derivado de la propia pretensión haciendo referencia expresa a las causas reales del despido lesivo y a las reglas específicas sobre la carga de la prueba aportando indicios razonables que vinculen la conducta del empleador a la violación del derecho fundamental que se menciona: *“la demanda, además de los requisitos generales establecidos en la presente ley, deberá expresar con claridad los hechos constitutivos de la vulneración, el derecho o libertad infringidos y la cuantía de la indemnización pretendida, en su caso, con la adecuada especificación de los diversos daños y perjuicios”*³⁷²⁸.

4.4.2.1 Caducidad y exclusión de las actuaciones previas de conciliación y reclamación administrativa en el despido lesivo de derechos fundamentales

Para impugnar el despido se requiere la existencia del acto de extinción de la relación laboral que constituye la fecha de iniciación del cómputo del plazo de caducidad de la acción. El objeto del proceso especial por despido se asienta en la pretensión de que el despido sea declarado nulo o improcedente. Es un proceso especial por razón de su fundamento jurídico material, ya que es la propia naturaleza u objeto de la pretensión la que determina la especialidad procesal³⁷²⁹.

Incoado el proceso mediante la interposición de la demanda, le corresponde al juez revisar el acto de autotutela del empresario efectuando un control *ex post* de la decisión de despedir. Y se realiza esta comprobación porque fuera de toda actuación

³⁷²⁷ MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Despido nulo”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 114.

³⁷²⁸ Artículo 179.3 LRJS.

³⁷²⁹ MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Despido nulo”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 114.

judicial, el acto resolutorio de la relación laboral deviene de la propia decisión del empresario que, por expresa opción de política del derecho, su propio criterio se convierte en la instancia que decide la existencia y la sanción del incumplimiento del empleado procediendo –si lo estima correcto– a la ruptura del contrato de trabajo.

Al igual que la acción para repeler el despido improcedente, el despido lesivo de derechos fundamentales también se encuentra sometido al plazo de caducidad de veinte días. Igualmente, desde antaño el Tribunal Constitucional ha dispuesto que tanto la prescripción como la caducidad de la acción –artículo 59 ET– son aplicables a los actos impugnatorios de despidos lesivos de derechos fundamentales³⁷³⁰. El fundamento de la caducidad de la acción del despido se sustenta en la seguridad jurídica del sistema: en otros términos, que un despido no tenga la posibilidad de hallarse permanentemente sometido a revisión judicial. Es por esta seguridad jurídica –y por la existencia de interés público– que los efectos del despido son *ipso iure* pudiendo apreciarse la caducidad de oficio: para decretarse la caducidad es suficiente que el ejercicio de impugnación del despido sea extemporáneo aun cuando no haya sido alegado por el interesado³⁷³¹.

Establece el artículo 179.2 LRJS referido al proceso ordinario de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas que la “*demanda habrá de interponerse dentro del plazo general de prescripción o caducidad de la acción previsto para las conductas o actos sobre los que se concrete la lesión del derecho fundamental o libertad pública*”. Vinculando este precepto de la norma procesal con el artículo 103 del mismo texto, y en consonancia con el artículo 59.3 ET, puede enunciarse que cualquiera que sea la pretensión formulada contra el despido, la misma tendrá que formularse en el plazo máximo de veinte días hábiles siguientes a aquél en que se hubiera producido. No obstante, quizás hubiera sido más afortunado constituir plazos de caducidad vinculados a la lesión que se discute jurídicamente, pues no es lo mismo un despido improcedente que un despido nulo lesivo de derechos fundamentales, este último con relevancia constitucional. Llama la atención como la propia caducidad del despido se aleja de las reglas comunes y generales sobre la nulidad de los actos jurídicos de nuestro ordenamiento: es principio general que el acto o negocio nulo no es subsanable por prescripción o caducidad; en otros términos, el tiempo no ratifica los negocios nulos, por consiguiente, la acción de nulidad no se extingue por caducidad ni por prescripción³⁷³²; sin embargo, es una regla que admite excepciones establecidas por la ley –como la caducidad del despido nulo–³⁷³³.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido que la condición de permanente e imprescriptible de los derechos fundamentales es compatible con la instauración por parte del legislador de un límite temporal al ejercicio de la pertinente acción, dentro de la cual, el empleado despedido debe reaccionar frente a la concreta

³⁷³⁰ STC 21/1982, de 12 de mayo [RTC 1982, 21].

³⁷³¹ MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Despido nulo”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al.*: *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 116.

³⁷³² DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, cit., p. 480.

³⁷³³ MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Despido nulo”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al.*: *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 117.

lesión padecida³⁷³⁴. En suma, aun cuando el plazo de caducidad de un despido nulo es conforme a nuestro sistema jurídico, creemos que por su mayor relevancia y la afectación de derechos constitucionales, debería haberse establecido un régimen propio y peculiar en el tratamiento de la prescripción y la caducidad destinados a la protección de la violación de derechos fundamentales frente a actuaciones empresariales, más si se tiene en cuenta que el plazo de caducidad es verdaderamente breve y que comporta la consolidación de los efectos del acto con el que se produjo la lesión³⁷³⁵.

Sobre las actuaciones previas, el sistema procesal vigente interpone como requisito obligatorio el intento de conciliación –artículo 63 LRJS– y, paralelamente, la reclamación previa a la vía judicial social o administrativa –artículo 69 LRJS–. Sin embargo, de acuerdo con el artículo 64.1 LRJS, en los procesos de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas se exceptúa del requisito del intento de conciliación o, en su caso, de mediación los procesos que exijan el agotamiento de la vía administrativa. Igualmente y de acuerdo con el artículo 70 LRJS, no será necesario agotar la vía administrativa para interponer demanda de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas frente a actos de las administraciones públicas en el ejercicio de sus potestades en materia laboral y sindical. Ambas exclusiones –de la conciliación previa y de la reclamación administrativa previa– son expresiones del principio de sumariedad con los que eliminar trámites dilatorios en supuestos cualificados por la naturaleza de los intereses en juego³⁷³⁶. Igualmente esta supresión de los trámites deberá incorporarse a los procesos por despido del artículo 184 LRJS³⁷³⁷.

Si la demanda se admite a trámite, los actos de conciliación y juicio habrán de tener lugar dentro del plazo improrrogable de los cinco días siguientes –artículo 181.1 LRJS–, debiendo dictarse sentencia –que no podrá ser *in voce* al contrario de las medidas cautelares– en el plazo de tres días, siendo publicada y notificada inmediatamente a las partes –artículo 181.3 LRJS–; asimismo, la sentencia de este proceso será ejecutiva desde el momento en que se dicte, de acuerdo con la naturaleza de la pretensión reconocida; sin perjuicio del recurso que contra la misma pudiera interponerse y sin perjuicio de las limitaciones que pudieran acordarse para evitar o paliar perjuicios de imposible o difícil reparación –artículo 303.1 LRJS–³⁷³⁸.

³⁷³⁴ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “Artículo 179. Tramitación”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al: Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, cit., p. 990.

³⁷³⁵ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: “La prescripción de las acciones para la defensa de la libertad sindical”, en CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: III Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Jerez, 1985, p. 114.

³⁷³⁶ PEDRAJAS MORENO, A.: *Despido y derechos fundamentales. Estudio especial de la presunción de inocencia*, Madrid, Trotta, 1992, p. 199.

³⁷³⁷ MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Despido nulo”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 119.

³⁷³⁸ *Vid.* MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “Artículo 179. Tramitación”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al: Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, cit., pp. 989 y 990.

4.4.2.2 Garantías adicionales en la modalidad procesal de despido lesivo de derechos fundamentales: celeridad procedimental, intervención del Ministerio Fiscal y del sindicato coadyuvante potestativo y medidas cautelares como suspensión de los efectos del acto impugnado

La celeridad procedimental de este despido se estipula en el artículo 179.1 LRJS al establecer que *“la tramitación de estos procesos tendrá carácter urgente a todos los efectos, siendo preferente respecto de todos los que se sigan en el juzgado o tribunal. Los recursos que se interpongan se resolverán por el Tribunal con igual preferencia”*. De esta forma se consagra –en el proceso laboral de amparo– el principio de sumariedad cualitativa –artículos 177.1, 178 y 179 LRJS– y cuantitativa –artículos 181, 64.1 y 70 LRJS, entre otros–. Principios fundamentales totalmente aplicables al procedimiento del artículo 184 LRJS, en plena vinculación con el artículo 53.2 de la Constitución Española, y expresamente recogido en el precepto 178.2 de la ley procesal.

Esta preferencia es absoluta sobre todos los procesos –instancia y recursos– que se tramiten ante el mismo órgano judicial: los procesos que gozan de preferencia deben ser incoados inmediatamente después de la presentación del escrito en el que queda planteada la pretensión que los motiva, sin que deban esperar el turno que les correspondería de acuerdo con su presentación, y resueltos sin esperar el orden normal de señalamiento para la deliberación y fallo determinado por el momento de la conclusión de su trámite³⁷³⁹. Se da cumplimiento al principio de sumariedad cuantitativa con la preferencia de este procedimiento, en relación con los otros, ante el órgano judicial y su tramitación con carácter de urgencia, reduciendo los plazos procesales y concediendo mayor celeridad en la dinámica judicial –se eliminan determinadas exigencias–. Pero el principio de sumariedad cualitativa, que se refiere a la limitación del objeto del proceso a la lesión del derecho fundamental, no parece que se armonice con la lógica de la remisión y con la propia naturaleza de cada una de las modalidades procesales objeto de remisión por el artículo 184 LRJS. Al remitirse a la modalidad procesal correspondiente, en dicho proceso se podrán analizar conjuntamente todas aquellas cuestiones que estén relacionadas con la lesión del derecho fundamental y otras vulneraciones de la legalidad ordinaria, lo que no corresponde al cumplimiento del principio de sumariedad cualitativa de acuerdo con el concepto idealizado por la doctrina procesalista³⁷⁴⁰. Pero que no se cumpla de esta manera el principio de sumariedad cualitativa en las modalidades remitidas por el artículo 184 LRJS, no significa que no se cumpla con el artículo 53.2 de la Constitución Española, pues este precepto no se refiere a un concepto estricto de la sumariedad sino que hay distintas formas de cumplir legalmente la previsión constitucional. En suma, el proceso por despido lesivo de derechos fundamentales ha de quedar gobernado por un principio de celeridad, lo que significa que una vez admitida a trámite la demanda por despido lesivo de derechos fundamentales, en la tramitación del proceso –y de acuerdo con el principio de sumariedad cuantitativa– no se requerirá la observancia de los plazos establecidos en el artículo 82 LRJS –aplicables de ordinario a la modalidad procesal del despido, de acuerdo con la regla supletoria contenida en el artículo 102 LRJS–. Por el contrario, se

³⁷³⁹ Vid. MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “Artículo 177”, en MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N. y GALLEGU MORALES, A. J. (Dir.) *et al: Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral*, tomo II, Granada, Comares, 2001, p. 1087.

³⁷⁴⁰ BAYLOS GRAU, A. P., CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a. F.: *Instituciones de derecho procesal laboral*, cit., pp. 196 y 197.

aplicará el plazo establecido en el artículo 181 LRJS³⁷⁴¹, confirmando la interpretación integradora de la regla remisor de los artículos 184 y 178.2 LRJS y en plena conexión con el sistema de garantías que rige el proceso de amparo ordinario –artículos 177 y siguientes LRJS–³⁷⁴².

La intervención del Ministerio Fiscal como parte en el proceso y la posible intervención del sindicato coadyuvante potestativo se manifiestan en el artículo 177 LRJS. De acuerdo con el apartado 2 del citado precepto, podrán personarse como coadyuvantes, el sindicato al que el trabajador pertenezca o cualquier otro sindicato que ostente la condición de más representativo así como, en supuestos de discriminación, las entidades públicas o privadas entre cuyos fines se encuentre la promoción y defensa de los intereses legítimos afectados. Igualmente, y de acuerdo con el artículo 177.3 LRJS, el Ministerio Fiscal será siempre parte en estos procesos en defensa de los derechos fundamentales y de las libertades públicas. No obstante, y teniendo en cuenta el apartado 1 del citado artículo, la legitimación en el proceso por despido la ostenta el trabajador individual que invoca un derecho o interés legítimo³⁷⁴³.

Respecto a las medidas cautelares, de acuerdo con el artículo 180 LRJS, se podrá solicitar la suspensión de los efectos del acto impugnado, así como las demás medidas necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera acordarse en sentencia. Esta medida cautelar podrá ser acordada por el juez o tribunal cuando la ejecución del acto impugnado produzca perjuicios que pudieran hacer perder a la pretensión de tutela su finalidad, siempre y cuando la suspensión no ocasione perturbación grave y desproporcionada a otros derechos y libertades o intereses superiores constitucionalmente protegidos. Para que proceda la tutela cautelar, no se requiere de un pleno convencimiento de la existencia de lesión del derecho fundamental por el juzgador, sino que se consideren existentes los dos presupuestos fundamentales de las medidas cautelares: el *fumus boni iuris*³⁷⁴⁴ y el *periculum in mora*³⁷⁴⁵. La apariencia de buen derecho consiste en la valoración de indicios, elementos o circunstancias que rodean la solicitud de la medida cautelar, dotándola de una apariencia probable de legitimidad, justificando la adopción de una medida perjudicial o restrictiva para una de las partes en litigio. El peligro de la mora procesal se refiere a la posible producción de daños y perjuicios susceptibles de originarse como consecuencia del retraso en la emisión de la resolución definitiva³⁷⁴⁶. No obstante, en el caso de que se invoque vulneración de la libertad sindical se establece una regla especial: sólo se

³⁷⁴¹ “Admitida a trámite la demanda, el secretario judicial citará a las partes para los actos de conciliación y juicio conforme a los criterios establecidos en el apartado 1 del artículo 82, que habrán de tener lugar dentro del plazo improrrogable de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda. En todo caso, habrá de mediar un mínimo de dos días entre la citación y la efectiva celebración de aquellos actos”.

³⁷⁴² MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Despido nulo”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al*: *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 121.

³⁷⁴³ MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Despido nulo”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al*: *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., pp. 121 y ss.

³⁷⁴⁴ Apariencia de buen derecho.

³⁷⁴⁵ Peligro por la mora procesal.

³⁷⁴⁶ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “Artículo 180. Medidas cautelares”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al*: *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, cit., p. 999.

podrá deducir la suspensión de los efectos del acto impugnado cuando, en primer lugar, las presuntas lesiones impidan la participación de candidatos en el proceso electoral o el ejercicio de la función representativa o sindical respecto de la negociación colectiva, reestructuración de plantillas u otras cuestiones de importancia trascendental que afecten al interés general de los trabajadores, y, en segundo lugar, que puedan causar daños de imposible reparación³⁷⁴⁷. Esta garantía de medidas cautelares del artículo 180 LRJS debe extenderse también a los despidos lesivos de derechos fundamentales³⁷⁴⁸. El fundamento radica en la necesidad de garantizar la efectividad de la tutela judicial de los derechos lesionados con el objetivo de impedir la inmediata eficacia de las decisiones del empresario que han causado la transgresión de estos derechos, conectado así con la eficacia horizontal de los derechos fundamentales³⁷⁴⁹. Igualmente se prevé que pueda solicitarse la adopción de medidas cautelares en caso de huelga³⁷⁵⁰ o de protección frente al acoso³⁷⁵¹.

El escrito de interposición de la demanda es el momento oportuno para solicitar la adopción de la medida cautelar –artículo 180.1 LRJS–. Sin embargo el apartado 5 del mismo precepto, de manera incongruente, establece lo siguiente: “*de haberse solicitado medidas cautelares, dentro del día siguiente a la admisión de la demanda o a la solicitud*”. Con esta afirmación se deja abierta la posibilidad de una petición autónoma de la medida al margen de la demanda. Concretamente se considera que la medida también puede solicitarse en cualquier estado del proceso previo a la sentencia dando lugar a un incidente procesal en el que sólo se admitirán alegaciones y pruebas sobre la suspensión solicitada³⁷⁵².

Los trámites de las medidas cautelares son sumamente breves: “*de haberse solicitado medidas cautelares, dentro del día siguiente a la admisión de la demanda o a la solicitud, el secretario judicial citará a las partes y al Ministerio Fiscal para que, en el día y hora que se señale dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, comparezcan a una audiencia preliminar, en la que sólo se admitirán alegaciones y*

³⁷⁴⁷ Artículo 180.2 LRJS.

³⁷⁴⁸ Vid. ALBIOL MONTESINOS, I.: *El despido disciplinario y otras sanciones en la empresa*, cit., pp. 84 y ss.

³⁷⁴⁹ MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Despido nulo”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 123.

³⁷⁵⁰ Artículo 180.3 LRJS: “*podrá solicitarse la adopción de medidas cautelares cuando, en caso de huelga, se impugnen exclusivamente los actos de determinación del personal laboral adscrito a los mínimos necesarios para garantizar los servicios esenciales de la comunidad, así como cuando se impugnen los actos de designación del personal laboral adscrito a los servicios de seguridad y mantenimiento precisos para la reanudación ulterior de las tareas. El órgano jurisdiccional resolverá manteniendo, modificando o revocando la designación de personal adscrito a dichos servicios conforme a las propuestas que, en su caso, formulen al respecto las partes*”.

³⁷⁵¹ Artículo 180.4 LRJS: “*cuando la demanda se refiera a protección frente al acoso, así como en los procesos seguidos a instancia de la trabajadora víctima de la violencia de género para el ejercicio de los derechos que le sean reconocidos en tal situación, podrán solicitarse, además, la suspensión de la relación o la exoneración de prestación de servicios, el traslado de puesto o de centro de trabajo, la reordenación o reducción del tiempo de trabajo y cuantas otras tiendan a preservar la efectividad de la sentencia que pudiera dictarse, incluidas, en su caso, aquéllas que pudieran afectar al presunto acosador o vulnerador de los derechos o libertades objeto de la tutela pretendida, en cuyo supuesto deberá ser oído éste*”.

³⁷⁵² MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Despido nulo”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 123.

*pruebas sobre la justificación y proporcionalidad de las medidas, en relación con el derecho fundamental y el riesgo para la efectividad de la resolución que deba recaer, debiendo aportar la parte solicitante el necesario principio de prueba al respecto*³⁷⁵³. Sobre la actividad probatoria, la misma debe limitarse exclusivamente a lo que es objeto propio de la audiencia preliminar para demostrar la realidad del daño que se puede estar causando así como la imposibilidad de su reparación³⁷⁵⁴. Asimismo, en supuestos de urgencia excepcional, *“la adopción de las medidas cautelares podrá efectuarse por el juez o Sala al admitirse a trámite la demanda, sin perjuicio de que se celebre ulteriormente la comparecencia prevista en este número*³⁷⁵⁵. Es esta una medida excepcional pero que otorga márgenes de apreciación judicial con la que atender a la tutela cautelar de presuntas lesiones de un derecho fundamental o libertad pública. Por último, *“el órgano judicial resolverá al término de la audiencia sobre las medidas cautelares solicitadas mediante auto dictado de viva voz, adoptando, en su caso, las medidas oportunas para reparar la situación*³⁷⁵⁶. La medida cautelar tiene carácter instrumental y temporal: sus efectos durarán hasta que se dicte sentencia firme o hasta que el proceso finalice por alguna otra causa excepcional, pudiendo ser modificada o revocada durante el curso del procedimiento como consecuencia de una modificación en las circunstancias en las que la medida se adoptó³⁷⁵⁷.

4.5 La carga de la prueba y las reglas específicas en los despidos discriminatorios o lesivos de derechos fundamentales o libertades públicas y circunstancias particularmente protegidas

Las actuaciones discriminatorias no se desarrollan de acuerdo a un patrón común; específicamente, son comportamientos muy variados en matices y perfiles que pueden consistir en una acción o en una omisión, cuyo único elemento común es la lesión provocada al trabajador que sufre la actuación nociva³⁷⁵⁸. Las mayores dificultades surgen cuando la lesión del derecho fundamental o el elemento discriminatorio no se manifiesta de forma nítida poseyendo apariencia lícita: *“subsiste, pues, la dificultad probatoria señalada, por lo que podría seguir encubriéndose un despido lesivo de derechos fundamentales en un despido sin causa, o en unos hechos cuya veracidad ni siquiera trata de probarse si, una vez alegado por el trabajador que el despido vulnera un derecho fundamental, el empresario no tuviera que probar la existencia de una causa de entidad suficiente y sería explicativa en sí misma y por sí sola del despido, al margen del derecho fundamental invocado por el trabajador*³⁷⁵⁹.

En los actos y juicios que tutelan los derechos fundamentales –artículo 181 LRJS–, la brevedad del plazo para la convocatoria de las partes da idea de la urgencia

³⁷⁵³ Artículo 180.5 LRJS.

³⁷⁵⁴ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “Artículo 178”, en MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N. y GALLEGO MORALES, A. J. (Dirs.) *et al*: *Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral*, tomo II, cit., p. 1098.

³⁷⁵⁵ Artículo 180.5 LRJS.

³⁷⁵⁶ Artículo 180.6 LRJS.

³⁷⁵⁷ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “Artículo 180. Medidas cautelares”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al*: *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, cit., pp. 1003 y 1004.

³⁷⁵⁸ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La Ley de Bases de Procedimiento Laboral. Aspectos más sobresalientes de una reforma procesal anunciada”, en CRUZ VILLALÓN, J. y VALDÉS DAL-RÉ, F.: *Lecturas sobre la reforma del proceso laboral*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 147 y 148.

³⁷⁵⁹ STC 21/1992, de 14 de febrero [RTC 1992, 21].

con que se desea despachar los asuntos de protección de derechos fundamentales. De acuerdo con el citado artículo, cuando la demanda cumple todos los requisitos legales, la misma será admitida a trámite, y en la misma providencia se acordará la convocatoria para los actos de conciliación y juicio; además, si se hubiera solicitado también se procederá a la convocatoria para la audiencia preliminar sobre las medidas cautelares. El tiempo mínimo que debe mediar entre la citación y la celebración de los actos de conciliación y juicio es de dos días, atendiendo a la necesidad que tienen los demandados de habilitar los medios pertinentes con los que oponerse a la pretensión del trabajador despedido³⁷⁶⁰. Y de acuerdo con el artículo 96 LRJS, “*en aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad*”. Este precepto es una exégesis doctrinal del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo sobre las pruebas de los procesos en los que se discute la licitud de actuaciones empresariales cuando operan las prohibiciones de discriminaciones o violaciones de derechos fundamentales del trabajador³⁷⁶¹.

La doctrina del Tribunal Constitucional acoge como punto de referencia la dificultad de la prueba del hecho discriminatorio o lesivo de derechos fundamentales. El alto tribunal entiende que el empleado no se encuentra liberado de realizar actividad probatoria: en otros términos, el trabajador ha de probar o aportar indicios racionales que permitan constituir una cierta presunción sobre la existencia de la pretextada discriminación o lesión del derecho fundamental³⁷⁶². No se produce, en *ius strictum*, una inversión de la carga de la prueba sino más bien una corrección de la carga probatoria o de la presunción de discriminación o lesividad.

Al trabajador corresponde probar que está en juego el derecho fundamental y el principio que consagra su vulneración, y en tal supuesto, es cuando el empresario deberá destruir la presunción probando que existe una causa justificadora suficiente³⁷⁶³. Más que liberar al trabajador despedido de la carga probatoria, en realidad, el esfuerzo de su demostración se reduce, porque quien manifiesta la existencia de discriminación, ha de ser el que ha de probarla con hechos, lo que trae como consecuencia que sea el empresario quién ha de desarrollar actividad probatoria con objeto de destruir esa presunción. Lo consagrado en los artículos 96 y 181.2 LRJS no es estrictamente una inversión de la carga de la prueba, toda vez que el trabajador posee la obligación de probar la existencia de indicios racionales de discriminación; en suma, no basta afirmar que se ha producido un despido discriminatorio por parte del trabajador sino que ha de reflejar unos hechos de los que resulte una presunción o apariencia de discriminación³⁷⁶⁴. Una vez acreditados los pertinentes indicios corresponderá al

³⁷⁶⁰ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “Artículo 181. Conciliación y juicio”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al: Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, cit., p. 1005.

³⁷⁶¹ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, cit., p. 1143.

³⁷⁶² STC 66/1983, de 21 de julio [RTC 1983, 66].

³⁷⁶³ STC 34/1984, de 9 de marzo [RTC 1984, 34].

³⁷⁶⁴ STS 24 de septiembre de 1986 [RJ 1986, 5161].

empresario la prueba de la existencia de un motivo razonable de despido, absolutamente extraño a una conducta lesiva de un derecho fundamental, con el cual pueda estimarse que el despido habría tenido lugar por existir causas suficientes, reales y serias para entender razonable, desde la perspectiva disciplinaria, la decisión empresarial de extinguir la relación laboral³⁷⁶⁵. No es suficiente la mera alegación del hecho discriminatorio o lesivo de derechos fundamentales; es totalmente necesaria la aportación de indicios racionales sobre el comportamiento empresarial contrario a los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional fue distanciándose de la tesis de la versión de la carga de la prueba para acabar inclinándose por una distribución especial de la carga probatoria: se requiere de unos hechos de los que resulte una precisión o apariencia de discriminación o de lesión en tales derechos. En suma, realmente no se produce una verdadera inversión de la carga de la prueba³⁷⁶⁶.

El carácter complejo del mecanismo probatorio consagrado en el sistema legal se deduce de los artículos 96 y 181.2 LRJS. Los citados preceptos establecen la doctrina evolucionada del Tribunal Constitucional de no imponer expresamente la inversión de la carga de la prueba. El término indicio puede tener un valor jurídico-probatorio diverso, pues en algunos casos, constituye la base de una presunción estricta, pero en otros, constituirá únicamente un principio de prueba que ha de ser acreditada y que sólo generará en el juez una simple posibilidad de existencia del hecho en cuestión y no una certeza³⁷⁶⁷. El indicio trata de suministrar los elementos de prueba que permitan al juez presumir la realidad de los hechos discutidos. En suma, se pretende contribuir a una tutela efectiva de los derechos fundamentales del trabajador en situaciones o circunstancias donde es difícil la prueba del hecho lesivo del derecho vulnerado. Es una interpretación más favorable a la tutela de aquellos derechos sociales que tienen el máximo rango constitucional. La *ratio legis* de la normativa debe traducirse como otorgamiento de una amplia variedad de mecanismos de prueba aptos para conseguir el objetivo principal de facilitar la actividad probatoria de la parte que tiene más dificultades para ello. En otros términos, se trata de conceder una posición de ventaja en consideración a las dificultades reales de prueba y a los valores fundamentales en juego. La meta de la mecánica probatoria, *ex* artículos 96 y 181.2 LRJS, es la de garantizar una amplia protección del trabajador ante presuntas o supuestas conductas empresariales discriminatorias o lesivas de derechos fundamentales por medio de la pericia jurídica de la facilitación de la carga de la prueba, con objeto de proporcionar una aportación cognoscitiva al juez que ha de resolver el problema suscitado³⁷⁶⁸.

El mecanismo de la prueba se modula y flexibiliza para que, sin liberar de toda acreditación al trabajador, sea suficiente la aportación de elementos que posibiliten la

³⁷⁶⁵ STC 114/1989, de 22 de junio [RTC 1989, 114]. En este sentido, *vid.* STSJ Cataluña 24 de octubre de 2011 [AS 2011, 2566] y STSJ Canarias/Las Palmas 28 de junio de 2010 [AS 2010, 2871].

³⁷⁶⁶ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Notas sobre el significado atribuido a la prueba en los despidos discriminatorios o lesivos de derechos fundamentales”, en GÁRATE CASTRO, J. (Coord.) *et al.*: *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario: estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor “honoris causa” por la Universidad de Santiago de Compostela*, cit., pp. 156 y 157.

³⁷⁶⁷ CARNELUTTI, F.: *La prueba civil*, traducción de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., Buenos Aires, Depalma, 1982, pp. 191 y ss.

³⁷⁶⁸ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Notas sobre el significado atribuido a la prueba en los despidos discriminatorios o lesivos de derechos fundamentales”, en GÁRATE CASTRO, J. (Coord.) *et al.*: *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario: estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor “honoris causa” por la Universidad de Santiago de Compostela*, cit., pp. 160 y 161.

creación de una duda razonable sobre la probable existencia de una situación discriminatoria o lesiva del derecho fundamental. Los artículos 96 y 181.2 LRJS integran una normativa flexible respecto a la mecánica probatoria. El legislador es consciente de los límites existentes para la prueba de la discriminación o lesión del derecho fundamental por lo que decide otorgar amplias facultades al juez para que resuelva en términos jurídicos pero atendiendo a la lógica social.

El principio de prueba admisible en el sistema legal como técnica de facilitación ha sido definido como todo aquel componente que, sin ser adecuado plenamente para originar convencimiento y persuasión sobre la existencia de determinados acaecimientos jurídicos en el juez, induce a una creencia racional de su certeza³⁷⁶⁹. Con este elemento probatorio no se proporciona la plena convicción sino cierto grado de creencia. Nos encontramos ante un elemento de prueba que conduce a una graduación de la misma; se convierte en una prueba difusa o una prueba degradada que origina consecuencias dentro del proceso³⁷⁷⁰. Con esta prueba se obtiene una verdad que procede de una simple valoración de verosimilitud. Es un procedimiento elástico que genera una primera convicción en el juez y que induce a una creencia racional sobre su certeza. No comporta la exigencia ineludible de una demostración absoluta de los hechos³⁷⁷¹.

El principio de prueba no debe ser confundido con la prueba de presunciones o prueba indiciaria, pues a diferencia de lo que sucede con estas últimas, el principio de prueba no exige el enlace entre dos afirmaciones características de toda presunción³⁷⁷². No puede confundirse con la presunción porque ésta, aun no pudiéndose definir como una prueba segura, tiene eficacia probatoria. Ni con el indicio porque contribuye a conformar la convicción del juez. No obstante, el principio de prueba por sí solo no es suficiente para el convencimiento del juzgador. Además, el fundamento primero del principio de prueba es el de constituir el proceso —y no probar hechos—. El indicio puede abarcar cualquier elemento probatorio sustancialmente relevante con objeto de propiciar la convicción judicial sobre la mera probabilidad de que exista un clima discriminatorio, lo que no requiere prueba efectiva por parte del trabajador despedido³⁷⁷³. En cualquier caso, de apreciarse el principio de prueba, el empresario deberá contrarrestar con su actividad probatoria la verdad provisional establecida por las alegaciones fundadas por el trabajador³⁷⁷⁴.

³⁷⁶⁹ GUASP DELGADO, J.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Aguilar, 1948, tomo I, p. 344.

³⁷⁷⁰ BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J.: *El principio de prueba en el proceso civil Español*, Madrid, Montecorvo, 1989, p. 21.

³⁷⁷¹ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Notas sobre el significado atribuido a la prueba en los despidos discriminatorios o lesivos de derechos fundamentales”, en GÁRATE CASTRO, J. (Coord.) *et al: Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario: estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor “honoris causa” por la Universidad de Santiago de Compostela*, cit., p. 167.

³⁷⁷² BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J.: *El principio de prueba en el proceso civil Español*, cit., p. 49.

³⁷⁷³ BAYLOS GRAU, A. P., CRUZ VILLALÓN, J., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, cit., p. 171.

³⁷⁷⁴ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Notas sobre el significado atribuido a la prueba en los despidos discriminatorios o lesivos de derechos fundamentales”, en GÁRATE CASTRO, J. (Coord.) *et al: Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario: estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea*,

En efecto, cuando lo que se dirime es la lesión de un derecho fundamental, opera algo parecido al principio de inversión de la carga de la prueba siendo necesario demostrar “*indicios racionales apoyados en datos fácticos de los que se dedujere la violación de un derecho fundamental*”³⁷⁷⁵. Como ya hemos comentado, lo que se produce no es una inversión de la carga probatoria sino un traslado o una reducción de la misma³⁷⁷⁶: con otras palabras, una desviación de la carga de la prueba. Al empleado le corresponde demostrar la vulneración –no como mera alegación de la existencia de una lesión sino que debe permitir deducir su posibilidad de lesión³⁷⁷⁷– debiendo el empresario destruir la presunción probando que existe una causa justificadora suficiente³⁷⁷⁸. Por tanto, quien alega la discriminación debe probar, al menos, hechos o indicios que permitan deducir esa discriminación³⁷⁷⁹. Como consecuencia de los indicios probados por el trabajador despedido le corresponderá al empresario desarrollar las acciones pertinentes con los que destruir la presunción constituida por el empleado³⁷⁸⁰. Se trata de aportar, por el trabajador, indicios racionales de la realidad de la lesión de los que puedan deducirse de manera razonable una presunción favorable: si no se cumple con este mínimo requisito referido a la suficiencia indiciaria quedará inaplicada la regla de inversión del *onus probatorio*³⁷⁸¹. No se trata de una presunción legal que dispensa de toda prueba sino de una presunción judicial que no exonera al trabajador de realizar una mínima actividad probatoria³⁷⁸². Acreditados estos indicios por el empleado se transmite al empleador todo el peso de la carga probatoria, debiendo justificar que su decisión extintiva se basa en fundamentos reales y serios, de modo que pueda desbaratarse la fachada de vulneración de cualquiera de los derechos

con motivo de su investidura como doctor “*honoris causa*” por la Universidad de Santiago de Compostela, cit., p. 169.

³⁷⁷⁵ STC 196/2000, de 24 de julio [RTC 2000, 196].

³⁷⁷⁶ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Notas sobre el significado atribuido a la prueba en los despidos discriminatorios o lesivos de derechos fundamentales”, en GÁRATE CASTRO, J. (Coord.) *et al*: *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario: estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor “honoris causa” por la Universidad de Santiago de Compostela*, cit., p. 153.

³⁷⁷⁷ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “Artículo 181. Conciliación y juicio”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al*: *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, cit., p. 1009.

³⁷⁷⁸ STC 34/1984, de 9 de marzo [RTC 1984, 34].

³⁷⁷⁹ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Notas sobre el significado atribuido a la prueba en los despidos discriminatorios o lesivos de derechos fundamentales”, en GÁRATE CASTRO, J. (Coord.) *et al*: *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario: estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor “honoris causa” por la Universidad de Santiago de Compostela*, cit., p. 169.

³⁷⁸⁰ MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Despido nulo”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al*: *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., pp. 124 y 125.

³⁷⁸¹ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “Artículo 181. Conciliación y juicio”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al*: *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, cit., p. 1007.

³⁷⁸² MONEREO PÉREZ, J. L.: “Notas sobre el significado atribuido a la prueba en los despidos discriminatorios o lesivos de derechos fundamentales”, en GÁRATE CASTRO, J. (Coord.) *et al*: *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario: estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor “honoris causa” por la Universidad de Santiago de Compostela*, cit., pp. 154 y 155.

fundamentales reconocidos en la Constitución Española³⁷⁸³. Para someter a la empresa todo el rigor de la carga de la prueba, no es suficiente con las proyecciones de meras afirmaciones que no quedan acreditadas, sino que además deben evidenciarse en unos hechos de los que resulte una presunción o apariencia de discriminación. En otros términos, una prueba admisible destinada a poner de manifiesto el motivo camuflado que se denuncia y que debe posibilitar la determinación efectiva de la supuesta vulneración³⁷⁸⁴. Para tal objetivo, poseerán idoneidad probatoria tanto los hechos que sean palmariamente exponentes de la posibilidad de lesión del derecho, como aquellos que, pese a no ocasionar una conexión tan ostensible, sean de esencia suficiente para abrir la suposición de la transgresión del derecho fundamental³⁷⁸⁵.

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional³⁷⁸⁶: a) En los casos en que se alegue que el despido es discriminatorio o lesivo de cualquier derecho fundamental del trabajador, *“el empresario tiene la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable, desde la perspectiva disciplinaria, la decisión extintiva y que expliquen por sí mismas el despido, permitiendo eliminar cualquier sospecha o presunción deducible claramente de las circunstancias. No se trata de situar al empresario ante la prueba diabólica de un hecho negativo (la no discriminación o la no lesión de cualquier otro derecho fundamental) pero sí de entender que el despido, tachado de haber incurrido en aquella discriminación o en esta lesión, obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio contra el derecho fundamental en cuestión”*. b) *“Lo anterior tiene su base no sólo en la primacía o en el mayor valor de los derechos fundamentales, sino más en concreto en la dificultad que el trabajador encuentra en poder probar la causa discriminatoria, o lesiva de otro derecho fundamental, del despido”*. Y también, *“en la facilidad con que, dado el régimen jurídico de los despidos nulos por razones formales e improcedentes, podría un empresario encubrir un despido atentatorio contra un derecho fundamental del trabajador bajo la apariencia de un despido sin causa”*, lo que derivaría en la declaración de un simple despido improcedente. c) Ahora bien, para imponer al empresario la carga probatoria descrita es razonable rechazar que sea suficiente *“la mera afirmación de la existencia de un despido discriminatorio o lesivo de otro derecho fundamental, sino que tal afirmación ha de reflejarse en unos hechos de los que resulte una presunción o apariencia de aquella discriminación o lesión”*. Una vez comprobada la existencia de indicios corresponde al empresario *“la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada de las medidas aportadas y de su proporcionalidad”*. Y por lo que se refiere a la modalidad procesal del despido disciplinario no puede olvidarse que es al empresario *“a quien corresponde la carga de probar la veracidad de los hechos imputados en la carta de despido como justificativos del mismo”*, y que para justificar el despido, *“no se le admiten en el juicio otros motivos de oposición a la demanda que los contenidos en la comunicación escrita de dicho despido”*.

³⁷⁸³ STC 140/1999, de 22 de julio [RTC 1999, 140] y STC 14/2002, de 28 de enero [RTC 2002, 14]. En este mismo sentido, STSJ Andalucía/Granada 22 de junio de 2017 [AS 2017, 1805] y STSJ Andalucía/Málaga 3 de diciembre de 2015 [AS 2015, 2488].

³⁷⁸⁴ STC 114/1989, de 22 de junio [RTC 1999, 140] y STC 21/1992, de 14 de febrero [RTC 1992, 21].

³⁷⁸⁵ STS 25 de mayo de 2017 [RJ 2017, 3567], STC 138/2006, de 8 de mayo [RTC 2006, 138] y STC 49/2003, de 17 de marzo [RTC 2003, 49].

³⁷⁸⁶ STC 21/1992, de 14 de febrero [RTC 1992, 21]. En este mismo sentido, STSJ Cataluña 4 de julio de 2017 [AS 2017, 1700], STSJ Cataluña 29 de mayo de 2017 [AS 2017, 1866], STSJ Madrid 18 de enero de 2017 [AS 2017, 207] y STSJ Galicia 21 de abril de 2010 [AS 2010, 1731].

En el proceso laboral ordinario “*corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición*”. “*Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior*”³⁷⁸⁷. Por tanto, al trabajador despedido le incumbe la prueba de las obligaciones que reclama; y al empresario que despide la de la extinción procedente de lo que se reclama. Obviamente, pueden existir reglas especiales al principio general –inversión de la carga de la prueba– pero estas reglas poseen carácter excepcional³⁷⁸⁸. La propia jurisprudencia se ha decantado –tempranamente³⁷⁸⁹– por la prueba indiciaria o de presunciones: el trabajador es “*el principal gestor de su propio derecho, de ahí que siempre le sea exigible la diligencia suficiente, también en el terreno probatorio, incluso cuando alega la existencia de una discriminación. Esa actividad probatoria ha de recaer, sobre la existencia real y efectiva de una diferenciación de trato, y por lo menos, sobre la existencia de indicios racionales de los que pueda deducirse que esa desigualdad está vinculada a algún factor prohibido de diferenciación*”. La mera alegación de una diferencia de trato que no se vincula “*a ninguna de las causas previstas en la Constitución y la ley no puede servir como presunta prueba de la discriminación*”³⁷⁹⁰.

En efecto, al empleado despedido le corresponde probar indicios de los que pueda deducirse la existencia de lesión de un derecho fundamental –prueba indiciaria–; al empresario, con objeto de destruir la presunción demostrada por el trabajador despedido, le corresponde probar el carácter objetivo, razonable y proporcional del despido³⁷⁹¹, aun cuando se llegue a la conclusión de que la extinción de la relación laboral no poseía los requisitos de gravedad y culpabilidad suficientes: “*en el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad*”³⁷⁹². La norma facilita la posición probatoria del trabajador despedido y agrava la situación del empresario a quien se le atribuye la carga de probar lo contrario si quiere evitar ser condenado³⁷⁹³.

El mecanismo de la prueba se flexibiliza para que, sin liberar de toda prueba al empleado despedido, se considere suficiente la aportación de elementos de prueba que permitan crear una duda razonable sobre la existencia de una situación discriminatoria o lesiva³⁷⁹⁴. En otros términos, un debilitamiento de la carga de la prueba que corresponde

³⁷⁸⁷ Artículo 217 Ley de Enjuiciamiento Civil.

³⁷⁸⁸ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Comentario al artículo 96 LPL”, en CAMPOS ALONSO, M. A., RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L., SALA FRANCO, T., SALINAS MOLINA, F., y VALDÉS DAL-RÉ, F.: *La ley de Procedimiento Laboral*, Bilbao, Deusto, 1990, pp. 261 y ss.

³⁷⁸⁹ MONEREO PÉREZ, J. L.: *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*, cit., p. 12.

³⁷⁹⁰ STC 38/1986, de 21 de marzo [RTC 1986, 38].

³⁷⁹¹ Artículo 96.1 LRJS.

³⁷⁹² Artículo 181.2 LRJS.

³⁷⁹³ MONEREO PÉREZ, J. L.: *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*, cit., p. 32.

³⁷⁹⁴ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Notas sobre el significado atribuido a la prueba en los despidos discriminatorios o lesivos de derechos fundamentales”, en GÁRATE CASTRO, J. (Coord.) *et al*: *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario: estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea*,

al empleado despedido, debiendo demostrar unos mínimos indicios necesarios para crear el convencimiento de la probabilidad de existencia de un hecho discriminatorio, lo que no le exonera de una mínima actividad probatoria; y sólo cuando se acrediten tales indicios por el empleado, ya sí le corresponderá al empresario la demostración de que existe un motivo razonable para despedir³⁷⁹⁵. Esta es la diferencia existente entre la exoneración de la prueba –inversión de la carga probatoria– y la facilitación de la prueba –artículos 96 y 181.2 LRJS– dónde solo se exige al trabajador despedido la aportación de un indicio³⁷⁹⁶; confusión que debe ser evitada pues la facilitación –o aligeramiento³⁷⁹⁷– de la prueba no suprime la carga limitándose tan solo a hacer algo más fácil la misma, lo que no significa exonerar por completo de la prueba pues continúa estando a cargo del trabajador despedido³⁷⁹⁸. Y una vez acreditado el indicio, si el empresario no logra demostrar una motivación seria de su decisión de despedir, el “hecho ignoto” que se quiere constatar queda probado por su nexo lógico con el “hecho conocido”, sirviendo éste y el fracaso probatorio del empleador de instrumentos óptimos para convencer al juez³⁷⁹⁹.

No cabe la inversión de la carga de la prueba por el simple alegato del trabajador de existencia de discriminación³⁸⁰⁰. Es recomendable no interpretar que los artículos 96 y 181.2 LRJS pueden crear una presunción legal; los citados preceptos constituyen una presunción judicial –*hominis*³⁸⁰¹– cuando se hayan aportado indicios por el trabajador despedido que, a su vez, deberán ser combatidos por el empresario, pero no demostrando la carencia de discriminación en la decisión de despedir, sino más bien que la extinción del trabajador se ha fundado en motivos razonables y carentes de discriminación o lesión de derechos fundamentales³⁸⁰². Asimismo, son admisibles diversos resultados de intensidad en la propia aportación de la prueba que concierne al trabajador despedido debiendo superarse el umbral mínimo de la conexión con la vulneración del derecho fundamental; de lo contrario, nos encontraríamos ante alegaciones retóricas, sin que pueda pretenderse el desplazamiento del *onus probandi*³⁸⁰³. En carencia de pruebas y fundamentos –por el empresario– que destruyan

con motivo de su investidura como doctor “honoris causa” por la Universidad de Santiago de Compostela, cit., p. 164.

³⁷⁹⁵ MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Despido nulo”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 127.

³⁷⁹⁶ MONEREO PÉREZ, J. L.: *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*, cit., p. 46.

³⁷⁹⁷ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “Artículo 181. Conciliación y juicio”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al: Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, cit., p. 1008.

³⁷⁹⁸ CARNELUTTI, F.: *Sistema de Derecho Procesal Civil*, traducción de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. y SENTÍS MELENDO, S., Buenos Aires, Uthea, 1944, p. 422.

³⁷⁹⁹ MONEREO PÉREZ, J. L.: *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*, cit., p. 66.

³⁸⁰⁰ SAGARDOY BENGOCHEA, J. A.: “Causas del despido nulo”, en AA. VV: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 616.

³⁸⁰¹ MONEREO PÉREZ, J. L.: *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*, cit., p. 51.

³⁸⁰² MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Despido nulo”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 129.

³⁸⁰³ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “Artículo 181. Conciliación y juicio”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ,

la apariencia de lesión o discriminación establecida por la actividad probatoria del empleado sin obtener la certeza de que la decisión de despedir ha sido indiferente a toda intención atentatoria de derechos fundamentales o libertades públicas, el despido deberá ser declarado nulo³⁸⁰⁴.

Cuando el propio ordenamiento jurídico ha decidido establecer el mecanismo de prueba de presunciones o prueba de indicios es porque ha realizado una previa valoración de los intereses en juego prefiriendo otorgar primacía a la tutela de los derechos fundamentales del trabajador. La LRJS –específicamente los artículos 96 y 181.2– ha constituido un reparto de la prueba atendiendo a la posición de lo que cada una de las partes puede –más fácilmente– demostrar: se trata de conceder una posición favorable en consideración a las dificultades reales de prueba y a los valores fundamentales que están en juego³⁸⁰⁵. Se constituye una variedad de prueba indirecta donde el intérprete jurídico se encuentra frente a un hecho diverso que sirve para llegar, por la vía de la experiencia, al hecho que se ha de probar en el proceso: son presunciones simples en las que la ley faculta al juez para su libre apreciación –*praesumptiones hominis*–³⁸⁰⁶. Los indicios son señales o acciones que manifiestan algo oculto; de esta manera se imagina o se concibe algo por conjeturas fundadas en apariencia³⁸⁰⁷; indicios que, por otra parte, no son definidos ni acotados por la ordenación legal constituyendo un elemento cuyo alcance debe ser objeto de valoración por el juzgador³⁸⁰⁸. Las denominadas “*presunciones de hombre*” tienden a establecer una convicción íntima y de libre apreciación por el juez que permiten deducir de un hecho conocido un hecho no conocido³⁸⁰⁹. La prueba de indicio corresponde a una prueba no plena, por lo que no constituye prueba plena, más bien semiplena –semiprueba o prueba degradada³⁸¹⁰– que ha de ser acreditada y que origina en el juez, no una certeza sino una simple posibilidad de existencia del hecho en cuestión³⁸¹¹.

El trabajador, de acuerdo con los artículos 96 y 181.2 LRJS, tiene que aportar un indicio que produce la presunción: se trata de conceder una posición de ventaja en atención a las dificultades reales de la prueba y a los valores fundamentales en juego³⁸¹²;

L. A. (Coord.) *et al*: *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, cit., p. 1008.

³⁸⁰⁴ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, cit., p. 154.

³⁸⁰⁵ MONEREO PÉREZ, J. L.: *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*, cit., p. 24.

³⁸⁰⁶ CARNELUTTI, F.: *Sistema de Derecho Procesal Civil*, traducción de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. y SENTÍS MELENDO, S., cit., pp. 538 y ss.

³⁸⁰⁷ STS 9 de febrero de 1996 [RJ 1996, 1007].

³⁸⁰⁸ MONEREO PÉREZ, J. L.: *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*, cit., p. 23.

³⁸⁰⁹ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “Artículo 181. Conciliación y juicio”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al*: *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, cit., p. 1014.

³⁸¹⁰ BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J.: *El principio de prueba en el proceso civil Español*, cit., p. 32.

³⁸¹¹ CARNELUTTI, F.: *La prueba civil*, traducción de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., cit., pp. 191 y ss.

³⁸¹² MONEREO PÉREZ, J. L.: “Notas sobre el significado atribuido a la prueba en los despidos discriminatorios o lesivos de derechos fundamentales”, en GÁRATE CASTRO, J. (Coord.) *et al*: *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario: estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea*,

por el contrario, el empresario deberá probar una causa real, seria y razonable para despedir, procurando llegar a la prueba demostrativa que invalide el indicio. Por su parte, el juez ostenta cierto margen prudente de apreciación y valoración que se deriva de la propia textura abierta que posee la norma: la decisión judicial se fundará de acuerdo con el propio margen de apreciación que permite la ley, cuya composición admite elasticidad hermenéutica derivada de la propia ambigüedad deseada por el legislador en la apreciación y valoración del elemento de prueba³⁸¹³. Al final, la consecuencia de este conjunto de actividad probatoria es lo que permitirá acreditar, o no, la causa constitucional del despido efectuado³⁸¹⁴.

De este modo, los citados artículos se convierten en reglas de derecho pero dotadas de un deliberado halo de vaguedad y ambigüedad en cuanto a la indefinición de la técnica probatoria³⁸¹⁵. Son conceptos en los que cabe interpretación jurídica para una solución ulterior y de acuerdo con el caso concreto³⁸¹⁶. Es la tensión clásica entre la certeza del derecho y la indeterminación del lenguaje jurídico y de la técnica regulativa, lo que supone aceptar el juego interpretativo del juez que conoce del caso concreto³⁸¹⁷: así, los artículos 96 y 181.2 LRJS constituyen una textura abierta en la prueba de la discriminación o lesión del derecho fundamental dejando facultades amplias para que el operador resuelva el caso atendiendo al hecho relevante desde el punto de vista jurídico³⁸¹⁸.

En definitiva, cuando se alega que un despido encubre –en realidad– una extinción del nexo contractual lesivo de los derechos fundamentales del trabajador, incumbe al empresario probar que tal despido obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio a un derecho constitucional. Pero para que opere este desplazamiento del *onus probandi* al empresario, no basta simplemente con que el trabajador afirme su carácter discriminatorio sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante afirmación. Es necesario que por parte del trabajador despedido se aporte una prueba verosímil o principio de prueba reveladora de la existencia de un panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha vehemente de existir discriminación sin que sea suficiente la mera afirmación de la misma. A partir de ahí, al empresario le corresponde probar que los hechos motivadores de la decisión extintiva constituyen causa legítima de despido y se presentan razonablemente como ajenos a todo móvil atentatorio de los derechos fundamentales. No se trata de situar al

con motivo de su investidura como doctor “honoris causa” por la Universidad de Santiago de Compostela, cit., p. 160.

³⁸¹³ MONEREO PÉREZ, J. L.: *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*, cit., pp. 24 y 25.

³⁸¹⁴ MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Despido nulo”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 132.

³⁸¹⁵ Para mayor abundamiento sobre la textura abierta de las normas, *vid.* LEVI, E. H.: *Introducción al razonamiento jurídico*, traducción de CARRIÓ, G. R., Buenos Aires, Eudeba, 1964, *passim*.

³⁸¹⁶ HART, H. L. A.: *El concepto de Derecho*, traducción de CARRIÓ, G. R., cit., pp. 153 y ss.

³⁸¹⁷ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Notas sobre el significado atribuido a la prueba en los despidos discriminatorios o lesivos de derechos fundamentales”, en GÁRATE CASTRO, J. (Coord.) *et al: Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario: estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor “honoris causa” por la Universidad de Santiago de Compostela*, cit., p. 165.

³⁸¹⁸ MONEREO PÉREZ, J. L.: *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*, cit., p. 30.

empresario ante la prueba diabólica de un hecho negativo –como es la inexistencia de un móvil lesivo de derechos fundamentales– sino que a éste corresponde probar –sin que le baste el intentarlo al exigírsele una especial diligencia en la actividad probatoria– que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales y que las mismas tuvieron entidad suficiente para adoptar la decisión extintiva, único medio posible de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios acreditados por el trabajador³⁸¹⁹.

En resumen, el trabajador –y en aras de la proyección de la regla de facilitación de la carga de la prueba– debe desplegar una actividad alegatoria suficientemente determinante y acreditativa respecto de la existencia de los indicios. Una vez alcanzado este resultado probatorio sobre el empresario recaerá la carga de probar la existencia de razones suficientes, auténticas y significantes, con las que calificar de razonable y ajeno, todo propósito lesivo de un derecho fundamental, único medio con el que destruir la apariencia creada por los indicios³⁸²⁰.

Especiales son los supuestos en los que se aduce que la resolución extintiva presenta carácter obstructivo o coercitivo del ejercicio de los derechos reconocidos legalmente para la protección de la maternidad y/o con el fin de favorecer la compatibilidad de las responsabilidades familiares con la vida laboral. En estos casos, ha de tenerse presente que la presunción de nulidad se forma *ope legis* y automáticamente desde el mismo instante en que se demuestre que el despido tuvo lugar dentro de los períodos protegidos, *ex* artículos 55.5 ET y 108.2 LRJS³⁸²¹.

También es especial aquel supuesto en el que se persigue la declaración de nulidad del despido disciplinario de la trabajadora sometida a violencia de género. Considerando el objetivo legal de custodia de la víctima de violencia de género, para que la misma se ejercite, solo habrá de presentar la prueba requerida legalmente con la que avalar la condición de víctima de violencia de género así como haber hecho uso real –como mínimo la solicitud a la empresa³⁸²²– de los derechos laborales que la legislación aprecia para estos supuestos. En caso contrario –no justificar la condición de víctima de violencia de género y no haber hecho uso efectivo de los derechos laborales para tal colectivo– la víctima solo podrá ser amparada por las garantías de los despidos discriminatorios, siendo estos más restringidos en cuanto no se produciría automáticamente la presunción de nulidad. En suma sería concluyente para el éxito de la pretensión la demostración de que el empleador detentaba conocimiento real de la condición de víctima de violencia de género³⁸²³.

4.6 Necesario pronunciamiento sobre el fondo del asunto: la protección reforzada de determinados supuestos de despido nulo

Cuando en la instancia del despido disciplinario se haya solicitado la declaración de nulidad –artículo 108.3 LRJS– por discriminación prevista en la Constitución y en la

³⁸¹⁹ STC 48/2002, de 25 de febrero [RTC 2002, 48].

³⁸²⁰ TOLOSA TRIBIÑO, C.: *Despido: comentarios, jurisprudencia, formularios*, cit., p. 296.

³⁸²¹ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, cit., p. 155.

³⁸²² STSJ Cataluña 9 de febrero de 2017 [AS 2017, 745] y STSJ Cataluña 3 de octubre de 2008 [AS 2008, 2201].

³⁸²³ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, cit., p. 156.

ley o se origine con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, el juez deberá pronunciarse sobre la causa de nulidad alegada por el trabajador despedido en alguno de los siguientes supuestos: a) se haya aportado previamente un principio de prueba de la lesión de los derechos constitucionales; o b) nos encontremos en cualquiera de las situaciones legalmente reforzadas –artículo 55.5, apartados a), b) y c) ET, y artículo 108.2 apartados a), b) y c) LRJS–. Esto constituye una diferencia esencial respecto de los asuntos en los que se sostiene la improcedencia del despido o en los casos en los que no se aporta principio de prueba de la presencia de violación de los aludidos derechos o el despido no justifica encontrarse en cualquiera de las situaciones legalmente blindadas: en estas tesituras –las que no se fundamenten en discriminación prevista en la Constitución y en la ley o no se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador– el juez debería de examinar, en primer lugar, la forma utilizada para despedir al trabajador –requisitos formales– y tan sólo si se ajusta a los requerimientos legales entraría en el fondo del asunto. La finalidad es impedir que el empresario prescinda de los trabajadores que le resultan más incómodos o que predeciblemente le pudieran resultar más onerosos con el simple desembolso de la indemnización tasada para los despidos improcedentes, disimulando verdaderos supuestos de discriminación o vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas, actuaciones en contra de la maternidad o de conciliación de responsabilidades familiares y profesionales o de las medidas laborales protectoras de las víctimas de violencia de género, o actos de represión tras el efectivo ejercicio de los derechos laborales³⁸²⁴.

La imposición legal del pronunciamiento sobre el fondo del asunto se enlaza con dos mandamientos imperativos³⁸²⁵: uno, el del artículo 14 de la Constitución Española que obliga a que el juzgador ante una situación que pueda suponer razonablemente una discriminación no se limite a afirmar que no son suficientes las pruebas aportadas por el empleado despedido sino que ha de expresar los motivos por los cuales entiende que no existe la aparente discriminación³⁸²⁶; dos, con la superación de una noción rigurosamente formalista del despido, ya que si la falta de forma en la extinción de la relación laboral condujera a la declaración de improcedencia con la apertura de la opción empresarial entre readmisión o indemnización, sería facilísimo para cualquier empresario encubrir un despido –en verdad– discriminatorio y contrario a algún derecho fundamental bajo la simple apariencia de un despido sin causa que diera lugar a una declaración improcedente por razones formales³⁸²⁷.

Sobre la protección reforzada de determinados despidos nulos, con independencia del procedimiento formal del despido, el órgano judicial competente deberá pronunciarse sobre la existencia o no del móvil aducido por el trabajador despedido –es decir, sobre el fondo del asunto– y solo en el caso de que esta causa quede desechada, la calificación podrá ser la de improcedente –bien por razones formales o de fondo– o la de procedente –si queda atestiguado el incumplimiento manifestado por el empleador y se hayan cumplido las formalidades necesarias–. Esta conclusión que resulta válida para despidos pretendidamente discriminatorios o

³⁸²⁴ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, cit., p. 157.

³⁸²⁵ ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, cit., pp. 1144 y 1145.

³⁸²⁶ STC 38/1986, de 21 de marzo [RTC 1986, 38].

³⁸²⁷ STC 47/1985, de 27 de marzo [RTC 1985, 47].

violadores de derechos fundamentales no lo es para los supuestos que se enumeran en los apartados a), b) y c) de los artículos 55 ET y 108 LRJS –circunstancias biológicas y familiares particularmente protegidas–: en tales situaciones, los trabajadores despedidos obtienen una protección vigorizada que trae como consecuencia que los despidos en tales emplazamientos solo puedan ser calificados procedentes o nulos, suprimiéndose la eventualidad de decretar estos despidos como improcedentes. De este modo, el despido del trabajador que se encuentre enlazado con los apartados a), b) y c) de los artículos citados sólo puede ser declarado nulo o procedente. En efecto, la redacción actual del artículo 55.5 ET da a entender que, en todo caso, “*el despido de una mujer embarazada que no se llegue a declarar procedente, debe ser calificado de nulo, pues eso es precisamente lo que se desprende de la lectura del precepto mencionado*”³⁸²⁸. Se constituye por el legislador un mecanismo de garantía reforzada que posee una clara relevancia constitucional convirtiéndose en una garantía de indemnidad reforzada³⁸²⁹.

La especial protección que establece nuestra actual normativa legal a favor de todos los trabajadores que se acogen al derecho a las excedencias, suspensiones y permisos por motivos de embarazo, maternidad, guarda legal o situaciones conexas, generando la nulidad de los despidos salvo que fuesen procedentes, es sustancialmente idéntico en todos los supuestos de extinción contractual por decisión unilateral empresarial, en especial, tanto en el despido objetivo como en el disciplinario, y únicamente cuando uno u otro tipo de despido sea declarado procedente –por cumplirse los requisitos formales y por concurrir las causas o motivos alegados por el empresario en la comunicación escrita– no procederá la declaración de nulidad del mismo. Recordemos que: a) únicamente se contempla la declaración judicial de procedencia de la decisión extintiva cuando el empresario, habiendo cumplido los requisitos formales exigibles, acredite la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación escrita; b) la declaración de improcedencia, en consecuencia, procede tanto cuando se incumplen los requisitos formales como cuando aun cumplidos los requisitos formales no se acredita la concurrencia de la causa legal; y c) la nulidad del despido procede como especial protección a favor de todos los trabajadores que se acogen al derecho a las excedencias, suspensiones y permisos legales por motivos de embarazo, maternidad, guarda legal o situaciones conexas, a excepción de que el despido se haya declarado procedente³⁸³⁰.

La conclusión es clara: un trabajador o trabajadora que se encuentre en alguna de las circunstancias contempladas en los apartados a), b) o c) del artículo 55.5. ET podrá ver extinguido su contrato de trabajo por justa causa debidamente acreditada y comunicada lo que dará lugar a un despido procedente. Pero si tal causa no existe o no se acredita, el despido no puede ser declarado, obviamente, procedente; pero tampoco puede ser declarado improcedente sino que, necesariamente, debe ser declarado nulo, lo que, como es sabido, tiene un efecto tutelar superior al del despido improcedente. Pero, sea como sea, la declaración de improcedencia excluye la de procedencia y, por ende, no hay más solución correcta que declarar el despido nulo³⁸³¹. En consecuencia, si no concurre la única excepción a la calificación de nulidad objetiva y automática, cual es,

³⁸²⁸ STS 26 de febrero de 2004 [RJ 2004, 1013]. En este mismo sentido, STSJ Galicia 31 de octubre de 2013 [JUR 2014, 8980] y STSJ Galicia 20 de diciembre de 2012 [JUR 2012, 24819].

³⁸²⁹ STC 92/2008, de 21 de julio [RTC 2008, 92]. En el mismo sentido, STC 173/2013, de 10 de octubre [RTC 2013, 173].

³⁸³⁰ STS 11 de mayo de 2016 [JUR 2016, 127530].

³⁸³¹ STS 31 de marzo de 2015 [RJ 2015, 1838] y STS 20 de enero de 2015 [RJ 2015, 222].

que se hubiera declarado la procedencia del despido por motivos no relacionados con el disfrute de dichas circunstancias biológicas y familiares particularmente protegidas, no podrá declararse la improcedencia del despido, solo la nulidad.

4.7 Efectos de la declaración de nulidad del despido y su diferenciación con la extinción improcedente: la indemnización suplementaria del incidente de no readmisión –artículo 281 LRJS– y la indemnización por daño moral derivado de la vulneración de un derecho fundamental –artículo 182 LRJS–

La sentencia que recaiga en el procedimiento de tutela de los derechos fundamentales no puede tener más que dos posibilidades: declarar la existencia de la vulneración de manera total o parcial; o no declararla. No se admite que una vez admitida a trámite la demanda, de acuerdo con esta modalidad procesal, se eluda el pronunciamiento sobre el fondo del asunto alegando la falta de requisitos formales en el acto que se impugna como lesivo³⁸³².

Los posibles pronunciamientos son los siguientes –los dos primeros son declarativos y los dos restantes son condenatorios–: a) La sentencia, *ex artículo 182.1.a) LRJS*, declarará “*la existencia o no de vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas, así como el derecho o libertad infringidos, según su contenido constitucionalmente declarado, dentro de los límites del debate procesal y conforme a las normas y doctrina constitucionales aplicables al caso, hayan sido o no acertadamente invocadas por los litigantes*”. Este apartado claramente refuerza la regla *iuris novit curia*. b) Igualmente, *ex artículo 182.1.b) LRJS*, podrá declarar “*la nulidad radical de la actuación del empleador, asociación patronal, administración pública o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada*”. c) Asimismo, *ex artículo 182.c) LRJS*, ordenará “*el cese inmediato de la actuación contraria a derechos fundamentales o a libertades públicas, o en su caso, la prohibición de interrumpir una conducta o la obligación de realizar una actividad omitida, cuando una u otra resulten exigibles según la naturaleza del derecho o libertad vulnerados*”. d) Por último, *ex artículo 182.d) LRJS*, la sentencia “*dispondrá el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental, así como la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera en los términos señalados en el artículo 183*”. Por tanto, en la nulidad del despido la actuación ilícita del empresario alcanza altas cotas de desvalor social lo que, evidentemente, conlleva que el despido carezca de validez y no pueda producir efectos algunos siendo incapaz de rescindir la relación laboral³⁸³³. Pero se debe advertir que no basta la simple razón de ausencia de pruebas para rechazar cualquier pretensión asentada sobre un trato discriminatorio³⁸³⁴: ante una situación que pueda suponer una discriminación, el juzgador no puede limitarse a afirmar que no son

³⁸³² STC 47/1985, de 27 de marzo [RTC 1985, 47]. En este mismo sentido, STSJ Andalucía/Sevilla 8 de marzo de 2012 [AS 2012, 1359].

³⁸³³ BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J.: *El despido o la violencia del poder privado*, cit., p. 172.

³⁸³⁴ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “Artículo 182. Sentencia”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al: Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, cit., p. 1020.

suficientes las pruebas aportadas sino que ha de expresar los motivos por los cuales entiende que no existe la aparente discriminación³⁸³⁵.

La resolución judicial del proceso de despido posee diferente carácter y naturaleza según se establezca la procedencia o ilegitimidad de la extinción de la relación laboral. Si lo que establece es la procedencia, la sentencia será declarativa y confirmará la licitud del acto de despido. Si la resolución estima la improcedencia de la extinción, estaremos ante una sentencia constitutiva dónde no se revoca propiamente el acto del despido sino que se le priva de ciertos efectos jurídicos. En cambio, si la misma lo califica de nulo, la sentencia será declarativa y de condena reponiendo la situación al momento anterior al producirse el despido. La nulidad del despido obliga al empresario a la readmisión del empleado privando de efectos al acto del despido³⁸³⁶. En este caso, el despido es inexistente desde el punto de vista jurídico. Sin embargo, en el despido improcedente, el empleador es receptor de una condena alternativa entre dos opciones simétricas: readmitir al trabajador revocando –por el propio empresario– el acto del despido con efectos *ex tunc*, lo que produce la reconstitución del contrato de trabajo con efectos retroactivos; o bien, confirmar el acto de despido indemnizando al empleado sin que por ello exista un nuevo despido sino más bien la reafirmación en su decisión de despedir *ad nutum*³⁸³⁷.

Una vez declarada la nulidad del despido disciplinario la extinción de la relación laboral ha de ser desprovista de todos los efectos ocasionados: de este modo, despido nulo equivale a despido inexistente³⁸³⁸. En otros términos, en el despido nulo la extinción del contrato de trabajo materialmente existió pero la declaración de nulidad le priva de eficacia jurídica. Por tanto, desde el punto de vista jurídico, el despido nulo no existió. En cambio, en el despido improcedente el despido existió tanto material como jurídicamente a pesar de su carácter injustificado. Cuando el empresario, en este despido, utilizando su facultad de elección entre opciones alternativas y similares decide ejercer la indemnización sustitutiva, realmente se está ratificando en su voluntad originaria –despido *ad nutum* indemnizado–. Obviamente, es reprochable que la improcedencia del despido pueda dar la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo, pues la ilegitimidad del mismo por improcedente debería desembocar en la reconstitución de la relación laboral afectando, de lo contrario, al principio de causalidad. Realmente se produce la ruptura del principio de causalidad en el despido disciplinario recurriendo a la perífrasis de despido improcedente, ocultando la realidad jurídica de ejecutar un despido disciplinario sin causa alguna que lo justifique. Al final, el despido nulo o improcedente con la readmisión del trabajador consagra un verdadero modelo normativo sustentado en la estabilidad real, mientras que el despido improcedente sin readmisión del trabajador constituye un modelo de estabilidad

³⁸³⁵ STC 38/1986, de 21 de marzo [RTC 1986, 38], STS 31 de marzo de 2015 [RJ 2015, 1838] y STS 20 de enero de 2015 [RJ 2015, 222].

³⁸³⁶ MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: “Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y su cómputo para el despido colectivo en caso de posterior extinción contractual (Sentencias del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 2017, asunto C-429/16: Ciupa y otros y, C-149/16: Socha y otros)”, en *La Ley Unión Europea*, cit., *passim*.

³⁸³⁷ MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Artículo 55. Forma y efectos del despido disciplinario”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al*: *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 786.

³⁸³⁸ ALBIOL MONTESINOS, I.: *El despido disciplinario y otras sanciones en la empresa*, cit., p. 88.

meramente obligatoria sustituible mediante indemnización de resarcimiento –despido indemnizado³⁸³⁹–.

De acuerdo con los artículos 55 ET y 113 LRJS, si el despido fuera declarado nulo se condena al empresario a la readmisión y al abono de los salarios que el trabajador ha dejado de percibir como consecuencia de la extinción ilícita del contrato de trabajo: es lo que se conoce como la readmisión *in natura*. La relación laboral se sigue manteniendo debiendo el empresario sufragar al empleado la totalidad de los salarios dejados de percibir durante la tramitación del proceso por despido. Al declararse la nulidad del despido no se tiene la opción de escoger la extinción indemnizada de la relación laboral: en el sistema jurídico español la calificación de nulidad comporta una relativa estabilidad real en el puesto de trabajo al establecerse normativamente la obligación de readmisión del trabajador en la empresa³⁸⁴⁰.

Por tanto, declarado el despido nulo se impone la obligatoria readmisión del trabajador sin posibilidad de opción por sustitución económica. Pero el sistema normativo no garantiza una eficaz readmisión *in natura*, tan solo instaura medidas coactivas con las que estimular el cumplimiento de la sentencia en sus propios términos³⁸⁴¹. Nuestro modelo legal se sustenta en la no sustitución de la obligación de readmitir apreciada como obligación de hacer personalísima. El ordenamiento jurídico admite el principio de coercibilidad de la obligación de readmitir al trabajador a través de la exigencia de determinadas medidas de coacción de carácter económico con las que garantizar la tutela de los empleados despedidos³⁸⁴². Son medidas indirectas que poseen consecuencias sobre el patrimonio del empresario impulsándole a realizar las actuaciones pertinentes para desembocar en una efectiva readmisión del trabajador. Tales multas coercitivas o apremios económicos, a los que se refiere el artículo 241 LRJS, son de carácter sancionador, no de naturaleza indemnizatoria: su finalidad es sostener el cumplimiento de las obligaciones legales impuestas en la sentencia siendo el destinatario del importe el Tesoro Público³⁸⁴³.

La ejecución de la sentencia de acuerdo con las normas vigentes son insuficientes para garantizar una efectiva tutela judicial: es más, nuestros tribunales consideran acorde al sistema constitucional la existencia de dispositivos sustitutivos con

³⁸³⁹ MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Despido nulo”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., pp. 134 y 135.

³⁸⁴⁰ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “Extinción contractual en las diversas modalidades de contratación objeto de la reforma laboral”, en MONEREO PÉREZ, J. L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (Dir. y Coords.) *et al: La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, cit., p. 170.

³⁸⁴¹ MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Artículo 55. Forma y efectos del despido disciplinario”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al: El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 786. MARÍN ALONSO, I.: “Despido nulo: supuestos y efectos”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 345.

³⁸⁴² GARCÍA BLASCO, J. y GONZÁLEZ LABRADA, M.: “Artículo 284 LRJS. Consecuencias del incumplimiento del empresario”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al: Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, cit., pp. 1518 y ss.

³⁸⁴³ MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Despido nulo”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., pp. 137 y 138.

los que cumplir la obligación de readmitir del empresario con base al considerado carácter infungible de la obligación empresarial. De esta manera, es posible encontrar un principio de economía del ordenamiento que considera preferible sustituir la ejecución –en concreto– por una indemnización con la que satisfacer al perjudicado³⁸⁴⁴.

El texto procesal laboral prevé un conjunto de medidas con las que garantizar la ejecución efectiva de la obligación de readmitir al trabajador atendiendo a las prestaciones que forman parte de la misma. Este elenco de medidas están comprendidas en los artículos 241.2 y 284 LRJS. No obstante, en la práctica la readmisión supone infinidad de problemas pues incorpora deberes de dar y de cooperación. De entre estos deberes el más complejo es el de cooperación que comporta deberes de hacer –la readmisión– y de no hacer debiendo abstenerse el empresario de realizar acciones que puedan obstaculizar la correcta reincorporación del trabajador así como el desarrollo normal de la prestación laboral y el ejercicio de los derechos colectivos y de representación³⁸⁴⁵. La readmisión del trabajador se identifica con una obligación de hacer personalísima lo que significa que no puede ser sustituida ni asumida por otro sujeto: es por eso que el único método para acometer el correcto cumplimiento de la obligación es forzar de manera indirecta al empresario a través de medidas de presión económica que afecten a su patrimonio³⁸⁴⁶.

En fin, la no utilización injustificada del empleado en la actividad productiva que le corresponde constituye una doble lesión: a su trabajo y a su profesionalidad. Es por este motivo por lo que la orden de ejecución de la restitución *in natura*, no solo puede significar la readmisión del trabajador en la empresa sino también debe ir acompañado de la correcta ocupación de su puesto de trabajo. Por tanto, la sentencia que establece la reposición del empleado se refiere tanto a la ocupación efectiva del trabajador en su puesto de trabajo como el derecho a ejecutar y desarrollar la prestación laboral³⁸⁴⁷.

Sobre los salarios de tramitación, debido a la declaración con efectos retroactivos de la nulidad del despido, a nuestro juicio, son estrictamente percepciones económicas de naturaleza salarial: para su deducción es suficiente con atender a que los referidos conceptos retributivos se adeudan por la declaración de subsistencia del contrato de trabajo en sus propios términos reconduciéndose el supuesto a la *mora accipiens*³⁸⁴⁸. Al respecto, el artículo 30 ET establece 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, este conservará el derecho a su salario, sin que pueda hacersele compensar el que perdió con otro trabajo realizado en otro tiempo*”. No puede, por tanto, aceptarse la naturaleza

³⁸⁴⁴ ALONSO OLEA, M.: *El despido*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 183.

³⁸⁴⁵ MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Despido nulo”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 139.

³⁸⁴⁶ BAYLOS GRAU, A. P., CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a. F.: *Instituciones de derecho procesal laboral*, cit., p. 573.

³⁸⁴⁷ MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Despido nulo”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 142.

³⁸⁴⁸ MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Despido nulo”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., p. 143.

indemnizatoria de las percepciones económicas que recibe el trabajador por este concepto. Precisamente han de remunerarse los salarios de tramitación como si la decisión extintiva nunca hubiera existido. La base salarial comprenderá el acervo de conceptos salariales que se hubieran liquidado y pagado dentro del período de tramitación del despido como si el trabajador no hubiera sido despedido y hubiera continuado trabajando. Al igual que en los casos de los despidos improcedentes si el empleado hubiera encontrado otro empleo y el empleador consiguiera probar lo percibido la deuda por salarios de tramitación disminuiría³⁸⁴⁹. Lo mismo sucedería si el trabajador ingresara prestaciones por incapacidad temporal durante la tramitación del proceso³⁸⁵⁰.

En la declaración de nulidad del despido se establece la garantía propia del sistema de estabilidad real: la readmisión-reintegración del trabajador en su puesto de trabajo³⁸⁵¹. Cuando se declara la nulidad del despido se produce una recomposición a la situación jurídica preexistente al despido negando fuerza extintiva al acto empresarial: por tanto, la relación laboral nunca ha quedado interrumpida siendo esta relación que se remienda la misma relación contractual. Cuando se readmite al trabajador por mandato de la ley, la relación laboral no es nueva sino que es la antigua que se ha continuado. El acto de despedir del empresario surgió de manera inválida e ineficaz desde la perspectiva jurídica: consecuentemente se restablece el contrato de trabajo como si el empresario se hubiese colocado en situación de *mora accipiendi* quedando obligado a abonar el salario desde el instante en que se impidió la prestación del trabajo por la ruptura ilegítima que él mismo decidió ejecutar. En consecuencia, es un débito salarial con efectos *ex tunc* que se retrotrae al momento en el que se produjo el despido: en otros términos, los salarios dejados de percibir son conceptos salariales sin que se les pueda otorgar naturaleza resarcitoria o indemnizatoria³⁸⁵².

A diferencia de lo que acaece en despidos improcedentes, en los despidos declarados nulos el empresario está obligado a responder de la integridad de la deuda habida cuenta de la mayor gravedad del supuesto sin facultad de trasladar al Estado el coste anudado a la dilación de la resolución de la controversia –artículo 56.5 ET–.

En caso de interponerse recurso frente a la sentencia que hubiera declarado la nulidad del despido, tal resolución debe ejecutarse al amparo del artículo 297 LRJS, protegiendo de este modo la readmisión con abono de los salarios correspondientes. Una vez que se haya decidido la firmeza de la sentencia judicial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 282 LRJS, ésta deberá ser ejecutada en sus propios términos. De no satisfacerse la obligación de readmisión del trabajador o cumplirse defectuosa o irregularmente la sentencia, el empleado –al amparo de los artículos 283 y siguientes– podrá reaccionar incoando el expediente de readmisión irregular que en caso de

³⁸⁴⁹ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, cit., p. 158.

³⁸⁵⁰ STS 18 de septiembre de 2006 [RJ 2006, 8742], STS 14 de marzo de 1995 [RJ 1995, 2010] y STS 19 de mayo de 1994 [RJ 1994, 4284].

³⁸⁵¹ MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Artículo 55. Forma y efectos del despido disciplinario”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al: El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 785.

³⁸⁵² MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Despido nulo”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, cit., pp. 144 y 145.

apreciarse ordenará reponer al trabajador a su puesto apercibiendo al empresario que, de no proceder a la reposición o de no hacerlo en debida forma, se adoptarán las medidas que establece el artículo 284 LRJS. Medidas que protegen la indemnidad del trabajador en cuanto a salarios, cotizaciones y –en su caso– funciones de representación que viniera desempeñando.

El artículo 283.1 LRJS establece que “*si el empresario no procediera a la readmisión o lo hiciera en condiciones distintas a las que regían antes de producirse el despido, el trabajador podrá acudir ante el Juzgado de lo Social, solicitando la ejecución regular del fallo, dentro de los veinte días siguientes al tercero que, como plazo máximo para la reincorporación, dispone el artículo precedente*”. El apartado 2 continua señalando que “*el juez oír a las partes en comparecencia, que se ajustará a lo dispuesto en el artículo 280 y en el apartado 1 del artículo 281, y dictará auto sobre si la readmisión se ha efectuado o no y, en su caso, si lo fue en debida forma. En el supuesto de que se estimara que la readmisión no tuvo lugar o no lo fue en forma regular, ordenará reponer al trabajador a su puesto dentro de los cinco días siguientes a la fecha de dicha resolución, apercibiendo al empresario que, de no proceder a la reposición o de no hacerlo en debida forma, se adoptarán las medidas que establece el artículo siguiente*”. Esta norma parte de la desobediencia del requerimiento practicado por el tribunal al empresario y abarca las conductas de incumplimiento –no readmisión– o cumplimiento irregular –readmisión en condiciones diferentes a las que regían antes de producirse el despido–. Lo importante de las conductas mencionadas es que el empleado se encuentra habilitado para un nuevo requerimiento en el que solicitará la ejecución del fallo, lo que desembocará en una comparecencia donde se examinará si efectivamente ha habido o no readmisión y, en su caso, la forma en la que esta readmisión se ha producido. En cuanto a la comparecencia en torno a la que se configura este incidente habrá de examinar si la readmisión se ha efectuado o no y si procede su posible irregularidad. De acuerdo con lo manifestado, si los interesados hubieran sido citados en forma y no asistiera el trabajador o persona que lo represente se le tendrá por desistido de su solicitud. Si quien no comparece es el empresario o su representante se celebrará el acto sin su presencia³⁸⁵³. Finalmente la comparecencia se consuma con un auto que contendrá uno de los siguientes pronunciamientos³⁸⁵⁴: 1) Que la readmisión ha tenido lugar y que lo fue en debida forma. En otras palabras, que la empresa ha conseguido probar que ha readmitido correctamente al trabajador, por lo que no habrá lugar a la ejecución solicitada, siendo indiferente a la misma las dificultades que tras la readmisión regular y por cualquier otra causa se produzcan en la relación laboral. 2) Que la readmisión no ha tenido lugar o no lo ha sido de forma regular. Lo anterior no excluye la necesaria atención a elementos de valoración ajenos ahora al comportamiento del empresario en tiempo hábil y que pueden afectar a la readmisión misma, ya sea por actos del trabajador o por otras circunstancias³⁸⁵⁵. Pero en este mismo auto pueden adoptarse medidas o prestaciones empresariales con objeto de que el empresario cumpla con las desobediencias cometidas –artículo 284 LRJS–.

³⁸⁵³ A ello se refiere el artículo 280 LRJS cuando dispone que “*el día de la comparecencia, si los interesados hubieran sido citados en forma y no asistiese el trabajador o persona que lo represente, se le tendrá por desistido de su solicitud*”. En cambio, “*si no compareciese el empresario o su representante, se celebrará el acto sin su presencia*”.

³⁸⁵⁴ CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, A. M^a.: “Despido nulo: La ejecución de la sentencia en sus propios términos”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 351.

³⁸⁵⁵ TOLOSA TRIBIÑO, C.: *Despido: comentarios, jurisprudencia, formularios*, cit., p. 335.

Estas medidas poseen carácter personalísimo lo que conlleva la inviable posibilidad de sustituir al empresario en su cumplimiento. Para combatir la desobediencia de la orden de reposición a que se refiere el artículo 283 LRJS, la normativa, en concreto el artículo 284 LRJS, prevé tres tipos de medidas: a) 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 fecha de la readmisión en debida forma. A tal fin, cumplimentará la autorización contenida en el auto despachando ejecución en tantas ocasiones como fuese necesario, por una cantidad equivalente a seis meses de salario, haciéndose efectivas al trabajador con cargo a la misma las retribuciones que fueran venciendo hasta que, una vez efectuada la readmisión en forma regular, acuerde la devolución al empresario del saldo existente en esa fecha. b) Que el trabajador continúe en alta y con cotización en la Seguridad Social lo que pondrá en conocimiento de la Entidad Gestora o servicio común a los efectos procedentes. c) Que el delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical continúe desarrollando en el seno de la empresa las funciones y actividades propias de su cargo, advirtiéndolo al empresario que, de impedir u oponer algún obstáculo a dicho ejercicio, se pondrán los hechos en conocimiento de la autoridad laboral a los efectos de sancionar su conducta de acuerdo con lo establecido en el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobada por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto. Nos encontramos ante una serie de medidas que son establecidas con el propósito de que se realice una correcta readmisión del empleado procurando la posible vigencia del vínculo contractual y de las obligaciones empresariales derivadas del mismo³⁸⁵⁶.

A título absolutamente excepcional, cuando se acredite la imposibilidad de readmitir al empleado por cese o cierre de la empresa obligada o cualquier otra causa de imposibilidad material o legal, el juez dictará auto en el que declarará extinguida la relación laboral en la fecha de dicha resolución y acordará que se abonen al trabajador las indemnizaciones y los salarios dejados de percibir –artículo 286.1 LRJS–. Reiteramos que es fundamental diferenciar, en estos casos, por un lado, el supuesto de la voluntad de no readmisión del trabajador por parte de empresario y, por otro lado, la imposibilidad de readmitir al trabajador por el cese o cierre de la empresa.

La ejecución en sus propios términos se encuentra encaminada a la reanudación del vínculo contractual –es decir, si puede readmitirse habrá de readmitirse con la ayuda de las medidas coactivas con las que estimular el cumplimiento de la sentencia en sus propios términos–. Sin embargo, al existir impedimentos que pueden imposibilitar el mencionado propósito, el legislador recurre a la extinción indemnizada como enmienda con la que sustituir la readmisión del trabajador haciendo uso de la norma legal que con carácter genérico se contiene en el artículo 18.2 LOPJ: “*si la ejecución resultare imposible, el juez o tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquélla no pueda ser objeto de cumplimiento pleno*”. Este precepto es un supuesto de carácter excepcional en relación a la regla general de ejecución en sus

³⁸⁵⁶ CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, A. M^a.: “Despido nulo: La ejecución de la sentencia en sus propios términos”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al*: *El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., p. 353.

propios términos como bien señala tanto el inicio del artículo precitado³⁸⁵⁷ como la jurisprudencia³⁸⁵⁸.

El principal problema interpretativo se plantea en la remisión del artículo 286 LRJS al artículo 281 del mismo texto: este último precepto se refiere no sólo a la indemnización básica y a los salarios de tramitación sino también a una tercera indemnización, la adicional de hasta quince días de salario por año de servicio y un máximo de doce mensualidades: por tanto, de la literalidad del precepto también se incluye esta última indemnización. Resulta que surge la obligación de abonar la citada cantidad al ser imposible la readmisión del trabajador pero no por la oposición del empresario sino por el cese o cierre de la empresa³⁸⁵⁹. No estamos ante un incumplimiento contractual sino ante una imposibilidad sobrevenida: motivo de más para no entender que estamos ante una indemnización por daños y perjuicios³⁸⁶⁰.

Al ser la indemnización un remedio de carácter excepcional, el ámbito de aplicación de esta norma solo rige en aquellos supuestos en los que se acredite la imposibilidad de readmitir al trabajador por cese o cierre obligado de la empresa. No obstante, se localizan una serie de cuestiones a destacar: a) De una lectura literal del precepto que nos encontramos analizando –artículo 286.1 LRJS– no se permite introducir, en su ámbito de aplicación, situaciones diferentes de la enunciada en este artículo y que tendrían la misma consecuencia; b) Este precepto exige acreditar la imposibilidad de readmitir como presupuesto necesario con el que poder transformar la ejecución específica –readmisión debida– en ejecución genérica –indemnización económica– determinando la necesidad de alegación y prueba que puede tener lugar en el propio incidente de readmisión. En consecuencia la legitimación ha de entenderse en sentido amplio, interesando a ambos sujetos –empleador y empleado– constatar la inviabilidad de la ejecución en sus propios términos –artículo 282 LRJS–. Por otro lado, el juez solo será competente para constatar si ha quedado acreditada la imposibilidad de readmitir al trabajador por la causa de cese o cierre de la empresa. Pero no se trata del cierre patronal y tampoco de la disolución de la sociedad; con la expresión causa de cese o cierre de la empresa se alude –como mínimo– a la parte de la empresa, centro, instalación o actividad cuyo cese o paralización hace imposible la readmisión en las mismas condiciones³⁸⁶¹. Si resulta así de la comparecencia de las partes, el juez podrá extinguir la relación laboral mediante auto con las consecuencias referidas al abono de

³⁸⁵⁷ Nos referimos al artículo 18.2 LOPJ cuando dispone que “*las sentencias se ejecutarán en sus propios términos*”.

³⁸⁵⁸ STS 18 de enero de 2017 [RJ 2017, 1904], STS 27 de diciembre de 2013 [RJ 2013, 8365], STS 16 de julio de 1994 [RJ 1994, 7158] y STS 28 de febrero de 1994 [RJ 1994, 2042]. En el mismo sentido, STSJ Canarias/Tenerife 8 de julio de 2016 [AS 2017, 1491], STSJ País Vasco 3 de febrero de 2015 [AS 2015, 795] y STSJ Castilla y León/Burgos 10 de septiembre de 2014 [AS 2014, 2333].

³⁸⁵⁹ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, cit., p. 227.

³⁸⁶⁰ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, cit., p. 694: la doctrina civil es partidaria de fundamentar la indemnización en daños y perjuicios solo cuando la imposibilidad de readmitir al trabajador sea imputable al deudor.

³⁸⁶¹ MOLERO MANGLANO, C.: “El incidente de no readmisión”, en AA. VV: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 927.

la indemnización y salarios dejados de percibir al trabajador, en virtud del artículo 281.2 LRJS³⁸⁶².

Para el caso en el que se solicite una indemnización específica reparadora de los daños y perjuicios producidos al trabajador por la violación de su derecho fundamental mediante el despido –ya no nos referimos a la indemnización por imposibilidad de readmisión por cese o cierre de la empresa–, en el artículo 179.3 LRJS ya se había impuesto la exigencia de alegar los fundamentos de la pretensión indemnizatoria incorporando una mínima base fáctica con la que delimitar los perfiles y elementos de la indemnización que se solicita³⁸⁶³. En efecto se trata de una indemnización complementaria y que deberá ser estipulada por el juez atendiendo a las circunstancias del caso concreto y en función de daño moral y de la vulneración del derecho fundamental así como los daños y perjuicios adicionales derivados del despido lesivo³⁸⁶⁴. En consecuencia, el intérprete judicial está también facultado para condenar al empresario, a solicitud de parte³⁸⁶⁵, a la reparación de las consecuencias derivadas del acto nulo del despido. Por tanto, declarada la nulidad del acto, el juez puede ocuparse de la reparación económica de los daños producidos. Se articulan así dos formas de protección: por un lado, la tutela restitutoria del derecho vulnerado; por otro lado, la tutela resarcitoria cuyo objeto consiste en la reparación de las consecuencias derivadas de ese acto empresarial, incluida la indemnización que procediera por los eventuales daños de los que forman parte los daños morales –artículo 182.1.d) en relación con el artículo 183 LRJS–³⁸⁶⁶. Por tanto, la función de esta indemnización no es la de un simple coste económico añadido al despido –como la indemnización tasada en el incidente de no readmisión– sino que estamos ante una cierta indemnización por daños y perjuicios cuya cuantificación la realizará el juez con amplio margen de discrecionalidad.

Esta indemnización por daños y perjuicios nace de la discordancia existente entre la regulación de los efectos del despido nulo y la regulación general sobre efectos de los supuestos de discriminación o violación de un derecho fundamental³⁸⁶⁷: mientras que de acuerdo con el artículo 55.6 ET, el despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir; el artículo 182 LRJS dispone la obligación del restablecimiento de la integridad del “*derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental*” –lo que viene a encajar con la readmisión del trabajador y el abono de los

³⁸⁶² CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A. M^a.: “Despido nulo: La ejecución de la sentencia en sus propios términos”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al*: *El despido. Análisis y aplicación práctica*, cit., pp. 356 y ss.

³⁸⁶³ *Vid.* MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “Artículo 179. Tramitación”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al*: *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, cit., p. 995.

³⁸⁶⁴ MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Artículo 55. Forma y efectos del despido disciplinario”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al*: *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, cit., pp. 680 y 681.

³⁸⁶⁵ STS 18 de enero de 2017 [RJ 2017, 1904].

³⁸⁶⁶ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “Artículo 183. Indemnizaciones”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al*: *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, cit., pp. 1022 y ss.

³⁸⁶⁷ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, cit., p. 216.

salarios de tramitación– así como “*la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera en los términos señalados en el artículo 183*” –lo que viene a referirse a la indemnización por daños y perjuicios ocasionados por violación de derechos fundamentales o discriminación: por tanto, no se puede extender a otros supuestos de nulidad como la formal en caso de despido objetivo ni a la readmisión por despido improcedente del representante del personal–.

En efecto, junto al supuesto de la indemnización suplementaria o adicional del incidente de no readmisión del artículo 281 LRJS –indemnización ya comentada y estipulada “*en atención a las circunstancias concurrentes y a los perjuicios ocasionados por la no readmisión o por la readmisión irregular*” donde se “*podrá fijar una indemnización adicional de hasta quince días de salario por año de servicio y un máximo de doce mensualidades*”– existe otro caso de indemnización dentro de nuestra regulación laboral: de acuerdo con el artículo 183.1 LRJS, “*cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados*”. Asimismo, *ex* artículo 183.3 LRJS, la indemnización por daños derivada de la lesión del derecho fundamental o libertad pública, “*será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo o en otros supuestos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales*”.

Es evidente que la ley pretende proteger el derecho fundamental con independencia de la protección que merece el derecho a la extinción del contrato de trabajo sin otro requisito que el derecho fundamental vulnerado. Por tanto, en los casos en los que se ha quebrantado un derecho fundamental como causa extintiva del contrato de trabajo, el daño a resarcir se compone, de un lado, de la pérdida de empleo que ha de atribuirse al incumplimiento empresarial legitimador de la acción rescisoria y que tiene una indemnización legalmente tasada en el ET y en la LRJS –readmisión y salarios de tramitación del ET; y, en atención a las circunstancias concurrentes y a los perjuicios ocasionados por la no readmisión o por la readmisión irregular, podrá fijarse una indemnización adicional de hasta quince días de salario por año de servicio y un máximo de doce mensualidades, de acuerdo con el artículo artículo 281.2.b) LRJS–; de otro, el daño moral derivado de la vulneración de un derecho fundamental así como de los daños y perjuicios adicionales derivados –artículo 183 LRJS–. En definitiva, el sistema de indemnizaciones establecido en el ET –u otras normas laborales– es perfectamente compatible con las indemnizaciones por vulneración de derechos fundamentales del trabajador sin que por ello deba realizarse ningún tipo de descuento en su valoración³⁸⁶⁸.

³⁸⁶⁸ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “Artículo 183. Indemnizaciones”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al: Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, cit., p. 1026.

Por tanto, es cognoscible que en los despidos discriminatorios o lesivos de los derechos fundamentales³⁸⁶⁹, además de las secuelas legales de la readmisión forzosa y el abono de los salarios de trámite, se localicen otros efectos como los daños morales o incluso materiales que deban de ser restaurados³⁸⁷⁰. En consecuencia, no es admisible afirmar “*que la única consecuencia legal del despido discriminatorio haya de ser la readmisión y abono de salarios de tramitación, pues pueden existir daños morales o incluso materiales, cuya reparación ha de ser compatible con la obligación legal de readmisión y abono de salarios de trámite*”³⁸⁷¹.

La jurisprudencia considera que, tras la nueva regulación en la materia establecida por el referido artículo 183 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, “*el precepto viene a distinguir entre los daños morales, los cuales se generan automáticamente siempre que se haya producido la vulneración del derecho fundamental, daños que serán fijados prudencialmente por el tribunal siempre y cuando hayan sido reclamados por el actor en su demanda, y otros daños y perjuicios adicionales derivados de la vulneración del derecho fundamental, los cuales si exigirán la cumplida acreditación y prueba por parte del demandante*”³⁸⁷². Se parte de la base de que dicha vulneración ha tenido que producir necesariamente unos daños morales. Por tanto, de acuerdo con la jurisprudencia más reciente, son los daños morales los que se generan automáticamente a diferencia de los otros daños y perjuicios adicionales que sí deberán ser probados.

Respecto a la doctrina de la indemnización por daños morales por la vulneración de derechos fundamentales –no daños y perjuicios adicionales que sí deberán ser probados–, el propio Tribunal Supremo reconoce la no uniformidad de la misma. Es por ello que en reciente sentencia se localiza y definen tres viejas posiciones jurisprudenciales para concluir con la vigente doctrina jurisprudencial. Veámoslas³⁸⁷³:

Primera posición. Con arreglo a una primera interpretación, se asume la concesión automática en la que se entendió procedente la condena al pago de la indemnización por los daños morales causados, sin necesidad de que se acredite un específico perjuicio, dado que éste se presume. De acuerdo con esta primera posición, la sentencia que aprecie lesión del derecho a la libertad sindical ha de condenar a la indemnización de los daños morales, sin necesidad de que se acredite un específico perjuicio, dado que éste se presume³⁸⁷⁴.

Segunda posición. Otras veces se asume la exigencia de bases y elementos clave de la indemnización reclamada que justifiquen suficientemente la misma y que estén acreditados indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar la condena. De acuerdo con esta segunda posición, es el trabajador demandante quien debe aportar al juez indicios o elementos suficientes que sustenten su concreta petición indemnizatoria; acreditada la violación del derecho, no es automática la aplicación de la indemnización de daños y perjuicios sino que precisa de la alegación de elementos

³⁸⁶⁹ Vid. LÓPEZ INSUA, B. M.: *El principio de igualdad de género en el derecho social del trabajo*, cit., pp. 221 y ss.

³⁸⁷⁰ Auto TC 44/2007, de 10 de diciembre de 2007 [RTC 2007, 444].

³⁸⁷¹ STS 12 de junio de 2001 [RJ 2001, 5931].

³⁸⁷² STSJ Andalucía/Málaga 10 de diciembre de 2015 [JUR 2016, 28590].

³⁸⁷³ STS 5 de octubre de 2017 [RJ 2017, 4918].

³⁸⁷⁴ STS 9 de junio de 1993 [RJ 1993, 4553] y STS 8 de mayo de 1995 [RJ 1995, 3752].

objetivos, aunque sean mínimos, en los que se basa el cálculo³⁸⁷⁵.

Tercera posición. Se atiende al criterio aperturista que actualmente informa el resarcimiento del daño moral –incluso se recomienda su aplicación en el ámbito de los incumplimientos contractuales por los PETL y por UNIDROIT³⁸⁷⁶–. Asimismo se subraya la inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el daño moral sufrido, lo que lleva, por una parte, a un mayor margen de discrecionalidad en la valoración y, por otra parte, diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del *quantum* indemnizatorio de la aplicación de parámetros objetivos, pues los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados no tienen directa o secuencialmente una traducción económica³⁸⁷⁷.

Doctrina actual. En atención a la nueva regulación que se ha producido en la materia tras la LRJS se considera que la exigible identificación de circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada ha de excepcionarse en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada³⁸⁷⁸.

Por tanto, puede concluirse con la actual doctrina del Tribunal Supremo que los daños morales resultan indisolublemente unidos a la vulneración del derecho fundamental y que tratándose de daños morales cuando resulte difícil su estimación detallada deberán flexibilizarse, en lo necesario, las exigencias normales para la determinación de la indemnización. En esas condiciones, la existencia de una vulneración de derechos fundamentales que, en cuanto trasladada a la jurisdicción social, debe ser objeto de íntegra reparación. Por tanto, probada la violación de derechos fundamentales –en el caso que se debate en la sentencia traída a colación, indemnidad, asociada a la transmisión de información veraz y al ejercicio de funciones representativas de los trabajadores– debe acordarse el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho. Tal integridad comporta, entre otros extremos, la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera³⁸⁷⁹.

En definitiva, y de acuerdo con la actual jurisprudencia de Tribunal Supremo, interpretamos que ante una presunta vulneración de derechos fundamentales, la viabilidad de la condena indemnizatoria por los daños morales causados se asume cuasi de forma automática, sin necesidad de que se acredite un específico perjuicio, bastando para ello la simple cita del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social –conocida como LISOS–.

Por tanto, son los daños morales los que se generan automáticamente a diferencia de los otros daños y perjuicios adicionales que sí deberán ser probados. No obstante, debemos dejar constancia expresa de que la jurisprudencia aún no es

³⁸⁷⁵ STS 22 de julio de 1996 [RJ 1996, 6381], STS 11 de junio de 2012 [RJ 2012, 9283] y STS 15 de abril de 2013 [RJ 2013, 5129].

³⁸⁷⁶ STS 15 de junio de 2010 [RJ 2010, 5151].

³⁸⁷⁷ STS 27 de julio de 2006 [RJ 2006, 6548], STS 28 de febrero de 2008 [RJ 2008, 4035], STS 21 de septiembre de 2009 [RJ 2009, 6169] y STS 11 de junio de 2012 [RJ 2012, 9283].

³⁸⁷⁸ STS 5 de octubre de 2017 [RJ 2017, 4918].

³⁸⁷⁹ STS 5 de octubre de 2017 [RJ 2017, 4918].

uniforme³⁸⁸⁰: “*nada se ha concretado en demanda ni, en consecuencia, en el relato fáctico de la sentencia de instancia, a propósito de que la demandante hubiese sufrido algún daño moral, y en su caso, en qué ha consistido dicho daño moral, o alguna lesión patrimonial susceptible de ser indemnizados, pues dicha indemnización no se impone de forma automática sin alegar adecuadamente las bases y elementos clave de la indemnización reclamada y sin acreditar en el proceso, cuando menos, indicios, pautas o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar una condena indemnizatoria*”³⁸⁸¹.

En definitiva, todo lo mencionado cuando no se termine por producir una efectiva readmisión del trabajador despedido, son medidas que actúan sobre el patrimonio del empresario suponiendo una suerte de legalización del incumplimiento a través del pago de una “multa-sanción” o de una “indemnización económica” que las convierte en soluciones jurídicas no satisfactorias para la tutela real del derecho del trabajador en despidos nulos³⁸⁸².

4.8 Efectos en el terreno de la Seguridad Social

Al haberse declarado la nulidad del despido disciplinario la relación laboral ha de restaurarse como consecuencia del fallo de la sentencia, sin que pueda reputarse procedente el cobro de prestaciones por desempleo, privándose de efectos la baja cursada en la Seguridad Social.

Al resultar imperativa la readmisión del trabajador las consecuencias son análogas al supuesto de declaración de improcedencia con opción a la readmisión. Así, las cantidades que se hubieran ingresado en concepto de prestaciones por desempleo se apreciarán indebidas pero por causa no achacable al trabajador. Por ello, la Entidad Gestora cesará en el pago de tales prestaciones y reclamará a la TGSS las cotizaciones que practicó durante el período de pago de la prestación. El empleador deberá rembolsar a la Entidad Gestora las cantidades indebidamente recibidas por el trabajador, practicando el descuento que sea pertinente de la deuda por salarios de tramitación con el límite de la suma de tales salarios. Si lo cobrado por el trabajador en concepto de prestaciones de desempleo fuera superior al montante de la deuda a cargo del empresario por los salarios de tramitación será el trabajador el responsable de la devolución de tal diferencia a la Entidad Gestora³⁸⁸³.

El hecho que determina la obligación de cotizar es, efectivamente, el realizar una actividad profesional que se encuentre incluida en el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social, siendo la principal inquietud del legislador, prevenir las omisiones y defraudaciones posibles en las cotizaciones³⁸⁸⁴. En suma, la obligación de cotizar nace

³⁸⁸⁰ Vid. STS 2 de octubre de 2007 [RJ 2008, 605], STSJ Castilla y León/Valladolid 20 de abril de 2016 [2016, 108547] y STSJ Galicia 21 de enero de 2015 [JUR 2015, 41943].

³⁸⁸¹ STSJ Galicia 21 de enero de 2015 [JUR 2015, 41943].

³⁸⁸² MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Artículo 55. Forma y efectos del despido disciplinario”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al*: *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 787.

³⁸⁸³ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, cit., p. 163.

³⁸⁸⁴ DE LA CRUZ PACHECO, V.: “Las consecuencias del despido sobre altas, bajas y cotizaciones en el sistema de la Seguridad Social”, en AA. VV: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 635.

por el inicio de la prestación laboral. El empresario deberá instar el alta en la Seguridad Social desde la fecha de efectividad del despido disciplinario –al haber sido este declarado nulo– cotizando por tal período a todos los efectos. Si en el momento de efectividad del despido el trabajador tuviera derecho a vacaciones que no hubiera disfrutado con anterioridad a extinguir la relación laboral, el nacimiento del derecho a las prestaciones por desempleo se aplaza hasta que haya acontecido un período equivalente al correspondiente a tales vacaciones, siempre que se solicite dentro del plazo de los quince días siguientes a la finalización de tal período³⁸⁸⁵. Además, la normativa de la Seguridad Social impone practicar la liquidación y cotización complementaria por las sumas que correspondan a dichas vacaciones. Por tanto, puesto que la readmisión del trabajador resulta forzosa, además de que deben saldarse anticipadamente las cotizaciones vinculadas a la retribución correspondiente a las vacaciones predevengadas a la fecha del despido y dado que puede haberse satisfecho al trabajador dicha retribución vacacional, deberá ser tenido en cuenta a efectos no solo laborales sino también de Seguridad Social, al igual que ocurre con el despido improcedente cuando se haya inclinado por la readmisión del trabajador³⁸⁸⁶. En suma, ha de tenerse presente que el criterio dominante en la doctrina y en la jurisprudencia sobre los efectos de la decisión empresarial de extinguir el contrato de trabajo mediante el despido del empleado es el de su eficacia no el de su firmeza: esto significa que la consecuencia inmediata de la extinción del contrato de trabajo es la interrupción de la prestación de servicios y la paralización del pago de salarios³⁸⁸⁷.

La sentencia que declara el despido improcedente o nulo aparta la extinción del empresario de su eficacia extintiva: su principal efecto es el de considerar la relación laboral vigente desde la misma fecha en el que se efectuó el despido. Como consecuencia, el período de tiempo transcurrido a partir de esta fecha se considera trabajo y los salarios de tramitación devengados tienen la consideración de salarios dejados de percibir. Una vez producido el despido del trabajador, el empleador tiene la obligación de comunicar el cese en la empresa de tales trabajadores para que sea dado, respectivamente, de baja en el Régimen General de la Seguridad Social³⁸⁸⁸. En el caso de que el empresario incumpla la precitada obligación, el trabajador podrá instar su afiliación, alta o baja, directamente al organismo competente de la administración de la Seguridad Social –el principio de colaboración administrativa simplificaría éstos trámites comunicando la decisión de los tribunales a la Tesorería General de la Seguridad Social–³⁸⁸⁹. Una vez se haya dictado sentencia, la ineficacia del despido conlleva la ineficacia de la baja del trabajador en la Seguridad Social. Como consecuencia, deberá solicitarse de nuevo alta y regularizar la cotización por el período de tiempo transcurrido desde que se ejecutó el despido. El alta del empleado deberá cursarse con efectos al día siguiente a aquél en el que se produjo la baja inicial. Respecto a la cotización de los salarios de tramitación, la base se integrará por los conceptos computables de salario en la fecha del cese en el trabajo, incrementados con las partes proporcionales de las retribuciones de vencimiento superior al mes, estando el empresario obligado a efectuar las retenciones y descuentos que correspondan. El plazo

³⁸⁸⁵ Artículo 268.3 TRLGSS.

³⁸⁸⁶ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, cit., p. 164.

³⁸⁸⁷ DE LA CRUZ PACHECO, V.: “Las consecuencias del despido sobre altas, bajas y cotizaciones en el sistema de la Seguridad Social”, en AA. VV: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., p. 641.

³⁸⁸⁸ Artículo 139.1 TRLGSS.

³⁸⁸⁹ Artículo 139.2 TRLGSS.

reglamentario para el ingreso de las cuotas correspondientes de salarios de tramitación que deban abonarse como consecuencia de procesos por despido o extinción del contrato de trabajo finalizará el último día del mes siguiente al de la notificación de la sentencia, del auto judicial o del acta de conciliación³⁸⁹⁰. Si el empresario decide no recurrir la sentencia que declara la improcedencia o nulidad del despido, tanto si se opta por la readmisión como por la extinción indemnizada, las actuaciones judiciales adquieren firmeza. Por el contrario, si el empresario recurre la sentencia, durante su tramitación, la situación del trabajador no va a variar, pues en caso de readmisión –por ser despido nulo o improcedente con elección de readmisión– la relación laboral discurrirá de forma ordinaria manteniéndose al trabajador en situación de alta y con la correspondiente cotización –como si en ningún momento se hubiera interrumpido–³⁸⁹¹.

³⁸⁹⁰ Artículo 56 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social.

³⁸⁹¹ DE LA CRUZ PACHECO, V.: “Las consecuencias del despido sobre altas, bajas y cotizaciones en el sistema de la Seguridad Social”, en AA. VV: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., pp. 643 y ss.

CAPÍTULO V. EL DESPIDO DISCIPLINARIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO

SUMARIO. CAPÍTULO V. EL DESPIDO DISCIPLINARIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO. 1. Contexto delimitador del despido disciplinario italiano. 2. Evolución histórica de la institución del despido disciplinario en Italia. 2.1 La potestad disciplinaria y la sanción de despido: su evolución desde la época del Derecho Romano. 2.2 La transformación del despido *ad nutum* al despido por *giusta causa* o *giustificato motivo* en el ordenamiento jurídico italiano. 3. El régimen jurídico del *licenziamento disciplinare* en Italia. 3.1 El despido por *giusta causa*. 3.2 El despido por *giustificato motivo*. 4. La modalidad procesal del despido disciplinario italiano. 4.1 Formalidades del *licenziamento disciplinare*: las garantías del artículo 7 del *Statuto dei Lavoratori*. 4.2 El procedimiento de la extinción por *giusta causa* o *giustificato motivo*. 4.3 Plazo de caducidad e impugnación del despido por el trabajador. 5. Efectos legales de la calificación del despido: consecuencias jurídicas de la extinción nula, anulable e ineficaz. 5.1 La reincorporación plena o *tutela reintegratoria piena* del despido nulo: artículos 18.1, 18.2 y 18.3 del *Statuto dei Lavoratori*. 5.2 La reincorporación con indemnización limitada o *tutela reintegratoria con indennità limitata* del despido anulado: artículos 18.4 y 18.7 del *Statuto dei Lavoratori*. 5.3 La indemnización fuerte o *tutela indennitaria forte* del despido anulado: artículos 18.5 y 18.7 del *Statuto dei Lavoratori*. 5.4 La indemnización reducida o *tutela indennitaria ridotta* del despido ineficaz: artículo 18.6 del *Statuto dei Lavoratori*. 5.5 Ámbito de aplicación del artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori*: el nivel de ocupación en la empresa. 6. La tutela real y la tutela obligatoria en el despido ilegítimo. 7. La reforma introducida por el *Decreto Legislativo 23/2015, 4 marzo, disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti*: la aparición del régimen flexible del despido. 7.1 Consecuencias del despido a partir de la vigencia del *Decreto Legislativo 23/2015, 4 marzo*. 7.2 Conciliación, anulación del despido, pequeñas y medianas empresas, compañías tendenciales o sin ánimo de lucro.

1. Contexto delimitador del despido disciplinario italiano

Se estudian las situaciones, de acuerdo con la normativa italiana, en las que se podrá extinguir la relación laboral por voluntad del empresario sustentado en causa inherente a la propia persona del trabajador –*licenziamento disciplinare*–. En el ordenamiento jurídico italiano la extinción de la relación laboral queda englobada en las siguientes situaciones: a) *Licenziamento individuale*. Dentro de la extinción individual del derecho italiano, cuando el fundamento del despido tiene que ver con la propia persona despedida, nos encontramos ante lo que se denomina *licenziamento disciplinare* que puede ser por *giusta causa* o por *giustificato motivo soggettivo* –son dos tipos de despidos diferentes– o ante un *licenziamento* por *giustificato motivo oggettivo*. b) *Licenziamento collettivo* cuando el fundamento de la extinción es inherente o se sustenta en razones empresariales en relación al número de trabajadores despedidos.

Igualmente en los despidos de los trabajadores habrá de tener en cuenta el procedimiento específico de extinción del vínculo laboral que deberá velar por la garantía de transparencia de las decisiones adoptadas por el empleador o empresario. Si

en el despido se lesionan los derechos del trabajador tendremos que remitirnos a los mecanismos de tutela constituidos por el derecho italiano y que variarán en su aplicación dependiendo del tamaño de la empresa: nos referimos a la tutela real y a la tutela obligatoria del trabajador. También habrá que valorar la decisión judicial del despido que podrá ser declarada legítima o nula, anulable e ineficaz con determinadas consecuencias específicas para cada una de las calificaciones extintivas del contrato de trabajo. De todos modos, sea cual fuese la razón de extinción del contrato de trabajo y la causa del mismo habrá que atender a la indemnización económica que se calculará y asignará en función de las condiciones y características específicas de cada situación.

2. Evolución histórica de la institución del despido disciplinario en Italia

2.1 La potestad disciplinaria y la sanción de despido: su evolución desde la época del Derecho Romano

Poder disciplinario y sanción disciplinaria son –se puede decir– connaturales a la relación de trabajo subordinada; es más, no puede entenderse el uno sin el otro. El poder del empresario de sancionar a los trabajadores en caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales³⁸⁹², constituye una prerrogativa del todo peculiar del “capo de la empresa”, reconocida en el ordenamiento jurídico junto a los poderes directivos y a los poderes de control de la prestación de trabajo³⁸⁹³, destacando, de entre todas, la sanción más grave: nos referimos al despido del trabajador.

Potestad del empresario en la relación privada que se reconduce a intereses contractuales en sentido amplio consistentes en la protección de la organización³⁸⁹⁴ y de la disciplina del trabajo³⁸⁹⁵. Poder disciplinario que no es más que un medio de tutela del empresario en los enfrentamientos con el trabajador por el incumplimiento de las obligaciones del mismo en la relación laboral³⁸⁹⁶. Con este poder se pretende tutelar un bien o un interés que excede del propio contorno del vínculo contractual en alusión a la organización de trabajo y a la conservación de su lógica de orden y eficacia económica³⁸⁹⁷.

En Italia para el estudio de la evolución de la sanción disciplinaria debemos comenzar situándonos en el ambiente económico social de la Roma antigua centrándonos, especialmente, en el trabajo de los siervos y esclavos. La esclavitud en este ambiente político social romano se localizaba en el entorno militar y de las conocidas familias romanas. En efecto, es característica de la época esa concepción de “unidad familiar” donde no se consideraban extrañas las reflexiones políticas centradas

³⁸⁹² Vid. MAINARDI, S.: “Il fondamento giuridico del potere disciplinare nell’evoluzione delle fonti di regolazione del lavoro privato e pubblico”, en MAINARDI, S.: *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico. Art. 2106*, en SCHLESINGER, P. y BUSNELLI, F.: *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 16 y ss.

³⁸⁹³ MAINARDI, S.: “Introduzione”, en MAINARDI, S. (a cura di) *et al: Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., p. XIII.

³⁸⁹⁴ Vid. NAVILLI, M.: “Problemi aperti in tema di posizioni organizzative: diritto all’attribuzione dell’incarico e irriducibilità della retribuzione”, en *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, núm. 1, 2004, pp. 253 y ss.

³⁸⁹⁵ MAINARDI, S.: “Il “dovere” del dirigente di sanzionare il demerito: il procedimento disciplinare”, en *Giurisprudenza italiana*, núm. 12, 2010, p. 2719.

³⁸⁹⁶ TREMOLADA, M.: *Il licenziamento disciplinare*, Padova, Cedam, 1993, p. 118.

³⁸⁹⁷ TULLINI, P.: *Contributo alla teoría del licenziamento per giusta causa*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 215.

en la figura del *pater familias*, persona que se encontraba provista de los más amplios poderes que se desarrollaban en cada sector de la vida familiar. En este contexto social, el trabajo de esclavitud y servil –siervos– era considerado absolutamente despreciable hasta el punto de equiparar la naturaleza del trabajo del hombre con la actividad desarrollada por los animales: ambos, hombre esclavo o siervo y animal, se encontraban sometidos y subordinados. Eran personas no tenidas en cuenta ni en consideración social³⁸⁹⁸.

Más tarde, con la creciente exigencia de la vida y con la disminuida capacidad de autosuficiencia de la economía familiar se llega a la situación de que los propios hombres libres deben prestar temporáneamente su trabajo a cambio de obtener una recompensa económica³⁸⁹⁹; éstos quedaban insertados dentro del propio grupo familiar del empresario, el cual, otorgaba alojamiento y alimentación durante el tiempo de la ejecución del trabajo donde, ya sea por el desprecio que se poseía a los esclavos en la estimación social o por la identidad del objeto de la relación y del modo que se venía entendiendo este trabajo en el propio ambiente familiar, la disciplina aplicada a los hombres libres era similar a la de los esclavos³⁹⁰⁰.

Es sabido que en la época romana se localizaban las organizaciones familiares en sentido político, social y también económico, donde el poder del *pater familias* se extendía por completo –casi sin límites– en el seno de la familia, también en el ámbito laboral, cuyo objetivo era la conservación y el desarrollo del grupo y la ejecución y el buen éxito de aquella particular actividad de trabajo. De aquí que pueda compararse al *pater familias* con el “capo” de la empresa moderna, por supuesto, teniendo en cuenta las diferencias del organismo familiar romano y de sus fines con la empresa actual³⁹⁰¹.

Históricamente, el poder de dirección y el correlativo deber de obediencia pueden situar su origen en esta época. La obligación personal de hacer se introduce, en primer lugar, bajo el esquema de la *locatio* o del *usufrutto* respecto a la explotación económica de la persona del trabajador y que después termina más tarde en una *faciendi necessitas* –necesidad de hacer– que reclama el vínculo característico de la relación contractual obligatoria. Más específicamente, en la *locatio operarum*, la potestad disciplinaria del empresario sobre el trabajador era tradicionalmente justificada por la presencia de este último –trabajador– en la casa o en los dominios del primero –empresario– y que duraba hasta que el trabajador permanecía bajo dependencia del *pater familias*. Por tanto, el trabajador libre quedaba subordinado a una potestad similar a la que el *pater familias* ejercía sobre los esclavos y que, ciertamente, comprendía también la sanción corporal con la que se solía castigar a los mismos. En efecto no existía una disciplina específica de la sanción disciplinaria sobre el trabajador subordinado, por lo que operaba el arbitrio del *padrone* y de la costumbre que era extremadamente severa: por tanto, en el Derecho Romano la autoridad del que podía calificarse de empresario no tenía límites y solo por los excesos más graves podía dar lugar a la intervención del Estado³⁹⁰².

³⁸⁹⁸ LEGA, C.: *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., pp. 160 y 161.

³⁸⁹⁹ No nos referimos en este momento ni a los esclavos, ni tampoco a los siervos.

³⁹⁰⁰ DE ROBERTIS, F. M.: *Il rapporti di lavoro nel diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1946, *passim*.

³⁹⁰¹ LEGA, C.: *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., p. 162.

³⁹⁰² *Ibidem*, pp. 163 y 164.

En el período posterior a la caída del imperio romano el trabajo del individuo se va desarrollando con especial importancia de la Iglesia. En esta época se crean grandes propiedades feudales –Alta Edad Media– caracterizadas por el cultivo del que debe encargarse el trabajador³⁹⁰³. Sin embargo, respecto a la relación del trabajo no hubo grandes cambios continuando un régimen no muy diferente al de la esclavitud. Pero un importante paso se localiza con la llegada del período de la libertad comunal italiana –Baja Edad Media– como fenómeno de reacción al dominio de los señores feudales: se comienza ahora a reivindicar la completa libertad de la persona humana. En esta época la actividad del trabajo se desarrollaba en el taller o negocio y bajo la supervisión del *maestro*. A su vez, el trabajador se comprometía a prestar su trabajo con diligencia, con fidelidad y a no dejar la relación laboral antes de la fecha establecida en el contrato a menos que existiera una causa verificada –lo que hoy denominamos justa causa de resolución–³⁹⁰⁴.

Llegamos al fin a la época moderna. En el siglo XVIII, mientras surge la gran industria moderna, las condiciones de los trabajadores continuaban siendo míseras e inciertas. Estaban expuestos al acoso y abuso del *padrone* o *industriale*, a su vez, subordinado del *maestro*. El Estado se reservaba todavía un derecho de controlar las condiciones en los estatutos pero las relaciones internas eran libremente reguladas por las partes, especialmente, sobre la base de la costumbre³⁹⁰⁵, poseyendo el trabajador obligación específica de obediencia, custodia, diligencia y fidelidad. Es más, podía pensarse al empleado que abandonaba el trabajo incluso con la cárcel. Igualmente, los trabajadores que eran despedidos por vagos y holgazanes incurrían en la pena de la vagabundez; aquellos que no respetaban las órdenes del trabajo eran penados con prisión y multas –diez escudos–; y quienes robaban eran penados con la pena de la flagelación en público y con la colocación al cuello de un cartel grabado con el texto “*ladro di manifatture*”³⁹⁰⁶.

En Italia, a finales del siglo XVIII, la disciplina de las sanciones se remitía todavía al arbitrio de los empresarios, pero no podía negarse la importante repercusión de los grandes acontecimientos políticos iniciados con la revolución francesa en 1789. Por otro lado, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano³⁹⁰⁷ y el nuevo clima de libertad democrática trajeron como resultado una elevación de la posición del trabajador en la empresa. Igualmente se van introduciendo, en sede contractual, límites al ejercicio del poder disciplinario³⁹⁰⁸. Asimismo otro evento fundamental se localiza en la aparición del fenómeno sindical con el nacimiento de la primera asociación de trabajadores³⁹⁰⁹, surgida como movimiento natural de defensa de los intereses comunes del grupo.

³⁹⁰³ Vid. BLOCH, M.: *La società feudale*, Torino, Giulio Einaudi, 1949, *passim*.

³⁹⁰⁴ LEGA, C.: *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., pp. 165 y ss.

³⁹⁰⁵ Vid. BARBAGALLO, C.: *Origini della grande industria contemporanea (1750-1850)*, Venezia, La Nuova Italia, 1923, *passim*.

³⁹⁰⁶ Vid. VISCONTI, A.: *Note sulla condizione degli operai agli albori della industria libera in Lombardia nel sec. XVIII*, Ferrara, SAIG, 1946, *passim*.

³⁹⁰⁷ Aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789, es uno de los documentos fundamentales de la Revolución francesa (1789-1799) que define los derechos personales y los de la comunidad además de los universales.

³⁹⁰⁸ LEGA, C.: *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., p. 174.

³⁹⁰⁹ Vid. MAZZONI, G.: *La conquista della libertà sindacale*, Roma, Edizioni Leonardo, 1947, *passim*.

En definitiva se puede hablar de una verdadera evolución histórica de la sanción y del poder disciplinario del empresario que transita desde una fase de completa subordinación personal a otra bien diversa en la que la persona humana del trabajador puede estar implicada directamente en el desarrollo de la empresa e inserta en la más o menos compleja organización del empresario³⁹¹⁰.

2.2 La transformación del despido *ad nutum* al despido por *giusta causa* o *giustificato motivo* en el ordenamiento jurídico italiano

El instituto de la extinción de la relación de trabajo subordinado emerge del ordenamiento como resultado de un conflicto entre el Derecho Civil codificado y la realidad de las nuevas relaciones industriales. En efecto, la revolución industrial desestabilizó los principios típicos del derecho de contratos en los ordenamientos del *civil law* de la tradición romanística hasta la codificación napoleónica. La revolución industrial emergió repercutiendo en los usos y las prácticas industriales junto con la jurisprudencia y su formulación normativa, siempre en contacto directo con la realidad económica caracterizada por los conflictos sociales de una acelerada industrialización, lo que dio lugar a un nuevo conjunto de reglas, más estables, definidas y caracterizadas³⁹¹¹.

En los ordenamientos jurídicos de la Europa continental, los despidos representan la materia con mayor incidencia de los principios constitucionales. En el período anterior a la aprobación de la primera ley italiana que condiciona realmente a los despidos –*legge 604/1966, di 15 luglio, norme sui licenziamenti individuali*– el objetivo perseguido era convertir el despido en judicialmente revisable y sancionable con su invalidez en caso de que fuera ilícito³⁹¹². Posterior a la publicación del Estatuto de los Trabajadores italiano –*Legge 300/1970, di 20 maggio, Statuto dei Lavoratori. Norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento*–, parte de la doctrina, a consecuencia de los avances sociales que se iban produciendo, denominó la configuración del poder de despido de constitucionalmente peligroso³⁹¹³. Es en esta línea de pensamiento cuando se identifica el fundamento del derecho al trabajo con la estabilidad del empleo³⁹¹⁴: a partir de este momento se pretenderá la continuidad y la estabilidad de la relación laboral respecto a las exigencias empresariales³⁹¹⁵. Poder sancionador que es instrumental al poder organizativo del empresario –este último

³⁹¹⁰ LEGA, C.: *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., p. 175.

³⁹¹¹ MAINARDI, S.: “L'estinzione del rapporto nella sistematica del Codice Civile. Dimissioni e risoluzione consensuale”, en BESSONE, M.: *Trattato di Diritto Privato*, Volume XXIV, en CARINCI, F. (a cura di) y MAINARDI, S. (Coord.): *Il lavoro subordinato. Tomo III. Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzie dei diritti*, cit., p. 3.

³⁹¹² NOGLER, L.: *La regulación de los despidos individuales en la época de equilibrio entre los “principios” constitucionales: estudio a la luz del ordenamiento italiano*, A Coruña, Netbiblo, 2010, p. 3.

³⁹¹³ MANCINI, G. F.: *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro. Il recesso straordinario*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 95. También D'ANTONA, M.: *La reintegrazione nel posto di lavoro: art. 18 dello statuto dei lavoratori*, Padova, Cedam, 1979, p. 77.

³⁹¹⁴ NOGLER, L.: *La regulación de los despidos individuales en la época de equilibrio entre los “principios” constitucionales: estudio a la luz del ordenamiento italiano*, cit., p. 4.

³⁹¹⁵ ZOLI, C.: “I licenziamenti per giustificato motivo oggettivo dalla legge n. 604 del 1966 al d.lgs. n. 23 del 2015”, en FERRARO, G. (a cura di) *et al: I licenziamenti nel contratto “a tutela crescenti”*, Padova, Cedam, 2015, p. 75.

comprende la conducción de la empresa³⁹¹⁶– como se deriva de la propia relación laboral y que representa la forma típica del ejercicio de la libertad de iniciativa económica³⁹¹⁷.

Anteriores a los textos citados nos encontramos con el *Codice Civile* de 1865 – aprobado por el rey Vittorio Emanuele II– que no regulaba el contrato de trabajo. Acogiéndose la doctrina de la época a la investigación de un esquema contractual de derecho común adaptable se hacía referencia a la *locatio operarum* –arrendamiento de servicios–. Pero nada decía la ley de los modos de resolver la relación lo que, inevitablemente, debía dejarse a la pronuncia del juzgador³⁹¹⁸, prevaleciendo la libre manifestación unilateral de su voluntad³⁹¹⁹.

También como antecedente lejano encontramos el artículo 9 del *Regio Decreto Legge 13 novembre 1924, n.1825, convertido en la legge 562/1926, di 18 marzo, sull'impiego privato*, según el cual, “*el contrato del empleado a tiempo indeterminado no puede ser resuelto por ninguna de las dos partes sin previa cancelación y sin indemnización*”. Pero “*no se debe la indemnización en el caso de que una de las dos partes sustente la resolución en justa causa por una falta grave que no consienta la continuación de la relación laboral*”³⁹²⁰.

Posteriormente entra en vigor el *Codice Civile* de 1942 –*Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262, Codice Civile*–, normativa que todavía hoy continua vigente y que recoge la regulación relativa a la libertad de extinción. El artículo 2082 del *Codice Civile* define al empresario como aquel que ejercita profesionalmente una actividad económica organizada con la finalidad de producir o de intercambiar bienes y servicios³⁹²¹. Esta definición representa la idea de la organización como elemento indispensable y fundamental para el ejercicio de la empresa: de aquí se deriva el reconocimiento del *Codice Civile* a una serie de prerrogativas de trabajo con objeto de realizar, organizar y dirigir a la empresa al fin de conseguir su finalidad institucional³⁹²². El artículo 2106 –reglamentación de la sanción disciplinaria³⁹²³– configura claramente el poder disciplinario como instrumento de reacción frente al incumplimiento del

³⁹¹⁶ ZOLI, C.: “Il controllo giudiziario e gli atti di esercizio del potere direttivo: il trasferimento del lavoratore e il mutamento delle mansioni”, en *Diritto delle Relazioni Industriali*, núm. 3, 2014, p. 710.

³⁹¹⁷ MAINARDI, S.: “Introduzione”, en MAINARDI, S. (a cura di) *et al: Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., p. XIII.

³⁹¹⁸ PERA, G.: “Licenziamenti: I”, en AA. VV.: *Enciclopedia giuridica*, Volume XIX Libertà - Memoria, Tomo I Libertà - Luogotenenza, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, Fondata da Giovanni Treccani, 1988, p. 1.

³⁹¹⁹ OFFEDDU, M.: “Attualità di una ricerca storica: probiviri industriali e licenziamenti”, en *Diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1981, p. 59.

³⁹²⁰ Artículo 9. “*Il contratto d'impiego a tempo indeterminato non può essere risolto da nessuna delle due parti senza previa disdetta e senza indennità nei termini e nella misura rispettivamente stabiliti nell'articolo seguente. La superiore disposizione vale anche per il caso di cessazione, liquidazione o riduzione dell'azienda, che non siano esclusivamente determinate da forza maggiore. Non è dovuta disdetta, né indennità nel caso che una delle due parti dia giusta causa alla risoluzione immediata per una mancanza così grave da non consentire la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto*”.

³⁹²¹ Artículo 2082. “*È imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi*”.

³⁹²² D'AVOSSA, E.: *Il potere disciplinare nel rapporto di lavoro: Il codice, Il procedimento, l'esecuzione delle sanzioni, il licenziamento disciplinare, l'impugnazione delle sanzioni*, cit., p. 9.

³⁹²³ Vid. FERRANTE, V.: “Fondamento e natura del potere disciplinare”, en MAINARDI, S. (a cura di) *et al: Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., pp. 6 y ss.

trabajador³⁹²⁴. Pero previamente al artículo 2106 localizamos –también relevantes por individualizar la disposición del citado precepto– el artículo 2104 referido a la *diligenza del prestatore di lavoro* y el artículo 2105 referido a la *obbligo di fedeltà* del *Codice Civile*. Preceptos que presuponen implícitamente el poder disciplinario del empresario son los artículos 2086 referido a la *direzione e gerarchia nell'impresa*³⁹²⁵ y 2094 que se refiere a *prestatore di lavoro subordinato*³⁹²⁶, ambos también del *Codice Civile*³⁹²⁷.

En suma, la violación de la obligación de trabajar con la exigida diligencia y obediencia –artículo 2104 del *Codice Civile*–, de respetar la disposición por la disciplina del trabajo –también artículo 2104 del *Codice Civile*– y la obligación de fidelidad³⁹²⁸ – artículo 2105 del *Codice Civile*– puede dar lugar a la aplicación de sanciones disciplinarias –artículo 2106 del *Codice Civile*–³⁹²⁹.

Al respecto, el artículo 2104 establece que “*el trabajador debe actuar con la diligencia requerida por la naturaleza de la prestación debida, de los intereses de la empresa y de la producción nacional. Debe también observar la disposición por la ejecución y por la disciplina del trabajo impartidas por el empresario y de colaborar con aquel del cual depende jerárquicamente*”³⁹³⁰. Este precepto individualiza la diligencia y la obediencia a los requisitos típicos de la prestación laboral, útiles a los fines de no incumplir la relación de trabajo. La primera parte del precepto es interpretada por la doctrina en sentido objetivo –intereses de la empresa como institución– y en sentido subjetivo –interés del empresario– pero no como interés del cumplimiento de las obligaciones por el trabajador, sino más precisamente como interés del empleador al ejercicio de la actividad en la organización del trabajo. A título ejemplificativo constituyen infracciones de este primer párrafo del artículo 2104 del *Codice Civile* los siguientes supuestos³⁹³¹: la ausencia injustificada³⁹³², el abandono injustificado del puesto³⁹³³, el retraso en el inicio del trabajo –normalmente exigiéndose

³⁹²⁴ BOLLANI, A.: “Il licenziamento disciplinare”, en MAINARDI, S. (a cura di) *et al: Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., p. 119.

³⁹²⁵ Artículo 2086. “*L'imprenditore è il capo dell'impresa e da lui dipendono gerarchicamente i suoi collaboratori*”.

³⁹²⁶ Artículo 2094. “*È prestatore di lavoro subordinato chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore*”.

³⁹²⁷ Para un estudio preciso sobre el procedimiento formal del poder disciplinario en Italia, vid. ZOLI, C.: “L'esercizio del potere disciplinare: profili procedurali e processuali”, en *Azienditalia. Il personale*, núm. 12, 2015, pp. 451 y ss.

³⁹²⁸ ZOLI, C.: “Clausole di fidelizzazione e rapporto di lavoro”, en *Rivista italiana di diritto del lavoro*, núm. 5, 2013, pp. 449 y ss. ZOLI, C.: “Fidelizzazione del lavoratore”, en PEDRAZZOLI, M. (a cura di) *et al: Lessico Giuslavoristico*, Bologna, Bononia University Press, 2010, pp. 37 y ss.

³⁹²⁹ VALLEBONA, A.: *Istituzioni di Diritto del Lavoro*, Padova, Cedam, 2012, p. 302.

³⁹³⁰ Artículo 2104. “*Il prestatore di lavoro deve usare la diligenza richiesta dalla natura della prestazione dovuta, dall'interesse dell'impresa e da quello superiore della produzione nazionale. Deve inoltre osservare le disposizioni per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro impartite dall'imprenditore e dai collaboratori di questo dai quali gerarchicamente dipende*”.

³⁹³¹ MAINARDI, S.: “La definizione delle norme disciplinari”, en MAINARDI, S.: *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico. Art. 2106*, en SCHLESINGER, P. y BUSNELLI, F.: *Il Codice Civile. Commentario*, cit., pp. 122 a 125.

³⁹³² Sentenza della Corte di Cassazione núm. 13352, de fecha 29 de noviembre de 1999.

³⁹³³ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 7296, de fecha 24 de julio de 1998. Vid. DI CERBO, V. y SIMEOLI, D.: “Legge 15 luglio 1966 n. 604. Norme sui licenziamenti individuali”, en AMOROSO, G., DI CERBO, V. y MARESCA, A.: *Diritto del Lavoro. Lo statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*, Milano, Giuffrè, 2014, pp. 1429 y ss.

reiteración³⁹³⁴, la negativa de realizar las tareas competencia del empleado³⁹³⁵ o el rendimiento insuficiente³⁹³⁶. La segunda parte del precepto referido a la obediencia – *obbedienza*– sí se refiere a la manifestación del poder directivo del empresario desde el punto de vista de la organización del trabajo y de la disciplina del trabajador³⁹³⁷. A título ejemplificativo constituyen infracciones de este segundo párrafo del artículo 2104 del *Codice Civile* los siguientes supuestos³⁹³⁸: la inobservancia de las órdenes para el desarrollo del servicio o de la ejecución de la prestación³⁹³⁹, los comportamientos denigratorios³⁹⁴⁰, la injustificación de la enfermedad³⁹⁴¹ o la falsificación de documentos³⁹⁴².

El artículo 2105 establece que “*el trabajador no debe tratar de hacer, por cuenta propia o de terceros, la competencia al empresario, ni divulgar información relacionada con la organización y los métodos de producción de la empresa, o hacer actos que perjudiquen a la empresa*”³⁹⁴³. En efecto, este precepto contiene las obligaciones accesorias respecto a las principales, incluidas las obligaciones de protección a la tutela de los intereses del acreedor en aquellos supuestos de conductas que podrían acarrear daños aunque sean solo potenciales³⁹⁴⁴. Es común que en los convenios colectivos se establezca la obligación de fidelidad en los comportamientos de los empleados, con el objetivo de que no releven secretos o noticias reservadas al desarrollo de la empresa³⁹⁴⁵, o que la actividad no se desarrolle en concurrencia o en conflicto de intereses con el empresario³⁹⁴⁶.

En este sentido, establece el artículo 2106 del *Codice Civile* que “*el incumplimiento de las disposiciones contenidas en los dos artículos precedentes puede dar lugar a la aplicación de sanciones disciplinarias, según la gravedad de la infracción [y en conformidad con la norma corporativa]*”³⁹⁴⁷. Este precepto da lugar a considerar que cualquier tipo de violación puede ser sancionada disciplinariamente, y que, precisamente, el convenio colectivo asume en tal contexto una importante función integrativa³⁹⁴⁸. Sobre la previsión del convenio colectivo, la jurisprudencia ha establecido que la justa causa de despido es noción legal y que el juez no está vinculado obligatoriamente a las previsiones del convenio; en efecto, el juzgador puede descartar

³⁹³⁴ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 4783, de fecha 13 de noviembre de 1989.

³⁹³⁵ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 12121, de fecha 23 de noviembre de 1995.

³⁹³⁶ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 4524, de fecha 8 de julio de 1988.

³⁹³⁷ FAVA, G.: *Potere disciplinare: orientamento giurisprudenziale e principi normativi*, cit., p. 4.

³⁹³⁸ MAINARDI, S.: “La definizione delle norme disciplinari”, en MAINARDI, S.: *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico. Art. 2106*, en SCHLESINGER, P. y BUSNELLI, F.: *Il Codice Civile. Commentario*, cit., pp. 125 y 126.

³⁹³⁹ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 6352, de fecha 26 de junio de 1998.

³⁹⁴⁰ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 7884, de fecha 22 de agosto de 1997.

³⁹⁴¹ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 1481, de fecha 10 de febrero de 2000.

³⁹⁴² Sentenza della Corte di Cassazione núm. 5967, de fecha 27 de mayo de 1995.

³⁹⁴³ Artículo 2105. “*Il prestatore di lavoro non deve trattare affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza con l'imprenditore, né divulgare notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa, o farne uso in modo da poter recare ad essa pregiudizio*”.

³⁹⁴⁴ FAVA, G.: *Potere disciplinare: orientamento giurisprudenziale e principi normativi*, cit., p. 4.

³⁹⁴⁵ MAINARDI, S.: “La definizione delle norme disciplinari”, en MAINARDI, S.: *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico. Art. 2106*, en SCHLESINGER, P. y BUSNELLI, F.: *Il Codice Civile. Commentario*, cit., p. 128.

³⁹⁴⁶ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 6352, de fecha 26 de junio de 1998.

³⁹⁴⁷ Artículo 2106. Sanzioni disciplinari: “*l'inosservanza delle disposizioni contenute nei due articoli precedenti può dar luogo alla applicazione di sanzioni disciplinari, secondo la gravità dell'infrazione*”.

³⁹⁴⁸ FAVA, G.: *Potere disciplinare: orientamento giurisprudenziale e principi normativi*, cit., p. 8.

que el comportamiento del empleado constituya una justa causa aún cuando es calificado como tal en el convenio colectivo, en relación con las circunstancias concretas que lo caracterizan³⁹⁴⁹. En efecto, en materia de despido disciplinario, debe descartarse que un determinado comportamiento del trabajador, invocado por el empresario como justa causa de despido, sea contemplado en el convenio colectivo como integrante de una específica infracción disciplinaria extintiva cuando en realidad le correspondería una sanción conservativa de la relación laboral: en estos supuestos deberá el juez valorar el caso y decidir al respecto³⁹⁵⁰.

Más específicamente, el artículo 2118 del *Codice Civile* establece que “*cualquiera de los contratantes puede rescindir el contrato de trabajo a tiempo indeterminado, dando el preaviso en el término y en los modos establecidos por las normas corporativas, por los usos o según la equidad. A falta de preaviso, el que rescinde está obligado a abonar a la otra parte una indemnización equivalente al importe de la retribución que correspondería para el período de preaviso*”³⁹⁵¹. Este artículo se refiere indirectamente al denominado despido *ad nutum* cuya consecuencia no es otra que dejar fuera del alcance del control judicial la revisión sobre los motivos del despido y de su idoneidad³⁹⁵². Este precepto pretende débilmente obligar al empresario a dar el preaviso de la extinción en todos los casos donde no se encuentre determinada la justa causa³⁹⁵³. El artículo 2119 del *Codice Civile* establece que “*cada uno de los contratantes puede rescindir el contrato antes de la fecha de finalización, si el contrato es por tiempo determinado, o sin preaviso, si el contrato es por tiempo indeterminado, en el caso de que se verifique una causa que no consienta la continuación, tampoco provisional, de la relación. Si el contrato es por tiempo indeterminado, al trabajador que rescinde por justa causa le corresponde la indemnización indicada en el segundo párrafo del artículo precedente*”³⁹⁵⁴.

De los citados preceptos puede observarse como la sistemática adoptada por el propio *Codice Civile* –aun cuando la temática está íntimamente relacionada– prefiere separar la materia disciplinaria –artículo 2106– del propio despido –artículos 2118 y

³⁹⁴⁹ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 4060, de fecha 18 de febrero de 2011.

³⁹⁵⁰ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 13353, de fecha 17 de junio de 2011.

³⁹⁵¹ Artículo 2118. Recesso dal contratto a tempo indeterminato: “*ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto di lavoro a tempo indeterminato, dando il preavviso nel termine e nei modi stabiliti [dalle norme corporative], dagli usi o secondo equità. In mancanza di preavviso, il recedente è tenuto verso l'altra parte a un'indennità equivalente all'importo della retribuzione che sarebbe spettata per il periodo di preavviso. La stessa indennità è dovuta dal datore di lavoro nel caso di cessazione del rapporto per morte del prestatore di lavoro*”.

³⁹⁵² CARINCI, F., DE LUCA TAMAJO, R., TOSI, P. y TREU, T.: *Diritto del Lavoro: il rapporto di lavoro subordinato*, Torino, Utet giuridica, 2013, p. 374.

³⁹⁵³ ICHINO, P.: “Il contratto di lavoro (III)”, en CICU, A., MESSINEO, F. MENGONI, L. e continuato da SCHLESINGER, P.: *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 425.

³⁹⁵⁴ Artículo 2119. Recesso per giusta causa: “*ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto prima della scadenza del termine, se il contratto è a tempo determinato, o senza preavviso, se il contratto è a tempo indeterminato, qualora si verifichi una causa che non consenta la prosecuzione anche provvisoria, del rapporto. Se il contratto è a tempo indeterminato, al prestatore di lavoro che recede, per giusta causa compete l'indennità indicata nel secondo comma dell'articolo precedente. Non costituisce giusta causa di risoluzione del contratto il fallimento dell'imprenditore o la liquidazione coatta amministrativa dell'azienda*”.

2119–³⁹⁵⁵. De hecho se sostiene que el despido por incumplimiento tiene la motivación y la eficacia intimidatoria de la propia sanción disciplinaria³⁹⁵⁶.

Por otro lado, el plazo de preaviso al que se refiere el *Codice Civile* –calificado de típicamente liberal³⁹⁵⁷– no está determinado por el citado texto normativo; lo normal es que se estipule por convenio colectivo o, en su defecto, por los usos y costumbres del lugar. Generalmente la duración del preaviso se encuentra fijada en los convenios colectivos que lo desarrollan en base a la antigüedad del empleado en la empresa³⁹⁵⁸. Además, en los despidos, para el empleado no solo está en cuestión su libertad personal³⁹⁵⁹ sino también su patrimonio³⁹⁶⁰; sin embargo, para el empleador solo está en juego el principio de la libertad de iniciativa económica³⁹⁶¹; lo cierto es que la figura del despido no sólo repercute negativamente en el trabajador sino también al empresario³⁹⁶². En efecto el ilícito consiste en la violación de la libertad económica del empresario y no de la simple posición crediticia del mismo; además, la sanción constituye una medida de carácter punitivo y no un mero remedio de derecho común³⁹⁶³.

Pero antes del *Codice Civile* nos encontramos con la *Carta del Lavoro* de 1927. En la misma, de acuerdo con la declaración XIX, “*la infracción a la disciplina y los actos que perturben el normal desarrollo del negocio, pueden ser castigados por el empresario, según la gravedad de la falta, con la multa, con la suspensión del trabajo, y, para los casos más graves, con el despido inmediato sin indemnización. Serán definidos los casos en los que el empresario puede imponer la multa o la suspensión o el despido inmediato sin indemnización*”³⁹⁶⁴. La *Carta del Lavoro* fue otorgada por Mussolini con el principal objetivo de modernizar la economía italiana intentando solucionar los problemas sociales y las relaciones entre clases.

Posteriormente al *Codice Civile* y de la *Carta del Lavoro* surge la legislación que consagra el principio de la necesaria justificación de la causa que habilita la extinción de la relación laboral. Nos referimos a la ya citada *legge 604/1966, di 15 luglio, norme sui licenziamenti individuali*, que canoniza el principio de la justificación del despido, declarándose ilegítima la extinción no sustentada en “*justa causa*” o “*justificado motivo*”. Así, mientras que el régimen del *Codice Civile* determina la existencia de una justa causa para que pueda operar o no el plazo de preaviso, la *legge*

³⁹⁵⁵ TREMOLADA, M.: *Il licenziamento disciplinare*, cit., p. 96.

³⁹⁵⁶ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 1781, de fecha 28 de marzo de 1981.

³⁹⁵⁷ PERA, G.: “Licenziamenti: I”, en AA. VV.: *Enciclopedia giuridica*, Volume XIX Libertà - Memoria, Tomo I Libertà - Luogotenenza, cit., p. 2.

³⁹⁵⁸ VALLEBONA, A.: *Istituzioni di Diritto del Lavoro*, cit., p. 450.

³⁹⁵⁹ ROMAGNOLI, U.: *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, Bologna, Il Mulino, 1995, p. 149.

³⁹⁶⁰ MANCINI, G. F.: *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro. Individuazione della fattispecie recesso*, Milano, Giuffrè, 1962, p. 338.

³⁹⁶¹ MENGONI, L.: “La stabilità dell’impiego nel diritto italiano”, en AA. VV.: *La stabilità dell’impiego nel diritto dei Paesi membri della C.E.C.A.*, Lussemburgo, Editado dal servizio pubblicazioni delle Comunità Europee, 1958, p. 232.

³⁹⁶² CARINCI, F., DE LUCA TAMAJO, R., TOSI, P. y TREU, T.: *Diritto del Lavoro: il rapporto di lavoro subordinato*, cit., p. 378.

³⁹⁶³ TREMOLADA, M.: *Il licenziamento disciplinare*, cit., p. 164.

³⁹⁶⁴ “*Le infrazioni alla disciplina e gli atti che perturbino il normale andamento dell’azienda, commessi dai prenditori di lavoro, sono puniti, secondo la gravità della mancanza, con la multa, con la sospensione dal lavoro, e, per i casi più gravi, col licenziamento immediato senza indennità. Saranno specificati i casi in cui l’imprenditore può infliggere la multa o la sospensione o il licenziamento immediato senza indennità*”.

604/1966, di 15 luglio, considera que cuando no se vincula el despido individual a la existencia de una causa justa o justificado motivo, el despido no poseerá legitimidad³⁹⁶⁵.

Justa causa que no solo se contempla como un grave incumplimiento contractual, también como una situación ajena a la propia relación laboral y verificada en la esfera del trabajador pero que termina repercutiendo en el vínculo de confianza con el empresario impidiendo la continuación de la relación laboral. Justificado motivo que puede ser subjetivo u objetivo. Justificado motivo subjetivo cuando el trabajador cometa un notable incumplimiento de sus obligaciones contractuales; justificado motivo objetivo cuando existan razones inherentes a la actividad productiva, a la organización del trabajo o al regular funcionamiento de la empresa –lo que supone un límite externo al poder unilateral del empresario para rescindir la relación de trabajo³⁹⁶⁶, pues la jurisprudencia requiere para este despido su nexo causal con circunstancias relacionadas con la organización del trabajo, actividad productiva y marcha de la empresa³⁹⁶⁷–. Además, es la citada ley quien distingue formalmente entre *licenziamento individuale* y *licenziamento collettivo*, cuando, en su artículo 11³⁹⁶⁸, establece que la materia de los despidos colectivos para reducir el personal se encuentra excluida de regulación por esta ley³⁹⁶⁹ –despidos colectivos que aún siguen la regulación comunitaria por la directiva que se refiere expresamente a ellos³⁹⁷⁰–.

Por último, nos queda referirnos al ya citado *Statuto dei Lavoratori*. Lo cierto es que fue el *Statuto dei Lavoratori* quien introdujo la nueva sanción de la readmisión al puesto de trabajo del empleado que había sido injustamente despedido. Sanción de la readmisión del trabajador considerada desde sus orígenes de especialmente gravosa por parte de los empresarios: es lógico si se compara con la anterior normativa, la *legge 604/1966, di 15 luglio, norme sui licenziamenti individuali*, que solo consideraba el pago de una mínima indemnización económica por el despido injusto del empleado. Conviene destacar que el nacimiento y el resultado del *Statuto dei Lavoratori* fue consecuencia del fuerte contexto social y político de la época, muy condicionado por las presiones de los años 1968 y 1969, especialmente, la del denominado otoño caliente de este último año.

Y es con el *Statuto dei Lavoratori* cuando el ejercicio de poder del empresario encuentra límites operativos en el artículo 7, precepto que interviene para contrarrestar la posición débil contractual del trabajador, sea reconociendo derechos específicos, sea estableciendo límites al ejercicio de una prerrogativa del empresario hasta entonces

³⁹⁶⁵ CARINCI, F., DE LUCA TAMAJO, R., TOSI, P. y TREU, T.: *Diritto del Lavoro: il rapporto di lavoro subordinato*, cit., pp. 378 y 379.

³⁹⁶⁶ ZOLI, C.: “I licenziamenti per ragioni organizzative: unicità della causale e sindacato giudiziale”, en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, núm. 1, 2008, pp. 39 y ss.

³⁹⁶⁷ ZOLI, C.: “I licenziamenti per giustificato motivo oggettivo dalla legge n. 604 del 1966 al d.lgs. n. 23 del 2015”, en FERRARO, G. (a cura di) *et al: I licenziamenti nel contratto “a tutela crescenti”*, cit., p. 76.

³⁹⁶⁸ “La materia dei licenziamenti collettivi per riduzione di personale é esclusa dalle disposizioni dellapresente legge”.

³⁹⁶⁹ PERA, G.: “Licenziamenti: I”, en AA. VV.: *Enciclopedia giuridica*, Volume XIX Libertà - Memoria, Tomo I Libertà - Luogotenenza, cit., p. 1.

³⁹⁷⁰ ZOLI, C.: “Licenziamenti collettivi e gruppi di imprese: la procedura di informazione e consultazione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia”, en *Rivista italiana di diritto del lavoro*, núm. 2, 2010, p. 519.

ejercitable de modo sustancialmente “libre”³⁹⁷¹. En efecto, el citado precepto comporta que cualquier despido que haga referencia a una conducta culposa, deficiente o solo inadecuada por parte del trabajador, deba transitar por el procedimiento disciplinario del artículo 7 del *Statuto dei Lavoratori*, independientemente de su calificación por el empresario³⁹⁷².

En suma, se ha asistido a la introducción de límites de carácter sustancial, formal y procedimental, así como de mecanismos sancionatorios que tienen en cuenta la dimensión de la empresa, la naturaleza del empresario, la categoría de los trabajadores tutelados y las circunstancias del despido ejecutado³⁹⁷³.

3. El régimen jurídico del *licenziamento disciplinare* en Italia

El fundamento positivo para justificar el poder de despedir del empresario no reside ni en la parte general del *Codice Civile* relativa a los contratos y a las obligaciones, ni en los artículos 2118 –*recesso dal contratto a tempo indeterminato*– y 2119 –*recesso per giusta causa*–, ni en el artículo 2106 –*sanzioni disciplinari*– del *Codice Civile*, ni tampoco en el artículo 41 –*iniziativa economica privata*– de la Constitución Italiana. Para fundamentar el poder de despido en el ordenamiento jurídico italiano debemos situarnos en el artículo 1 de la *legge 604/1966, di 15 luglio* y el artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori*, preceptos íntimamente relacionados con el artículo 1374 –*integrazione del contratto*– del *Codice Civile*³⁹⁷⁴.

En efecto se reconoce al empresario un poder estructural sustancial extrajudicial con el que poner fin a la relación laboral³⁹⁷⁵ –no considerada como una obligación de resultado³⁹⁷⁶–: poder que asume naturaleza contractual y de subordinación con el que se puede sancionar al empleado cuando haya incumplido o transgredido las obligaciones del propio contrato de trabajo. En efecto, el poder sancionador constituye expresión característica de la subordinación del trabajador y que deriva del propio contrato de trabajo³⁹⁷⁷. Subordinación del empleado que se sustenta por el contenido de los artículos 2094, 2103, 2104, 2105 y 2106 del *Codice Civile*³⁹⁷⁸. Es por eso que en caso de incumplimiento se prevé una respuesta por parte del poder disciplinario donde entra en juego la negociación colectiva y su facultad de articular y graduar la sanción teniendo

³⁹⁷¹ MAINARDI, S.: “Introduzione”, en MAINARDI, S. (a cura di) *et al: Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., p. XIV.

³⁹⁷² COLOMBO, A., RIPA, A. y VARESI, A.: *Licenziamento. Gestione, procedura e casistica*, Milano, Ipsa – Wolter Kluwer, 2014, p. 65.

³⁹⁷³ ZOLI, C.: “I licenziamenti per giustificato motivo oggettivo dalla legge n. 604 del 1966 al d.lgs. n. 23 del 2015”, en FERRARO, G. (a cura di) *et al: I licenziamenti nel contratto “a tutela crescenti”*, cit., pp. 75 y 76.

³⁹⁷⁴ NOGLER, L.: *La regulación de los despidos individuales en la época de equilibrio entre los “principios” constitucionales: estudio a la luz del ordenamiento italiano*, cit., p. 33.

³⁹⁷⁵ Vid. LEGA, C.: *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., *passim*. ASSANTI, C.: *Le sanzioni disciplinari nel rapporto di lavoro*, cit., *passim*. MONTUSCHI, L.: *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1973, *passim*.

³⁹⁷⁶ MUGGIA, S.: “Brevi note sul licenziamento per scarso rendimento e Cass. 22 giugno 2000 n. 8515”, en *Notiziario di giurisprudenza del lavoro*, 2000, p. 752.

³⁹⁷⁷ MAINARDI, S.: “Introduzione”, en MAINARDI, S. (a cura di) *et al: Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., p. XIII.

³⁹⁷⁸ LEGA, C.: *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., p. 94.

presente el principio de proporcionalidad³⁹⁷⁹, lo que de acuerdo con el artículo 2106 del *Codice Civile* y según la gravedad de la infracción, dará lugar a una determinada sanción disciplinaria³⁹⁸⁰. Sanción disciplinaria que conecta, por un lado, el deber de obediencia del trabajador –de acuerdo con el artículo 2104.2 del *Codice Civile*– y un interés organizativo del empresario, y, por otro lado, transfiere dicho interés a la posición contractual como parte individual del contrato de trabajo³⁹⁸¹.

Sanción disciplinaria que puede ser perfectamente el despido del trabajador como expresión de un poder privado³⁹⁸². No obstante, debemos tener en cuenta que existen otros tipos de sanciones o instrumentos sancionatorios con los que tutelar el correcto funcionamiento de la organización de la empresa³⁹⁸³. Distinción entre sanción disciplinaria y despido por justa causa que se localiza en la disciplina codicística, sobre un plano meramente formalístico de clasificación, puesto que el incumplimiento no puede –ni debe– concretarse siempre en la violación más grave de las obligaciones³⁹⁸⁴: el despido. Existe entonces un interés del empresario de disponer de las sanciones por incumplimiento menor y que se prevé en el artículo 1455 del *Codice Civile* cuando dispone que “*el contrato no se puede resolver si el incumplimiento de una de las dos partes tiene escasa importancia, teniendo en cuenta los intereses de la otra*”³⁹⁸⁵. En paralelo, el artículo 3 de la *legge 604/1966, di 15 luglio*, se refiere al “*notevole*” incumplimiento, lo que sí dará lugar al despido del trabajador motivado en la culpa³⁹⁸⁶. Sanciones –o penas privadas a los empleados³⁹⁸⁷– que introducen un elemento disuasorio proyectado en los comportamientos futuros de los trabajadores con el objeto de tutelar la organización empresarial³⁹⁸⁸.

El derecho a despedir es ejercitado como acto al que se le puede atribuir naturaleza negocial³⁹⁸⁹, además de poseer valor de declaración recepticia que se perfecciona en el momento en el que la otra parte tiene conocimiento de la extinción, no

³⁹⁷⁹ CASALE, D. y LIMA, A.: “Istruttoria e irrogazione della sanzione disciplinare”, en MAINARDI, S. (a cura di) *et al: Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., p. 311.

³⁹⁸⁰ Vid. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, S.: “La regulación de despido disciplinario en Italia”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 620.

³⁹⁸¹ MAINARDI, S.: “Introduzione”, en MAINARDI, S. (a cura di) *et al: Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., p. XIII.

³⁹⁸² BOLLANI, A.: “Il licenziamento disciplinare”, en MAINARDI, S. (a cura di) *et al: Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., p. 132.

³⁹⁸³ MAINARDI, S.: “Le sanzioni disciplinari conservative del rapporto di lavoro”, en MAINARDI, S. (a cura di) *et al: Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., pp. 88 y 89.

³⁹⁸⁴ D’AVOSSA, E.: *Il potere disciplinare nel rapporto di lavoro: Il codice, il procedimento, l’esecuzione delle sanzioni, il licenziamento disciplinare, l’impugnazione delle sanzioni*, cit., p.127.

³⁹⁸⁵ “*Il contratto non si può risolvere se l’inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all’interesse dell’altra*”.

³⁹⁸⁶ FAVA, G.: *Potere disciplinare: orientamento giurisprudenziale e principi normativi*, cit., p. 7.

³⁹⁸⁷ MONTUSCHI, L.: “Potere disciplinare e rapporto di lavoro privato”, en *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, núm. 9, 1991, p. 21.

³⁹⁸⁸ MAINARDI, S.: “Le sanzioni disciplinari conservative del rapporto di lavoro”, en MAINARDI, S. (a cura di) *et al: Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., p. 92.

³⁹⁸⁹ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 12781, de fecha 14 de julio de 2005.

pudiendo ser revocado el despido sin el acuerdo expreso de las partes³⁹⁹⁰: por tanto, la revocación del despido tiene que ser aceptada por el interesado³⁹⁹¹.

La función de la sanción disciplinaria –que persigue un fin intimidatorio³⁹⁹²– es esencialmente la de limitar el riesgo moral con objeto de disuadir a todos los dependientes de la empresa de comportamientos contrarios a los intereses contractuales del empresario, teniendo en cuenta la buena fe contractual e influyendo en la ética de la relación laboral³⁹⁹³. En efecto con la sanción disciplinaria no se pretende resarcir un daño que el acto del trabajador haya podido cometer, ni tampoco restaurar el equilibrio patrimonial alterado con su incumplimiento³⁹⁹⁴.

Sobre la carga de la prueba de la causa justificativa del despido³⁹⁹⁵, es el artículo 5 de la *legge 604/1966, di 15 luglio*, el que determina que debe ser el empresario quien deba soportar la legitimidad de justificar la extinción³⁹⁹⁶; precepto aplicable a todos los supuestos de despido que queden subordinados a la disciplina de la *legge 604/1966, di 15 luglio* y del artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori*³⁹⁹⁷. *A sensu contrario* al trabajador tan solo le incumbe probar la existencia de un despido. Es el empresario quien tiene la carga de probar los presupuestos justificativos de las sanciones disciplinarias en relación con el principio de proporcionalidad de la sanción impuesta, pues la misma se deja a la discrecionalidad del empresario bajo los cánones de la razonabilidad, buena fe y equidad, cuya violación podría dar lugar a pronunciamientos de exceso de poder³⁹⁹⁸ o de abuso del derecho por parte del empresario³⁹⁹⁹. En efecto la falta de la equidad y proporcionalidad conduce a un exceso o abuso de poder por parte del empresario⁴⁰⁰⁰.

De acuerdo con el artículo 2697 del *Codice Civile*⁴⁰⁰¹, quien quiere hacer valer un derecho en juicio debe probar los hechos que constituyen el fundamento: en efecto, al trabajador le corresponde demostrar que se ha ejecutado un despido ilegítimo debiendo ser el empresario el que alegue la justificación del mismo. La razón es lógica ya que es evidente que al empresario le resultará más fácil disponer de los medios de

³⁹⁹⁰ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 11664, de fecha 18 de mayo de 2006.

³⁹⁹¹ ZOLI, C.: “Revoca del licenziamento e libertà del lavoratore di optare immediatamente per l'indennità sostitutiva della reintegrazione”, en *Rivista italiana di diritto del lavoro*, núm. 2, 1998, p. 359.

³⁹⁹² MANCINI, G. F.: *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1957, p. 25.

³⁹⁹³ ICHINO, P.: “Il contratto di lavoro (III)”, en CICU, A., MESSINEO, F. MENGONI, L. e continuato da SCHLESINGER, P.: *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 473.

³⁹⁹⁴ MAINARDI, S.: “Le sanzioni disciplinari conservative del rapporto di lavoro”, en MAINARDI, S. (a cura di) *et al: Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., p. 90.

³⁹⁹⁵ Vid. VALLEBONA, A.: *L'onere della prova nel diritto de lavoro*, Padova, Cedam, 1988, *passim*.

³⁹⁹⁶ “L'onere della prova della sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo di licenziamento spetta al datore di lavoro”.

³⁹⁹⁷ DI CERBO, V. y SIMEOLI, D.: “Legge 15 luglio 1966 n. 604. Norme sui licenziamenti individuali”, en AMOROSO, G., DI CERBO, V. y MARESCA, A.: *Diritto del Lavoro. Lo statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 1572.

³⁹⁹⁸ CASALE, D.: “Abuso d'ufficio”, en *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, núm. 6, 2006, pp. 1253 y ss.

³⁹⁹⁹ FAVA, G.: *Potere disciplinare: orientamento giurisprudenziale e principi normativi*, cit., p. 10.

⁴⁰⁰⁰ MAINARDI, S.: “I limiti sostanziali all'esercizio del potere: proporzionalità e recidiva”, en MAINARDI, S.: *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico. Art. 2106*, en SCHLESINGER, P. y BUSNELLI, F.: *Il Codice Civile. Commentario*, cit., p. 309.

⁴⁰⁰¹ “Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda”.

prueba que justifiquen la justa causa o el motivo justificado por el que se procede al despido del empleado. No obstante, en supuestos de despidos discriminatorios⁴⁰⁰² –por razones políticas, religiosas, a causa de la pertenencia a un sindicato o a la participación en actividades sindicales⁴⁰⁰³– existe un reparto de la prueba: el empresario deberá desarrollar las causas que determinaron el despido mientras que el trabajador deberá probar la ilegitimidad de las causas que propiciaron la extinción de la relación laboral por razones discriminatorias. Lo cierto es que debe comenzar el trabajador demostrando un mínimo de discriminación o de otro motivo ilícito o inadmisibles para el despido –lo que en España se denomina indicios–; debiendo el empresario probar la existencia de otro motivo legítimo y suficiente para justificar el despido⁴⁰⁰⁴. Obviamente podrá el juez investigar las circunstancias que motivaron el despido haciendo valer los poderes instructores que le confiere el artículo 421 del *Código di Procedura Civile* y los artículos 2727 a 2729 del *Codice Civile*⁴⁰⁰⁵.

Por otro lado, es el artículo 8 de la *legge 604/1966, di 15 luglio*, el precepto que establece un régimen moderado de sanciones al empresario cuando no se cumplen los términos del despido, entre las cuales, en la práctica judicial destaca el pago de la indemnización resarcitoria –precepto que se refiere a la tutela obligatoria–. Sin embargo, a partir de la publicación del *Statuto dei Lavoratori*, en su artículo 18, también puede localizarse la efectiva estabilidad del puesto de trabajo al compaginarse el citado régimen de consistencia meramente obligatorio –tutela obligatoria– con otro de carácter real –tutela real– donde –de manera débil por las múltiples reformas operadas– se localiza la reincorporación del trabajador al puesto de trabajo⁴⁰⁰⁶.

Como ya hemos comentado, de acuerdo con el ordenamiento jurídico italiano, el despido puede realizarse por “justa causa” o por “justificado motivo”⁴⁰⁰⁷. En la jurisprudencia ambos despidos representan parámetros elásticos y maleables⁴⁰⁰⁸. Debe tenerse en cuenta que la interpretación de la ley necesita ser guiada en relación con la particularidad o puntualización del caso concreto⁴⁰⁰⁹. En efecto se interpreta que existe necesidad de entrar en el fondo del asunto con objeto de identificar el criterio o la regla de juicio que debe aplicarse asignando un importante ámbito de discrecionalidad al juzgador⁴⁰¹⁰. Discrecionalidad del juzgador que obligatoriamente tendrá que ponerse en plena vinculación con el análisis dogmático que deberá realizarse a través del estudio y

⁴⁰⁰² LASSANDARI, A.: “Il licenziamento discriminatorio”, en BESSONE, M.: *Trattato di Diritto Privato*, Volume XXIV, en CARINCI, F. (a cura di) y MAINARDI, S. (Coord.): *Il lavoro subordinato. Tomo III. Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzie dei diritti*, cit., pp. 151 y ss.

⁴⁰⁰³ Sobre el camino recorrido por el despido discriminatorio, vid. CARINCI, F.: “Ripensando il “nuovo” art. 18 dello Statuto dei lavoratori”, en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, núm. 3, 2013, pp. 487 y 488.

⁴⁰⁰⁴ ICHINO, P.: “Il contratto di lavoro (III)”, en CICU, A., MESSINEO, F. MENGONI, L. e continuato da SCHLESINGER, P.: *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 434.

⁴⁰⁰⁵ CARINCI, F., DE LUCA TAMAJO, R., TOSI, P. y TREU, T.: *Diritto del Lavoro: il rapporto di lavoro subordinato*, cit., pp. 414.

⁴⁰⁰⁶ *Ibidem*, pp. 379.

⁴⁰⁰⁷ Vid. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, S.: “La regulación de despido disciplinario en Italia”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) et al: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 622.

⁴⁰⁰⁸ NOGLER, L.: *La regulación de los despidos individuales en la época de equilibrio entre los “principios” constitucionales: estudio a la luz del ordenamiento italiano*, cit., p. 35.

⁴⁰⁰⁹ Sentenza della Corte de Casación núm. 7838, de fecha 15 de abril de 2005.

⁴⁰¹⁰ Sentenza della Corte de Casación núm. 21213, de fecha 2 de noviembre de 2005. Ejemplo de absoluta discrecionalidad judicial se localiza en la sentenza della Corte di Cassazione núm. 3257, de fecha 10 de marzo de 2003.

vinculación de los hechos con los preceptos normativos que regulan el despido⁴⁰¹¹. Discrecionalidad que hace que similar incumplimiento sea considerado por un juez meritorio de despido, mientras otro juzgador lo considera meritorio de una multa o de una suspensión de empleo y sueldo⁴⁰¹²; multa o suspensión de empleo y sueldo que se convierten en sanciones características con las que conservar la relación laboral del trabajador⁴⁰¹³. Subjetividad del juzgador hasta el punto de que la evaluación del asunto queda en manos de la experiencia y de la sensibilidad del mismo⁴⁰¹⁴. Pero no solo discrecionalidad en la evaluación, también en la elección por la tutela e indemnización – específicamente, entre “tutela indennitaria” y “tutela reintegratoria”–⁴⁰¹⁵. Lo cierto es que la sanción extintiva disciplinaria de la relación de trabajo solo debe ejecutarse en aquellos casos en donde la gravedad de la infracción no tolera la continuación del trabajador⁴⁰¹⁶.

Poder de despedir que es individual y unitario, así como unitario es el derecho de propiedad de un bien. Por tanto, el titular del poder, en este caso el empresario, debe hacerlo valer en juicio, debiendo justificar la resolución con todos los hechos que crea convenientes para la extinción de la relación laboral, al igual que ocurre con el titular de un derecho de propiedad que alega todas las posibles fundamentaciones constitutivas de su derecho, siendo el juzgador quien deducirá en última instancia y juzgará oportunamente⁴⁰¹⁷.

Pero en Italia, el despido disciplinario no se encuentra expresamente regulado por el legislador –a diferencia del ordenamiento jurídico español que sí dedica el artículo 54 ET a regular plenamente el despido disciplinario y sus justas causas–; tampoco lo está el despido objetivo –*giustificato motivo oggettivo*⁴⁰¹⁸–. El despido disciplinario italiano, obligatoriamente –pues no tiene más remedio–, se ha construido sobre la base de las decisiones jurisprudenciales e interpretaciones doctrinales que, aún hoy, no encuentran una posición unánime⁴⁰¹⁹. En efecto, y como indicábamos *supra*, el despido en Italia va a depender de la discrecional valoración judicial realizada en cada

⁴⁰¹¹ MENGONI, L.: “Per una dogmatica dei diritti fondamentali”, en AA. VV.: *Giornate in onore di Angelo Falzea*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 53.

⁴⁰¹² ICHINO, P.: “Il contratto di lavoro (III)”, en CICU, A., MESSINEO, F. MENGONI, L. e continuato da SCHLESINGER, P.: *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 475.

⁴⁰¹³ MAINARDI, S.: “Le sanzioni disciplinari conservative del rapporto di lavoro”, en MAINARDI, S. (a cura di) *et al: Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., pp. 100 y ss.

⁴⁰¹⁴ PERSIANI, M.: “La tutela dell’interesse del lavoratore alla conservazione del posto”, en RIVA SANSEVERINO, L. y MAZZONI, G. (Dirs.) *et al: Nuovo trattato di diritto del lavoro*, Padova, Cedam, 1971, p. 682.

⁴⁰¹⁵ ZOLI, C.: “Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo tra reintegra e tutela indennitaria”, en *Rivista italiana di diritto del lavoro*, núm. 3, 2013, pp. 665 y 666.

⁴⁰¹⁶ MAINARDI, S.: “Le sanzioni disciplinari conservative del rapporto di lavoro”, en MAINARDI, S. (a cura di) *et al: Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., p. 97.

⁴⁰¹⁷ BUONCRISTIANI, D.: *Il licenziamento disciplinare: tecnica procedimentale ed impugnatoria. Profili comparatistici (Francia, Spagna, Germania)*, Padova, Cedam, 2012, p. 33.

⁴⁰¹⁸ Vid. ZOLI, C.: “Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo tra reintegra e tutela indennitaria”, en *Rivista italiana di diritto del lavoro*, cit., p. 657 y ss.

⁴⁰¹⁹ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, S.: “La regulación de despido disciplinario en Italia”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 619.

particular caso⁴⁰²⁰. En efecto la falta de una precisa noción legislativa de la categoría del despido ha supuesto y supone una problemática muy debatida en la doctrina italiana⁴⁰²¹.

En definitiva, el despido individual es un acto unilateral recepticio con el que el empresario manifiesta al empleado la voluntad de rescindir la relación laboral. El despido debe ser sostenido por un motivo identificado normalmente en la tipología de la extinción. En efecto los diversos tipos de despido previstos en el ordenamiento italiano pueden clasificarse en: a) Justa causa, cuando la motivación del despido está vinculada a graves incumplimientos de las obligaciones contractuales del trabajador. b) Por justificado motivo subjetivo, que se utiliza cuando se está en presencia de un incumplimiento del trabajador de gravedad tal que no justifica la extinción inmediata de la relación. c) Por justificado motivo objetivo⁴⁰²², utilizado cuando la decisión de despedir está vinculada a razones inherentes de la actividad productiva, de la organización del trabajo y del normal funcionamiento de la empresa⁴⁰²³.

3.1 El despido por *giusta causa*

El primer precepto que se refirió al despido por justa causa se localiza en el artículo 9.3 del *Regio Decreto Legge 13 novembre 1924, n.1825, convertido en la legge 562/1926, di 18 marzo, sull'impiego privato*, y que excluye la indemnización de la resolución en el caso de que exista justa causa. Posteriormente es la *Carta del Lavoro* la que recoge el despido definiéndola como la máxima sanción disciplinaria y prevista para los casos más grave. Hoy son los artículos 2104 y 2105, en relación con el artículo 2106 del *Codice Civile*, los que especifican que los incumplimientos de las obligaciones pueden dar lugar a la aplicación de sanciones disciplinarias según la gravedad de la infracción. Siendo los artículos 2118 y 2119 del citado texto los que establecen la posibilidad de despedir al trabajador sin preaviso cuando se verifique una causa que no consienta la continuación de la relación laboral.

El despido inmediato y sin preaviso tiene su origen en un sistema dominado por la plena libertad de la extinción, hoy anclado en una cláusula general que ha consentido una discrecional y tal vez arbitraria interpretación y aplicación; al respecto, es evidente que hoy día la jurisprudencia no consigue –o mejor dicho no desea– abandonar esta fórmula de despedir⁴⁰²⁴.

Más específicamente es el artículo 2119 del *Codice Civile* quién se encarga de autorizar el despido por justa causa cuando se verifique una causa que no consienta el mantenimiento de la relación laboral sin que, en tal caso, la parte que formule esa voluntad esté obligada a preavisar: nos encontramos ante una falta de tal relevancia que no requiere del previo aviso al trabajador –culpa lata o dolo⁴⁰²⁵–. La justa causa se configura como un justificado motivo subjetivo acentuado de lo que se deriva la sanción

⁴⁰²⁰ GAETA, G.: “Brevi note in materia di licenziamento disciplinare”, en *Rivista giuridica de lavoro e della previdenza sociale*, núm. 3, 2003, p. 507.

⁴⁰²¹ D’AVOSSA, E.: *Il potere disciplinare nel rapporto di lavoro: Il codice, Il procedimento, l’esecuzione delle sanzioni, il licenziamento disciplinare, l’impugnazione delle sanzioni*, cit., p. 125.

⁴⁰²² ZOLI, C.: “Note sul giustificato motivo obiettivo di licenziamento”, en *Rivista italiana di diritto del lavoro*, núm. 2, 1982, pp. 765 y ss.

⁴⁰²³ COLOMBO, A., RIPA, A. y VARESI, A.: *Licenziamento. Gestione, procedura e casistica*, cit., pp. 3 y 4.

⁴⁰²⁴ TULLINI, P.: *Contributo alla teoría del licenziamento per giusta causa*, cit., p. 2.

⁴⁰²⁵ Vid. LEGA, C.: *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., p. 240.

disciplinaria más grave⁴⁰²⁶. La justa causa de despido debe revestir el carácter de grave negación de los elementos esenciales de la relación de trabajo y, en particular, del elemento de la confianza⁴⁰²⁷. De la propia definición de la justa causa –que no consiente el mantenimiento de la relación– deriva la necesidad de la inmediatez de la respuesta frente a esta causa⁴⁰²⁸.

Al respecto podemos localizar dos teorías⁴⁰²⁹: a) la minoritaria –teoría objetiva– que entiende como causa de despido, no solo el incumplimiento gravísimo del empleado, sino también cualquier otra eventualidad ajena a la propia relación laboral y que lesione el vínculo de confianza existente entre las partes⁴⁰³⁰; b) la mayoritaria –teoría contractual de la justa causa– que considera que no es justa causa cualquier situación extralaboral diferente al incumplimiento gravísimo de las obligaciones contractuales⁴⁰³¹. Teoría contractual de la justa causa que encuentra sustento legal en el artículo 8 del *Statuto dei Lavoratori* al prohibir al empresario efectuar indagaciones sobre hechos no relevantes con la finalidad de valorar la actitud profesional del trabajador⁴⁰³².

De acuerdo con la jurisprudencia existe justa causa considerable para extinguir el contrato de trabajo cuando no solo se produzca un gravísimo incumplimiento de las obligaciones contractuales, también cualquier circunstancia o situación externa a la relación de trabajo pero verificada dentro de la esfera laboral y adecuada para afectar al vínculo de confianza entre las partes lo que impide la normal prosecución de la relación de trabajo⁴⁰³³. Confianza que puede ser utilizada tanto en la justa causa como en el despido por justificado motivo subjetivo⁴⁰³⁴.

Pero de las dos citadas teorías podemos sacar una conclusión que automáticamente nos vincula con el despido disciplinario del ordenamiento jurídico español: la pérdida de confianza –denominado, de acuerdo con el ET español, buena fe

⁴⁰²⁶ Para diferenciar el despido de la dimisión por justa causa, *vid.* MAINARDI, S.: “L’estinzione del rapporto nella sistematica del Codice Civile. Dimissioni e risoluzione consensuale”, en BESSONE, M.: *Trattato di Diritto Privato*, Volume XXIV, en CARINCI, F. (a cura di) y MAINARDI, S. (Coord.): *Il lavoro subordinato. Tomo III. Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzie dei diritti*, cit., pp. 48 y ss.

⁴⁰²⁷ DI CERBO, V. y SIMEOLI, D.: “Legge 15 luglio 1966 n. 604. Norme sui licenziamenti individuali”, en AMOROSO, G., DI CERBO, V. y MARESCA, A.: *Diritto del Lavoro. Lo statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 1369.

⁴⁰²⁸ PERA, G.: “Licenziamenti: I”, en AA. VV.: *Enciclopedia giuridica*, Volume XIX Libertà - Memoria, Tomo I Libertà - Luogotenenza, cit., p. 5.

⁴⁰²⁹ *Vid.* FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, S.: “La regulación de despido disciplinario en Italia”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al.*: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., pp. 623 y 624.

⁴⁰³⁰ TRINONI, G.: *L’obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1982, p. 251.

⁴⁰³¹ SMURAGLIA, C.: *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1967, pp. 37 y ss. PERSIANI, M.: “La tutela dell’interesse del lavoratore alla conservazione del posto”, en RIVA SANSEVERINO, L. y MAZZONI, G. (Dirs.) *et al.*: *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, cit., pp. 664 y ss.

⁴⁰³² Artículo 8. Divieto di indagini sulle opinioni. “È fatto divieto al datore di lavoro, ai fini dell’assunzione, come nel corso dello svolgimento del rapporto di lavoro, di effettuare indagini, anche a mezzo di terzi, sulle opinioni politiche, religiose o sindacali del lavoratore, nonché su fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell’attitudine professionale del lavoratore”.

⁴⁰³³ Sentenze della Corte di Cassazione núm. 15919, de fecha 19 de diciembre de 2000; núm. 14466, de fecha 7 de noviembre de 2000; núm. 7102, de fecha 21 de diciembre de 2002; y núm. 9354, de 24 de julio de 1968.

⁴⁰³⁴ MANCINI, G. F.: *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro. Il recesso straordinario*, cit., p. 117.

contractual o abuso de confianza en el desempeño del trabajo⁴⁰³⁵ – no permitirá la continuación de la relación laboral entre empleador y empleado. Confianza en el trabajador que permitirá tener en cuenta comportamientos de la esfera privada del empleado cuando estén relacionados directa o indirectamente con las obligaciones profesionales del vínculo contractual⁴⁰³⁶: en efecto, para la jurisprudencia se podrá recurrir a comportamientos de la esfera privada del empleado cuando la prestación laboral conlleve un margen de confianza absoluto que implique la atención de los comportamientos privados⁴⁰³⁷. Pero cuando no conlleve relación con el trabajo, el despido será declarado ilegítimo –parte de la doctrina considera que, en estos casos, el despido debería ser nulo⁴⁰³⁸–. Y es que, de acuerdo con el artículo 1375 del *Codice Civile*⁴⁰³⁹, el contrato se ejecutará de conformidad con la buena fe⁴⁰⁴⁰. En suma la justa causa del despido se caracteriza por el propio incumplimiento que, en esencia, debe ser tan grave que no consienta la continuación –tampoco provisional– del propio vínculo laboral.

En la valoración del juzgador de la individualización de los elementos que, en concreto, permiten calificar el hecho cuestionado como justa causa de despido debe tenerse en cuenta una serie de factores objetivos y subjetivos: en efecto puede ser que la falta del trabajador sea tan grave de justificar que en la imposición de la sanción expulsiva deba evaluarse no solo el contenido objetivo del comportamiento incumplidor del trabajador también su alcance subjetivo en referencia a las particulares circunstancias y condiciones, a sus efectos y a la intensidad del hecho⁴⁰⁴¹. Deberá tenerse en cuenta la configuración de la falta operada en relación con el convenio colectivo, la intensidad del elemento intencional, el grado de las consecuencias sobre el trabajo, los antecedentes en la actuación de la relación laboral, la duración del incumplimiento o desobediencia, la ausencia de anteriores sanciones, la naturaleza y la tipología de la relación misma⁴⁰⁴².

En los casos de pluralidad de hechos, el juzgador no está vinculado a la complejidad de todos los incumplimientos pudiendo deducir la gravedad de la justa causa de uno o de algunos de ellos⁴⁰⁴³. En efecto, cuando existan diversos episodios relevantes sobre el plano disciplinario, el juez puede individualizar uno de ellos para justificar la sanción expulsiva cuando el mismo presente la gravedad requerida por el artículo 2119 del *Codice Civile*⁴⁰⁴⁴.

⁴⁰³⁵ MAZZIOTTI, F.: *I licenziamenti dopo la legge 11 maggio 1990, n. 108*, Torino, Utet, 1991, pp. 28 y 29.

⁴⁰³⁶ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, S.: “La regulación de despido disciplinario en Italia”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) et al: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., pp. 623 y 624.

⁴⁰³⁷ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 9590, de fecha 14 de julio de 2001.

⁴⁰³⁸ ICHINO, P.: “Il contratto di lavoro (III)”, en CICU, A., MESSINEO, F. MENGONI, L. e continuato da SCHLESINGER, P.: *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 433.

⁴⁰³⁹ “Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede”.

⁴⁰⁴⁰ MAINARDI, S.: “Rapporto di impiego dei magistrati ed obblighi di correttezza e buona fede”, en *Giornale di Diritto Amministrativo*, núm. 3, 2003, pp. 241 y ss.

⁴⁰⁴¹ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 5019, de fecha 1 de marzo de 2011.

⁴⁰⁴² Sentenza della Corte di Cassazione núm. 2013, de fecha 13 de febrero de 2013.

⁴⁰⁴³ COLOMBO, A., RIPA, A. y VARESI, A.: *Licenziamento. Gestione, procedura e casistica*, cit., pp. 68 y ss.

⁴⁰⁴⁴ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 24574, de fecha 31 de octubre de 2013.

Lo cierto es que la justa causa del despido, para adecuarse a la realidad mutante en el tiempo, representa un modelo genérico que necesita ser especificado en sede interpretativa mediante la valoración de factores externos relativos a la conciencia general de los principios tácitos que el artículo 2119 del *Codice Civile* reclama. Esta interpretación vendrá completada por el juzgador mediante referencias expresas a la conciencia general y a los valores del ordenamiento existentes en la realidad social⁴⁰⁴⁵.

Como hemos comentado, el ordenamiento jurídico italiano no especifica las infracciones del trabajador que justificarían el despido disciplinario *in tronco*, pero los convenios colectivos, en general, contienen las enumeraciones, más o menos precisas, de los comportamientos del trabajador que son punibles con sanciones disciplinarias que justifican el citado despido⁴⁰⁴⁶. A continuación traemos a colación un elenco –en vía ejemplificativa– de causas graves que dan lugar al despido disciplinario⁴⁰⁴⁷: a) Relativas a la ejecución del trabajo: la inejecución o ausencia –si es por enfermedad⁴⁰⁴⁸ se recomienda su certificación médica⁴⁰⁴⁹– arbitraria al trabajo⁴⁰⁵⁰; o la participación activa en huelga considerada ilegítima. b) Relativa al modo de estar en el trabajo: la incapacidad de trabajar, especialmente, bajo el perfil de la negligencia ocultada en período de prueba; la repetición de negligencia; o el bajo rendimiento. c) Relativas a la disciplina en el trabajo: la insubordinación grave⁴⁰⁵¹. d) Relativas a las obligaciones complementarias y a la conducta fuera de la empresa: la violación de los deberes de fidelidad; la conducta privada incorrecta; o la subordinación al procedimiento penal⁴⁰⁵².

No obstante, algunas de las cuestiones más recurrentes o más significativas con las que declarar legítimo el despido por justa causa son las siguientes. Entre las causas que se refieren a la idoneidad del trabajador encontramos⁴⁰⁵³: la detención y uso de estupefacientes⁴⁰⁵⁴, el contrabando⁴⁰⁵⁵, la posesión ilegítima de armas⁴⁰⁵⁶ o el falso testimonio en un juzgado civil⁴⁰⁵⁷. Entre los hechos inherentes al desarrollo de la relación que comprende no solo la ejecución de la prestación de servicios sino también las obligaciones accesorias, encontramos⁴⁰⁵⁸: la ausencia injustificada⁴⁰⁵⁹, el bloqueo de

⁴⁰⁴⁵ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 4984, de fecha 4 de marzo de 2014.

⁴⁰⁴⁶ Para ver determinados ejemplos de despido *in tronco*, *vid.* LEGA, C.: *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., pp. 242 y 243.

⁴⁰⁴⁷ *Vid.* LEGA, C.: *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., pp. 245 y ss.

⁴⁰⁴⁸ *Vid.* CASALE, D.: “Malattia, inidoneità psicofisica e handicap nella novella del 2012 sui licenziamenti”, en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, núm. 2, 2014, pp. 401 y ss.

⁴⁰⁴⁹ Sobre el cómputo de ausencias y su justificación, *vid.* CASALE, D.: “La rinnovata disciplina della malattia del dipendente pubblico”, en *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, núm. 3-4, 2012, p. 510.

⁴⁰⁵⁰ *Vid.* MAINARDI, S.: “Il licenziamento disciplinare per falsa attestazione di presenza in servizio”, en *Giornale di diritto amministrativo*, núm. 5, 2016, p. 588.

⁴⁰⁵¹ *Vid.* DI CERBO, V. y SIMEOLI, D.: “Legge 15 luglio 1966 n. 604. Norme sui licenziamenti individuali”, en AMOROSO, G., DI CERBO, V. y MARESCA, A.: *Diritto del Lavoro. Lo statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*, cit., pp. 1427 y ss.

⁴⁰⁵² Sobre la subordinación al procedimiento penal, *vid.* ESPOSITO, M.: “Processo penale e procedimento disciplinare nella normativa sul lavoro pubblico: diritto di difesa del dipendente e buon andamento delle amministrazioni pubbliche”, en *Rivista italiana di diritto del lavoro*, núm. 2, 2009, *passim*.

⁴⁰⁵³ VALLEBONA, A.: *Istituzioni di Diritto del Lavoro*, cit., pp. 482 y 483.

⁴⁰⁵⁴ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 923, de fecha 3 de febrero de 1996.

⁴⁰⁵⁵ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 4829, de fecha 5 de octubre de 1985.

⁴⁰⁵⁶ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 1086, de fecha 3 de febrero de 1994.

⁴⁰⁵⁷ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 2626, de fecha 9 de marzo de 1998.

⁴⁰⁵⁸ VALLEBONA, A.: *Istituzioni di Diritto del Lavoro*, cit., pp. 484 y ss.

⁴⁰⁵⁹ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 5558, de fecha 25 de octubre de 1982.

la maquinaria en ocasión de huelga⁴⁰⁶⁰, la destrucción de maquinaria de la empresa⁴⁰⁶¹, el hurto o el uso personal de los bienes de la empresa⁴⁰⁶², la falsificación del registro de asistencia o de las relaciones que demuestran la actividad de trabajo fuera de la empresa y no sujeta a control⁴⁰⁶³, la falsificación de certificados médicos presentados al empresario⁴⁰⁶⁴, la falsificación de documentación acreditativa de gastos para el reembolso por parte de la empresa⁴⁰⁶⁵, la falsificación o la omisión de los recibos fiscales para apropiarse de sumas pagadas por el cliente⁴⁰⁶⁶, la injuria o la difamación⁴⁰⁶⁷, la agresión contra los superiores jerárquicos o los usuarios o compañeros de trabajo⁴⁰⁶⁸, el acoso sexual⁴⁰⁶⁹, el trabajo o las actividades que pueden provocar o agravar la enfermedad⁴⁰⁷⁰, la grave o reiterada negligencia en la ejecución del trabajo o el injustificado rechazo del trabajador⁴⁰⁷¹, la omisión de comunicación a la empresa de información necesaria⁴⁰⁷², la obstrucción de la actividad de la empresa⁴⁰⁷³, la embriaguez en el lugar de trabajo⁴⁰⁷⁴ o relaciones impropias con los suministradores o proveedores⁴⁰⁷⁵.

3.2 El despido por *giustificato motivo*

La regla del justificado motivo se introduce por la *legge 604/1966, di 15 luglio, norme sui licenziamenti individuali*, cuyo artículo 1, con dieciséis años de anticipo respecto al ordenamiento de la OIT, específicamente, del Convenio número 158 de la OIT de 1982, introduce la regla del *giustificato motivo*⁴⁰⁷⁶.

El artículo 3 de la *legge 604/1966, di 15 luglio, norme sui licenziamenti individuali*, se encarga de recoger el despido individual por justificado motivo, extinción del contrato de trabajo que puede justificarse por razones objetivas o por razones subjetivas. Este despido por justificado motivo con preaviso se determina por un “*incumplimiento considerable de las obligaciones contractuales del prestador de trabajo*” –justificado motivo subjetivo– y como una o más “*razones inherentes a la actividad productiva, organizativa y a su regular funcionamiento*” –justificado motivo objetivo–⁴⁰⁷⁷. Es una fórmula fuertemente influenciada por el ordenamiento jurídico y por la sensibilidad del juzgador y de las circunstancias del contexto lo que le hace

⁴⁰⁶⁰ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 2352, de fecha 17 de abril de 1982.

⁴⁰⁶¹ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 602, de fecha 22 de enero de 1987.

⁴⁰⁶² Sentenza della Corte di Cassazione núm. 21965, de fecha 19 de octubre de 2007.

⁴⁰⁶³ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 9173, de fecha 5 de noviembre de 1994.

⁴⁰⁶⁴ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 816, de fecha 5 de febrero de 1985.

⁴⁰⁶⁵ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 14066, de fecha 17 de junio de 2009.

⁴⁰⁶⁶ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 5742, de fecha 25 de mayo de 1995.

⁴⁰⁶⁷ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 18655, de fecha 12 de septiembre de 2011.

⁴⁰⁶⁸ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 8351, de fecha 12 de abril de 2011.

⁴⁰⁶⁹ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 4735, de fecha 28 de abril de 1995.

⁴⁰⁷⁰ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 5407, de fecha 6 de junio de 1990.

⁴⁰⁷¹ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 19235, de fecha 21 de septiembre de 2011.

⁴⁰⁷² Sentenza della Corte di Cassazione núm. 6957, de fecha 4 de abril de 2005.

⁴⁰⁷³ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 20573, de fecha 29 de julio de 2008.

⁴⁰⁷⁴ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 19361, de fecha 10 de septiembre de 2010.

⁴⁰⁷⁵ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 567, de fecha 17 de enero de 2012.

⁴⁰⁷⁶ ICHINO, P.: “Il contratto di lavoro (III)”, en CICU, A., MESSINEO, F. MENGONI, L. e continuato da SCHLESINGER, P.: *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 434.

⁴⁰⁷⁷ Artículo 3. “*Il licenziamento per giustificato motivo con preavviso é determinato da un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro ovvero da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa*”.

susceptible de mutar en el tiempo⁴⁰⁷⁸. Previo aviso del despido que otorgará libertad al trabajador para buscar con éxito otro empleo o actividad laboral⁴⁰⁷⁹.

De todos modos, doctrina y jurisprudencia son unánimes cuando se refieren a la valoración de la mayor o menor relevancia de los intereses del empresario para reaccionar disciplinariamente respecto a la extinción o no del trabajador. Es decir, la decisión de despedir o no al trabajador se reserva exclusivamente a juicio del empresario⁴⁰⁸⁰.

La citada ley establece que deben darse dos condiciones para proceder a este despido⁴⁰⁸¹: la veracidad de las condiciones empresariales argumentadas en el despido y el nexo causal entre las exigencias y el propio despido. No obstante, debemos destacar que es posible que el impedimento/incumplimiento del justificado motivo pueda ser objetivo y subjetivo al mismo tiempo⁴⁰⁸². Igualmente es regla firme de la jurisprudencia que el incumplimiento notable del trabajador puede justificar el despido aun cuando no produzca –o no sea susceptible de producir en el futuro– un daño⁴⁰⁸³.

En este sentido cuando se produzca un despido por causas no imputables al trabajador nos encontraremos ante un despido objetivo⁴⁰⁸⁴. Extinción que corresponde en España al despido por circunstancias objetivas –artículo 52 ET–⁴⁰⁸⁵. En efecto, para que exista despido por justificado motivo objetivo –no subjetivo– deben concurrir dos circunstancias: que se traten de razones inherentes a la actividad productiva, a la organización y al funcionamiento de aquella⁴⁰⁸⁶ –es decir, causas circunscritas a la actividad laboral de una empresa como la producción, las respuestas del mercado o la organización del propio trabajo⁴⁰⁸⁷, lo que impone un límite externo al poder unilateral

⁴⁰⁷⁸ ICHINO, P.: “Il contratto di lavoro (III)”, en CICU, A., MESSINEO, F. MENGONI, L. e continuato da SCHLESINGER, P.: *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 435. Para una panorámica amplia de la doctrina y jurisprudencia en materia de justificado motivo del despido, *vid.* TULLINI, P. y LUNARDON, F.: “Giusta causa e giustificato motivo di licenziamento”, en CARINCI, F. (a cura di MISCIONE, M.) *et al.*: *Diritto del lavoro. Commentario*, Torino, Utet, 1998, pp. 197 y ss.

⁴⁰⁷⁹ Para la diferencia entre el preaviso o no del despido, *vid.* PISANI, C.: “Le fattispecie: giusta causa e giustificato motivo di licenziamento”, en BESSONE, M.: *Trattato di Diritto Privato*, Volume XXIV, en CARINCI, F. (a cura di) y MAINARDI, S. (Coord.): *Il lavoro subordinato. Tomo III. Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzie dei diritti*, cit., pp. 89 y ss.

⁴⁰⁸⁰ ICHINO, P.: “Il contratto di lavoro (III)”, en CICU, A., MESSINEO, F. MENGONI, L. e continuato da SCHLESINGER, P.: *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 472.

⁴⁰⁸¹ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, S.: “La regulación de despido disciplinario en Italia”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al.*: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 624.

⁴⁰⁸² ICHINO, P.: “Il contratto di lavoro (III)”, en CICU, A., MESSINEO, F. MENGONI, L. e continuato da SCHLESINGER, P.: *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 468.

⁴⁰⁸³ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 1421, de fecha 23 de febrero de 1996. *Vid.* MARTINUCCI, G.: “Licenziamento per scarso rendimento: una nuova pronuncia della Cassazione”, en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, núm. 2, 1997, pp. 189 y ss.

⁴⁰⁸⁴ Para un estudio profundo del despido por justificado motivo objetivo, *vid.* PISANI, C.: “Le fattispecie: giusta causa e giustificato motivo di licenziamento”, en BESSONE, M.: *Trattato di Diritto Privato*, Volume XXIV, en CARINCI, F. (a cura di) y MAINARDI, S. (Coord.): *Il lavoro subordinato. Tomo III. Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzie dei diritti*, cit., pp. 127 a 149.

⁴⁰⁸⁵ Para mayor abundamiento del despido italiano por justificado motivo objetivo, *vid.* COLOMBO, A., RIPA, A. y VARESI, A.: *Licenziamento. Gestione, procedura e casistica*, cit., pp. 5 y ss.

⁴⁰⁸⁶ *Vid.* DI CERBO, V. y SIMEOLI, D.: “Legge 15 luglio 1966 n. 604. Norme sui licenziamenti individuali”, en AMOROSO, G., DI CERBO, V. y MARESCA, A.: *Diritto del Lavoro. Lo statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*, cit., pp. 1509 y ss.

⁴⁰⁸⁷ Artículo 3 de la ley 604/1966, de 15 de julio, de normas sobre licenziamientos individuales.

del empresario de extinguir la relación laboral⁴⁰⁸⁸; y que la extinción de la relación laboral del trabajador no se sustente en la culpabilidad de su actuación sino en la imposibilidad de desempeñar de manera adecuada las obligaciones convenidas⁴⁰⁸⁹.

Dentro del justificado motivo objetivo encontramos generalmente los siguientes incumplimientos –entre otros–⁴⁰⁹⁰: a) El justificado motivo como pérdida futura excesiva resultante de la continuidad de la relación; b) La regla del justificado motivo objetivo como imposición de un contenido asegurador en la relación de trabajo; c) Individualización de la pérdida esperada como dato inherente a la singular relación de trabajo vinculada con la noción coste-oportunidad; d) La regla jurisprudencial que consiente la supresión del puesto de trabajo pero prohíbe la sustitución del trabajador; e) La regla jurisprudencial que permite la supresión del puesto de trabajo bastando para justificar el despido demostrar que no puede reutilizar/recuperar/repescar al trabajador en otra posición o puesto de trabajo; f) Por bajo rendimiento; g) La cuestión de los criterios de elección de trabajadores que desempeñan las mismas funciones para el despido objetivo de alguno de ellos; h) La imposibilidad sobrevenida por la pérdida de capacidades para el desempeño del trabajo; i) La inviolabilidad de las decisiones empresariales organizativas y de dimensión de la empresa⁴⁰⁹¹; j) La elección del empresario de cesar la actividad y la quiebra de la empresa; o k) La determinación del umbral.

No obstante dentro de este despido por justificado motivo el que a nosotros nos interesa es el subjetivo⁴⁰⁹². Despido por justificado motivo subjetivo que se da cuando el empleado incurre en un considerable o notable incumplimiento de las obligaciones contractuales: es decir, algo más grave de aquel acto de escasa importancia⁴⁰⁹³. En efecto es el incumplimiento lo que permite sustentar y justificar el despido del trabajador.

Al respecto se consideran despidos disciplinarios por justificado motivo subjetivo los siguientes⁴⁰⁹⁴: el del empleado de banca que ha emitido cheques sin fondos o ha concedido préstamos dinerarios con ánimo de lucro; el del trabajador que critica en un artículo del periódico al empresario superando los límites del respeto; el del trabajador que encargado de la vigilancia del almacén es considerado culpable de la desaparición del patrimonio del mismo; o el del cajero de supermercado que intenta hurtar en otro supermercado. En el mismo sentido pueden considerarse despido por justificado motivo subjetivo –aunque a veces también podrán considerarse despido por

⁴⁰⁸⁸ ZOLI, C.: “Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo tra reintegro e tutela indennitaria”, en *Rivista italiana di diritto del lavoro*, cit., p. 660.

⁴⁰⁸⁹ CARINCI, F., DE LUCA TAMAJO, R., TOSI, P. y TREU, T.: *Diritto del Lavoro: il rapporto di lavoro subordinato*, cit., p. 390.

⁴⁰⁹⁰ Para mayor abundamiento, *vid.* ICHINO, P.: “Il contratto di lavoro (III)”, en CICU, A., MESSINEO, F. MENGONI, L. e continuato da SCHLESINGER, P.: *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., pp. 436 a 467.

⁴⁰⁹¹ Se recomienda *vid.* LASSANDARI, A.: “Fattispecie dai confini incerti e tentazioni creative nei licenziamenti per ragioni organizzative”, en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, núm. 3, 2009, pp. 584 y ss.

⁴⁰⁹² Para mayor abundamiento, *vid.* BALLESTRERO, M. V.: “Giusta causa e giustificato motivo soggettivo dei licenziamenti”, en CARINCI, F. y NAPOLI, M. (a cura di) *et al: La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, Napoli, Jovene, 1991, pp. 97 y ss.

⁴⁰⁹³ VALLEBONA, A.: *Istituzioni di Diritto del Lavoro*, cit., p. 494.

⁴⁰⁹⁴ *Vid.* NOGLER, L.: *La regulación de los despidos individuales en la época de equilibrio entre los “principios” constitucionales: estudio a la luz del ordenamiento italiano*, cit., p. 47.

justa causa dependiendo de la gravedad del incumplimiento del trabajador— los siguientes supuestos⁴⁰⁹⁵: violación de las obligaciones de diligencia y de obediencia; ausencias injustificadas; violación de la obligación de fidelidad; o desarrollo de actividades de trabajo durante la ausencia por enfermedad. Son supuestos donde los intereses deben ser individualizados y evaluados haciendo referencia a la economía global de la empresa y no tanto —aunque también— a la singular relación de trabajo⁴⁰⁹⁶.

De acuerdo con la jurisprudencia son comportamientos relevantes para considerarse despido por justificado motivo subjetivo —como mínimo pues en ocasiones serán considerados despido por justa causa— los siguientes⁴⁰⁹⁷: 1) Hechos inherentes a la ejecución de la prestación del trabajo: a) Incumplimiento en la ejecución de la prestación de servicios que puede ser despido fundamentado en justa causa o en justificado motivo⁴⁰⁹⁸. b) Negativa a seguir las órdenes del empresario⁴⁰⁹⁹. c) Negligencia en la ejecución de la prestación de servicios y bajo rendimiento⁴¹⁰⁰ — normalmente suele ser despido por justificado motivo subjetivo pero también puede serlo por motivo justificado objetivo⁴¹⁰¹—. 2) Otras conductas del trabajador en el lugar o durante el horario de trabajo: a) Ofensas contra las personas. Aquí pueden incluirse todo tipo de ofensas verbales o físicas contra las personas que trabajen o no en la empresa⁴¹⁰². b) Comportamientos en perjuicio de los bienes de la empresa. Este comportamiento se refiere a la integridad de los materiales que forman parte del patrimonio de la empresa. c) Falsificaciones y otras conductas fraudulentas del trabajador⁴¹⁰³. 3) Difusión por parte del empleado de acusaciones hacia el empresario⁴¹⁰⁴. 4) Otras conductas extralaborales del empleado. Es decir, también pueden ser despido disciplinario otro tipo de conductas que el trabajador haya desarrollado fuera del lugar y horario de trabajo.

En ambos supuestos de despido por justificado motivo —subjetivo y objetivo— se tiene la obligación de respetar el plazo de preaviso. Pero la diferencia entre el despido por justa causa y el despido por justificado motivo subjetivo es bastante débil. Al respecto, el despido por justa causa es aquel que se sustenta por un “*gravissimo incumplimiento*”; y el despido por justificado motivo es aquel que se sustenta por un “*considerable o notable incumplimiento de las obligaciones contractuales*”, lo que hace necesario un obligatorio preaviso al trabajador porque la acción de incumplimiento del

⁴⁰⁹⁵ DI CERBO, V. y SIMEOLI, D.: “Legge 15 luglio 1966 n. 604. Norme sui licenziamenti individuali”, en AMOROSO, G., DI CERBO, V. y MARESCA, A.: *Diritto del Lavoro. Lo statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*, cit., pp. 1488 y ss.

⁴⁰⁹⁶ ICHINO, P.: “Il contratto di lavoro (III)”, en CICU, A., MESSINEO, F. MENGONI, L. e continuato da SCHLESINGER, P.: *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 468.

⁴⁰⁹⁷ Para mayor abundamiento, *vid.* PISANI, C.: “Le fattispecie: giusta causa e giustificato motivo di licenziamento”, en BESSONE, M.: *Trattato di Diritto Privato*, Volume XXIV, en CARINCI, F. (a cura di) y MAINARDI, S. (Coord.): *Il lavoro subordinato. Tomo III. Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzie dei diritti*, cit., pp. 116 a 126.

⁴⁰⁹⁸ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 15004, de fecha 21 de noviembre de 2000.

⁴⁰⁹⁹ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 774, de fecha 26 de enero de 1994.

⁴¹⁰⁰ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 11001, de fecha 19 de agosto de 2000.

⁴¹⁰¹ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 3250, de fecha 5 de marzo de 2003.

⁴¹⁰² Sentenza della Corte di Cassazione núm. 660, de fecha 18 de enero de 2001.

⁴¹⁰³ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 9173, de fecha 5 de noviembre de 2004.

⁴¹⁰⁴ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 11220, de fecha 14 de junio de 2004.

empleado puede consentir la continuación de la relación laboral⁴¹⁰⁵. El incumplimiento que justifica la adopción del despido por justificado motivo subjetivo se refiere a la hipótesis, en la cual, el dependiente no es responsable de un evento tan grave que merezca el inmediato despido –que sería el despido por justa causa– pero sí de un despido con preaviso –que sería el despido por justificado motivo subjetivo–.

En efecto la justa causa y el justificado motivo subjetivo del despido constituyen calificación jurídica de comportamientos igualmente idóneos para legitimar la extinción de la relación de trabajo pero uno con efecto inmediato y el otro con preaviso⁴¹⁰⁶. Al igual que en la justa causa –como ya hemos mencionado– en el despido por justificado motivo subjetivo se debe tener en cuenta el comportamiento objetivo del trabajador con referencia a la naturaleza y a la calidad de la relación laboral, al nivel de vinculación y al grado de desarrollo y ejecución sobre las tareas ejercidas; pero también deben tenerse en cuenta las características subjetivas, con referencia a la circunstancias particulares del puesto de trabajo, a los modos, a los efectos y a la intensidad del elemento desarrollado por el trabajador⁴¹⁰⁷.

Para identificar y diferenciar el carácter de considerable o notable incumplimiento habrá que acudir al grado de culpa del trabajador⁴¹⁰⁸. Por tanto, la diferencia entre justa causa y justificado motivo subjetivo se encuentra en el elemento cuantitativo⁴¹⁰⁹ –así es establecido por la jurisprudencia⁴¹¹⁰–, siendo de menor gravedad el incumplimiento del despido por motivo justificado subjetivo que permite –como hemos indicado– el consentimiento de la continuación de la relación laboral⁴¹¹¹. En efecto justa causa o justificado motivo subjetivo cuyo contenido se diferencia solo en la cantidad –en el sentido de gravedad de la acción–⁴¹¹² siendo ésta última de menor entidad –“*quantitativamente*”⁴¹¹³– respecto a la justa causa⁴¹¹⁴. Se consideran dos formas de incumplimiento diferenciadas solo bajo el plano cuantitativo constituyendo dos especies de un único *genus* –género–⁴¹¹⁵, distinguiéndose por la mayor o menor gravedad del incumplimiento del trabajador⁴¹¹⁶.

⁴¹⁰⁵ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, S.: “La regulación de despido disciplinario en Italia”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 624.

⁴¹⁰⁶ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 26379, de fecha 3 de noviembre de 2008.

⁴¹⁰⁷ COLOMBO, A., RIPA, A. y VARESI, A.: *Licenziamento. Gestione, procedura e casistica*, cit., p. 70.

⁴¹⁰⁸ CARINCI, F., DE LUCA TAMAJO, R., TOSI, P. y TREU, T.: *Diritto del Lavoro: il rapporto di lavoro subordinato*, cit., p. 388.

⁴¹⁰⁹ NAPOLI, M.: *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, cit., pp. 55 y ss.

⁴¹¹⁰ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 1475, de fecha 27 de enero de 2004.

⁴¹¹¹ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 14551, de fecha 9 de noviembre de 2000.

⁴¹¹² PERSIANI, M.: “La tutela dell’interesse del lavoratore alla conservazione del posto”, en RIVA SANSEVERINO, L. y MAZZONI, G. (Dirs.) *et al: Nuovo trattato di diritto del lavoro*, cit., p. 675.

⁴¹¹³ PISANI, C.: “Le fattispecie: giusta causa e giustificato motivo di licenziamento”, en BESSONE, M.: *Trattato di Diritto Privato*, Volume XXIV, en CARINCI, F. (a cura di) y MAINARDI, S. (Coord.): *Il lavoro subordinato. Tomo III. Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzie dei diritti*, cit., p. 97.

⁴¹¹⁴ PERA, G.: “Licenziamenti: I”, en AA. VV.: *Enciclopedia giuridica*, Volume XIX Libertà - Memoria, Tomo I Libertà - Luogotenenza, cit., pp. 17.

⁴¹¹⁵ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 765, de fecha 26 de enero de 1991.

⁴¹¹⁶ DI CERBO, V. y SIMEOLI, D.: “Legge 15 luglio 1966 n. 604. Norme sui licenziamenti individuali”, en AMOROSO, G., DI CERBO, V. y MARESCA, A.: *Diritto del Lavoro. Lo statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 1482.

Igualmente –como ya hemos afirmado– en el motivo justo subjetivo deberá ser el trabajador preavisado del acto extintivo a diferencia de lo que sucede en el despido disciplinario por causa justa –que no requiere de preaviso–⁴¹¹⁷. En efecto el justificado motivo se relaciona con el válido ejercicio del poder; y la justa causa autoriza y justifica la pérdida de preaviso⁴¹¹⁸. Por tanto, alcanzada la condición de considerable o notable incumplimiento, el problema se planteará en determinar si la extinción del vínculo contractual debe producir efectos resolutorios inmediatos o al final del período de preaviso⁴¹¹⁹. También se diferencia la justa causa del motivo justo subjetivo por la inmediatez de respuesta de la primera –en referencia a la justa causa–.

Al hilo de lo anterior, en la práctica judicial ambas figuras pueden diferenciarse con el siguiente ejemplo práctico: unos breves retrasos en el acceso al trabajo pueden ser graves dependiendo de las circunstancias; sin embargo, cuando los retrasos son diversos y repetitivas las advertencias del empresario, los mismos se convierten en una sistemática habitual que demuestran la absoluta incapacidad del empleado de adecuarse a la disciplina del trabajo convirtiéndose en una desobediencia gravísima⁴¹²⁰. En su distinción también tiene relevancia el daño o consecuencias económicas ocasionadas por el incumplimiento del trabajador o las conductas precedentes del empleado⁴¹²¹.

Además en el régimen de la estabilidad no existe obstáculo teórico para transformar el despido inmediato y privado de justa causa en un válido despido por justificado motivo subjetivo: es decir, la extinción *in tronco* no es óbice para la existencia de un poder resolutorio diverso de aquel ejercitable en modo ordinario con preaviso⁴¹²². Un elemento de razón y coherencia no puede negar que el negocio de extinción es uno solo y uno solo es el poder del empresario de ejercitar el mismo con o sin preaviso⁴¹²³. En efecto cuando se verifica la menor gravedad de los hechos es posible que el juzgador convierta el despido por justa causa en despido por justificado motivo subjetivo con derecho del empleado a la cantidad que corresponde por obviar el preaviso que exige la ley⁴¹²⁴: es admisible en sede de impugnación, la conversión del despido por justa causa en despido por justificado motivo subjetivo, en cuanto los hechos causales de la extinción constituyen cualificación jurídica para considerar los comportamientos idóneos para legitimar la extinción de la relación laboral pero con el preaviso necesario requerido por ley –no con efecto inmediato de la justa causa–⁴¹²⁵. Por tanto puede el juez atribuir menor gravedad al hecho del trabajador para considerarlo, no despido por justa causa, sino despido por justificado motivo subjetivo.

¿Y cuál es la regla o elemento con el que identificar ese considerable o notable incumplimiento del despido por justificado motivo? Este criterio se refiere a la

⁴¹¹⁷ CARINCI, F., DE LUCA TAMAJO, R., TOSI, P. y TREU, T.: *Diritto del Lavoro: il rapporto di lavoro subordinato*, cit., p. 388.

⁴¹¹⁸ TULLINI, P.: *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, cit., p. 166.

⁴¹¹⁹ NAPOLI, M.: *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, cit., pp. 228 y 229.

⁴¹²⁰ PERA, G.: “Licenziamenti: I”, en AA. VV.: *Enciclopedia giuridica*, Volume XIX Libertà - Memoria, Tomo I Libertà - Luogotenenza, cit., p. 18.

⁴¹²¹ DI CERBO, V. y SIMEOLI, D.: “Legge 15 luglio 1966 n. 604. Norme sui licenziamenti individuali”, en AMOROSO, G., DI CERBO, V. y MARESCA, A.: *Diritto del Lavoro. Lo statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*, cit., pp. 1383 y ss.

⁴¹²² TULLINI, P.: *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, cit., p. 168.

⁴¹²³ NAPOLI, M.: *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, cit., p. 57.

⁴¹²⁴ COLOMBO, A., RIPA, A. y VARESI, A.: *Licenziamento. Gestione, procedura e casistica*, cit., p. 68.

⁴¹²⁵ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 12884, de fecha 9 de junio de 2014.

valoración de la culpabilidad del empleado sin tener que demostrarse el grado en el que el empresario ha quedado expuesto o comprometido por el propio incumplimiento del prestador de trabajo: en efecto, el propio incumplimiento contractual ya configura la culpabilidad del trabajador. Consideración que se dejará a la interpretación subjetiva del propio juzgador lo que permite afirmar el amplio margen de actuación del juez laboral italiano con el que determinará si nos encontramos ante un comportamiento de despido por justa causa –lo que se denomina resolución *in tronco*⁴¹²⁶, por no requerir el preaviso previsto en el artículo 2118 del *Código Civile*, considerada la más grave de las sanciones disciplinarias⁴¹²⁷– o nos encontramos ante un despido por justificado motivo subjetivo –extinguendo la relación una vez superado el período de preaviso estipulado en la propia ley–⁴¹²⁸.

4. La modalidad procesal del despido disciplinario italiano

Los elementos que deben cumplirse para un correcto ejercicio del poder disciplinario⁴¹²⁹ –despido legítimo–⁴¹³⁰ vienen regulados por el artículo 7 del *Statuto dei Lavoratori*⁴¹³¹: a) la norma disciplinaria debe ser llevada a conocimiento de los trabajadores mediante la publicación del código disciplinario en lugar accesible –que debe contener el elenco de las infracciones y sanciones⁴¹³²– otorgando así la posibilidad de conocer las posibles sanciones en relación a los comportamientos que pueden constituir infracción⁴¹³³; b) el empleador debe comunicar por escrito al trabajador el comportamiento digno de sanción; c) se le debe otorgar al trabajador un período de tiempo que le permita defenderse presentando las oportunas justificaciones de su comportamiento⁴¹³⁴; d) debe haber transcurrido un período mínimo de reflexión de cinco días entre la comunicación del empresario y el procedimiento disciplinario⁴¹³⁵ –

⁴¹²⁶ Vid. SANTORO-PASSARELLI, F.: “Lavoro (Contrato di)”, en AZARA, A. y EULA, E. *et al: Novissimo Digesto Italiano*, IX, Torino, Utet, 1957, p. 515. Para mayor abundamiento, BUONCRISTIANI, D.: *Il licenziamento disciplinare: tecnica procedimentale ed impugnatoria. Profili comparatistici (Francia, Spagna, Germania)*, cit., p. 14.

⁴¹²⁷ Vid. LEGA, C.: *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., p. 235.

⁴¹²⁸ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, S.: “La regulación de despido disciplinario en Italia”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 625.

⁴¹²⁹ CASALE, D.: “Potere disciplinare”, en *Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, núm. 6, 2006, pp. 1254 y ss.

⁴¹³⁰ Para un estudio detallado del artículo 7 del *Statuto dei lavoratori*, vid. BUONCRISTIANI, D.: *Il licenziamento disciplinare: tecnica procedimentale ed impugnatoria. Profili comparatistici (Francia, Spagna, Germania)*, cit., pp. 11 y ss.

⁴¹³¹ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, S.: “La regulación de despido disciplinario en Italia”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 620. MAINARDI, S.: “Introduzione”, en MAINARDI, S. (a cura di) *et al: Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., p. XIV.

⁴¹³² D’AVOSSA, E.: *Il potere disciplinare nel rapporto di lavoro: Il codice, Il procedimento, l’esecuzione delle sanzioni, il licenziamento disciplinare, l’impugnazione delle sanzioni*, cit., p. 35.

⁴¹³³ “Le norme disciplinari relative alle sanzioni, alle infrazioni in relazione alle quali ciascuna di esse può essere applicata ed alle procedure di contestazione delle stesse, devono essere portate a conoscenza dei lavoratori mediante affissione in luogo accessibile a tutti”.

⁴¹³⁴ “Il datore di lavoro non può adottare alcun provvedimento disciplinare nei confronti del lavoratore senza avergli preventivamente contestato l’addebito e senza averlo sentito a sua difesa”.

⁴¹³⁵ “In ogni caso, i provvedimenti disciplinari più gravi del rimprovero verbale non possono essere applicati prima che siano trascorsi cinque giorni dalla contestazione per iscritto del fatto che vi ha dato causa.”.

con el objetivo de permitir la completa defensa del trabajador⁴¹³⁶; y, por último, e) la posibilidad de ejercitar por el empleado la conciliación y el arbitraje –con finalidad de resolver la controversia extrajudicialmente⁴¹³⁷– respecto a la sanción disciplinaria⁴¹³⁸. Este precepto incide sobre los confines del poder empresarial en sí mismo garantizando la transparencia del ejercicio del poder disciplinario⁴¹³⁹ y el principio contradictorio antes de la imposición del procedimiento sancionatorio⁴¹⁴⁰.

4.1 Formalidades del *licenziamento disciplinare*: las garantías del artículo 7 del *Statuto dei Lavoratori*

En efecto es el artículo 7 del *Statuto dei Lavoratori* quién contiene una verdadera y precisa *procedimentalizzazione* del poder disciplinario del empresario⁴¹⁴¹. Este precepto forma parte de una estructura de intereses contractuales equilibrados y compatibles con los principios constitucionales⁴¹⁴².

Lo cierto es que parece existir un preciso reenvío a la fuente contractual o *códice disciplinare* para determinar la sanción correspondiente⁴¹⁴³. Al respecto la doctrina italiana se ha preguntado durante mucho tiempo si el contenido del citado artículo podría ser aplicado o no en casos de despidos disciplinarios⁴¹⁴⁴. En este sentido, una parte de la doctrina ha considerado que al ser el despido la sanción más grave para el empleado –*più aggressive*⁴¹⁴⁵–, no habría duda de aplicar las garantías del artículo 7 del *Statuto dei Lavoratori*⁴¹⁴⁶. Otra parte ha defendido que el despido disciplinario del trabajador –de acuerdo con el párrafo cuarto del artículo 7 del *Statuto dei Lavoratori* y

⁴¹³⁶ BOLLANI, A.: “Il licenziamento disciplinare”, en MAINARDI, S. (a cura di) *et al: Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., p. 147.

⁴¹³⁷ Sobre el arbitraje y el despido disciplinario en la administración, *vid.* ESPOSITO, M.: “Arbitrato e sanzioni disciplinari nel pubblico impiego: logiche e modelli fra “passato” e “futuri” possibili”, en *Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, núm. 2, 2001, pp. 345 y 346.

⁴¹³⁸ “Salvo analoghe procedure previste dai contratti collettivi di lavoro e ferma restando la facoltà di adire l'autorità giudiziaria, il lavoratore al quale sia stata applicata una sanzione disciplinare può promuovere, nei venti giorni successivi, anche per mezzo dell'associazione alla quale sia iscritto ovvero conferisca mandato, la costituzione, tramite l'ufficio provinciale del lavoro e della massima occupazione, di un collegio di conciliazione ed arbitrato, composto da un rappresentante di ciascuna delle parti e da un terzo membro scelto di comune accordo o, in difetto di accordo, nominato dal direttore dell'ufficio del lavoro. La sanzione disciplinare resta sospesa fino alla pronuncia da parte del collegio.”

⁴¹³⁹ FIORAI, B.: “Sanzioni disciplinari nei confronti dei lavoratori”, en AA. VV.: *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, UTET, 1986, p. 962.

⁴¹⁴⁰ CASALE, D. y LIMA, A.: “Istruttoria e irrogazione della sanzione disciplinare”, en MAINARDI, S. (a cura di) *et al: Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., p. 313.

⁴¹⁴¹ CASALE, D.: “Potere disciplinare”, en *Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., pp. 1254 y ss. CASALE, D.: “Lavoro nelle p.a. e giurisprudenza della Corte di cassazione (rassegna maggio-agosto 2008) - Procedimento disciplinare”, en *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, núm. 3-4, 2008, pp. 651 y ss.

⁴¹⁴² FAVA, G.: *Potere disciplinare: orientamento giurisprudenziale e principi normativi*, cit., p. 3.

⁴¹⁴³ MAINARDI, S.: “Le sanzioni disciplinari conservative del rapporto di lavoro”, en MAINARDI, S. (a cura di) *et al: Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., p. 93.

⁴¹⁴⁴ Para un estudio jurisprudencial sobre los inicios del concepto de despido disciplinario en Italia, *vid.* ZOLI, C.: “Sulla nozione di licenziamento disciplinare”, en *Giustizia Civile*, núm. 9, 1984, p. 2540 y ss.

⁴¹⁴⁵ MAINARDI, S.: “Le sanzioni disciplinari conservative del rapporto di lavoro”, en MAINARDI, S. (a cura di) *et al: Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., p. 94.

⁴¹⁴⁶ PERA, G.: “Commento all'art. 7”, en ASSANTI, C. y PERA, G. (a cura di) *et al: Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Padova, Cedam, 1972, p. 101. BALLESTRERO, M. V.: *I licenziamenti*, Milano, Franco Angeli, 1975, pp. 334 y ss. MONTUSCHI, L.: “Commento all'art. 7”, en GHEZZI, G., MANCINI, G. F., MONTUSCHI, L. y ROMAGNOLI, U. (a cura di) *et al: Commentario allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro italiano, 1979, pp. 79 y ss.

al suponer la extinción un cambio definitivo en la relación de trabajo⁴¹⁴⁷ – no podría considerarse como una sanción –por ser mucho más grave– al no permitir la continuación de la relación laboral del empleado⁴¹⁴⁸. Pero encontramos una tercera tesis que establece que el citado artículo podrá ser aplicable cuando el convenio colectivo haya previsto el despido entre las sanciones disciplinarias; de lo contrario, se aplicaría la disciplina general relativa al despido estipulada en la *legge 604/1966, di 15 luglio, norme sui licenziamenti individuali*⁴¹⁴⁹: en este último sentido, la jurisprudencia entendió el conflicto estableciendo que el artículo 7 del *Statuto dei Lavoratori* podría ser aplicado cuando se haya previsto el despido disciplinario como sanción y la aplicación de la normativa objeto de discusión en el convenio colectivo⁴¹⁵⁰, provocando la existencia de dos tipos de despidos disciplinarios dependiendo de si venía o no establecido por el convenio colectivo⁴¹⁵¹; igualmente podemos localizar otros tipos de tesis intermedias⁴¹⁵²; sin embargo, en definitiva, es una problemática hoy ya superada.

La problemática citada ha sido superada con la publicación de la sentencia de la *Corte Costituzionale 204/1982, di 30 novembre*, que ha establecido que los tres primeros párrafos del artículo 7 del *Statuto dei Lavoratori*, a la luz del artículo 3 de la Constitución Italiana que se refiere al *principio di eguaglianza*⁴¹⁵³, deben aplicarse a todos los despidos disciplinarios por razón de homogeneidad sustancial⁴¹⁵⁴, – específicamente la Corte dice: “*licenziamento motivato da una condotta colposa o comunque manchevole del lavoratore*”⁴¹⁵⁵–; jurisprudencia posteriormente perfilada por la *Corte di Cassazione* en diversas sentencias⁴¹⁵⁶, y por la sentencia de la *Corte Costituzionale 427/1989, de 25 de julio*⁴¹⁵⁷: esta sentencia ha declarado la ilegitimidad

⁴¹⁴⁷ “*Fermo restando quanto disposto dalla legge 15 luglio 1966, n. 604, non possono essere disposte sanzioni disciplinari che comportino mutamenti definitivi del rapporto di lavoro; inoltre la multa non può essere disposta per un importo superiore a quattro ore della retribuzione base e la sospensione dal servizio e dalla retribuzione per più di dieci giorni.*”

⁴¹⁴⁸ ZANGARI, G.: *Potere disciplinare e licenziamento*, Milano, Giuffrè, 1971, pp. 23 y ss. ASSANTI, C.: “Studio sull’art. 7 della legge 20 maggio 1970, n.º. 300”, en *Orientamenti della giurisprudenza del lavoro*, aprile-giugno, 1971, pp. 299 a 310.

⁴¹⁴⁹ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, S.: “La regulación de despido disciplinario en Italia”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 621. CARINCI, F., DE LUCA TAMAJO, R., TOSI, P. y TREU, T.: *Diritto del Lavoro: il rapporto di lavoro subordinato*, cit., p. 404.

⁴¹⁵⁰ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 1475, de fecha 26 de abril de 1976, sentencia della Corte di Cassazione núm. 2929, de fecha 22 de julio de 1976, o sentenza della Corte di Cassazione núm. 1781, de fecha 28 de marzo de 1981.

⁴¹⁵¹ Vid. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, S.: “La regulación de despido disciplinario en Italia”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., pp. 621 y 622. ALESSI, C.: “Il licenziamento disciplinare nella giurisprudenza e nella contrattazione collettiva”, en *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, núm. 9, 1991, p. 115.

⁴¹⁵² D’AVOSSA, E.: *Il potere disciplinare nel rapporto di lavoro: Il codice, Il procedimento, l’esecuzione delle sanzioni, il licenziamento disciplinare, l’impugnazione delle sanzioni*, cit., p. 129.

⁴¹⁵³ Principio de Igualdad.

⁴¹⁵⁴ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, S.: “La regulación de despido disciplinario en Italia”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 622. Vid. BOLLANI, A.: “Il licenziamento disciplinare”, en MAINARDI, S. (a cura di) *et al: Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., pp. 125 y ss.

⁴¹⁵⁵ Sentenza della Corte Costituzionale 204/1982, de 30 de noviembre.

⁴¹⁵⁶ Sentenze della Corte di Cassazione núm. 8189, de fecha 5 de noviembre de 1987; núm. 1040, de fecha 13 de febrero de 1990; núm. 5855, de fecha 12 de abril de 2003; núm. 12526, de fecha 7 de julio de 2004, entre otras muchas.

⁴¹⁵⁷ Sentenza della Corte Costituzionale núm. 427, de fecha 25 de julio de 1989.

constitucional del segundo y tercer párrafo del artículo 7 del *Statuto dei Lavoratori* en la parte que excluía de su aplicación, en el despido por motivos disciplinarios, a las empresas que tenían en la propia dependencia menos de dieciséis trabajadores –*in ragione delle ridotte dimensioni aziendali*–⁴¹⁵⁸. Realmente no era esta última sentencia necesaria pues el pronunciamiento jurisprudencial precedente de 1982 ya declaraba la ilegitimidad del citado precepto sin limitar la aplicabilidad del mismo: la citada sentencia no distinguía entre las dos categorías de empresa, simplemente extendía las garantías de las sanciones conservativas de la relación laboral a las sanciones expulsivas⁴¹⁵⁹. En definitiva, el ordenamiento jurídico italiano considera despido disciplinario aquel que tiene como causa un comportamiento imputable al empleado a título de culpa, sin que su previsión explícita o calificación en el convenio colectivo o en el contrato individual sea relevante.

Por tanto, cuando el empleador ejerce un despido disciplinario por justa causa o justificado motivo, sustentado en un comportamiento imputable al trabajador a título de culpa por incumplimiento de las obligaciones inherentes al contrato de trabajo, deberán respetarse los párrafos primero, segundo y tercero de artículo 7 del *Statuto dei Lavoratori* referidos a la publicidad del código disciplinario, a la obligación de comunicar al trabajador los hechos susceptibles para su defensa y a la asistencia sindical en caso de que así lo pretenda el trabajador. Una solución diferente sería injusta e irracional pues el empleado no puede tener menos protección cuando se proyecte la sanción más grave de entre todas: el despido.

Sobre el polémico plazo de cinco días del párrafo quinto del citado artículo⁴¹⁶⁰, el Tribunal Constitucional italiano ha zanjado la cuestión estableciendo que no se prevé la aplicación del mismo en el despido disciplinario⁴¹⁶¹. No obstante, son diversas las voces tanto a favor como en contra de la citada sentencia. A favor –doctrina mayoritaria– por entender que el empresario tiene la posibilidad de despedir disciplinariamente al empleado una vez haya superado el período de defensa del trabajador dónde puede presentar aquello que crea oportuno para justificar su comportamiento⁴¹⁶². En contra por considerar ilógico otorgar la posibilidad de defenderse al trabajador sin establecer un período de reflexión posterior –período que la norma fija en cinco días para las sanciones pero no para el despido– para que el empresario pueda cambiar de idea una vez analizadas las justificaciones y argumentos del prestador de trabajo⁴¹⁶³.

⁴¹⁵⁸ Vid. TREMOLADA, M.: *Il licenziamento disciplinare*, cit., pp. 129 y ss.

⁴¹⁵⁹ D'AVOSSA, E.: *Il potere disciplinare nel rapporto di lavoro: Il codice, Il procedimento, l'esecuzione delle sanzioni, il licenziamento disciplinare, l'impugnazione delle sanzioni*, cit., pp. 155 y 156.

⁴¹⁶⁰ “In ogni caso, i provvedimenti disciplinari più gravi del rimprovero verbale non possono essere applicati prima che siano trascorsi cinque giorni dalla contestazione per iscritto del fatto che vi ha dato causa”.

⁴¹⁶¹ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, S.: “La regulación de despido disciplinario en Italia”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 625.

⁴¹⁶² Sentenza della Corte di Cassazione núm. 374, de fecha 17 de enero de 1994.

⁴¹⁶³ AMOROSO, G.: “Nuovo intervento delle Sezioni Unite in tema di licenziamento disciplinare nota a sentenze Cass. Sez. Unite, 26 Aprile 1994, nn. 3966, 3965”, en *Il Foro Italiano*, 1994, I, pp. 1708 y ss.

Los restantes párrafos que contempla el artículo 7 del *Statuto dei Lavoratori*⁴¹⁶⁴, de acuerdo con la sentencia de la *Corte Costituzionale* 204/1982, di 30 novembre, no son aplicables en el despido disciplinario: específicamente quedan excluidos el párrafo sexto –impugnación de la sanción– y séptimo –formas de solución de la controversia– aplicándose al respecto lo que determina la propia *legge* 604/1966, di 15 luglio⁴¹⁶⁵. En relación al plazo de impugnación se aplica lo dispuesto en el artículo 6 del citado texto normativo que prevé un plazo de sesenta días⁴¹⁶⁶.

4.2 El procedimiento de la extinción por *giusta causa* o *giustificato motivo*

En el ordenamiento jurídico italiano –al igual que en el español– el despido disciplinario posee un procedimiento específico no ligado a las exigencias organizativas o productivas de la empresa⁴¹⁶⁷. En efecto el procedimiento disciplinario de extinción de la relación laboral debe encontrarse coordinado con los mecanismos procedimentales previstos en el artículo 7 del *Statuto dei Lavoratori* que poseen mayores garantías que las formalidades del artículo 2 de la *legge* 604/1966, di 15 luglio, –a las cuales también haremos referencia–⁴¹⁶⁸. Como afirmábamos el empresario que ejecuta un despido disciplinario –para que el mismo se declare procedente– debe respetar una serie de formalidades dirigidas a proteger unas mínimas garantías entre las que destaca: la publicidad del código disciplinario, la obligación de comunicar al trabajador los hechos susceptibles para su defensa y la asistencia sindical en caso de que así lo pretenda el empleado despedido.

De acuerdo con el artículo 7.1 del *Statuto dei Lavoratori*, la norma disciplinaria relativa a la sanción debe ser puesta en conocimiento del trabajador “*mediante colocación en lugar accesible a todos*”⁴¹⁶⁹. Pero la no publicidad del código disciplinario no siempre transgrede esta formalidad⁴¹⁷⁰: por ejemplo, la falta de publicidad no eximirá del despido disciplinario –adoptado normalmente por vía de

⁴¹⁶⁴ Al respecto, *vid.* D’AVOSSA, E.: *Il potere disciplinare nel rapporto di lavoro: Il codice, Il procedimento, l’esecuzione delle sanzioni, il licenziamento disciplinare, l’impugnazione delle sanzioni*, cit., pp. 138 y ss.

⁴¹⁶⁵ ICHINO, P.: “Il contratto di lavoro (III)”, en CICU, A., MESSINEO, F. MENGONI, L. e continuato da SCHLESINGER, P.: *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 359.

⁴¹⁶⁶ “*Il licenziamento deve essere impugnato a pena di decadenza entro sessanta giorni dalla ricezione della sua comunicazione in forma scritta, ovvero dalla comunicazione, anch’essa in forma scritta, dei motivi, ove non contestuale, con qualsiasi atto scritto, anche extragiudiziale, idoneo a rendere nota la volontà del lavoratore anche attraverso l’intervento dell’organizzazione sindacale diretto ad impugnare il licenziamento stesso*”.

⁴¹⁶⁷ CASALE, D.: “Lavoro nelle p.a. e giurisprudenza della Corte di cassazione (rassegna maggio-agosto 2008) - Procedimento disciplinare”, en *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., pp. 651 y ss.

⁴¹⁶⁸ FERRANTE, V.: “Forma e procedura del licenziamento. Il licenziamento disciplinare”, en BESSONE, M.: *Trattato di Diritto Privato*, Volume XXIV, en CARINCI, F. (a cura di) y MAINARDI, S. (Coord.): *Il lavoro subordinato. Tomo III. Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzie dei diritti*, cit., p. 208.

⁴¹⁶⁹ “*Le norme disciplinari relative alle sanzioni, alle infrazioni in relazione alle quali ciascuna di esse può essere applicata ed alle procedure di contestazione delle stesse, devono essere portate a conoscenza dei lavoratori mediante affissione in luogo accessibile a tutti*”.

⁴¹⁷⁰ PERA, G.: “Comentario all’art. 7”, en ASSANTI, C. y PERA, G. (a cura di) *et al: Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, cit., p. 102.

convenio colectivo⁴¹⁷¹ – cuando la conducta traiga su causa en un ilícito penal o en la violación de derechos fundamentales⁴¹⁷².

Este requisito formal que asume como exclusiva la forma de publicidad mediante colocación o exhibición, conduce a superar la cuestión relativa al efectivo conocimiento de la normativa disciplinaria por parte del trabajador, llegando a resultados a veces insatisfactorios respecto a la finalidad de tutela que inspira el artículo 7.1 del *Statuto dei Lavoratori*. El abstracto y formal conocimiento del código se sustituye por un régimen de efectivo conocimiento de la normativa disciplinaria, creando una presunción absoluta que impide al trabajador, en los casos en los que la publicidad sea desarrollada correctamente mediante colocación, de probar el no conocimiento de la normativa disciplinaria⁴¹⁷³.

El empresario deberá cumplir esta exigencia cuando el convenio colectivo establezca situaciones de despido de justa causa o justificado motivo subjetivo diferentes a las establecidas por la ley. Es decir, si las causas de despido no son distintas a las establecidas por la ley no existe obligación de publicar el código, situación diferente en el caso de sanciones disciplinarias –que no sean despido– donde no puede obviarse tal obligación porque la fuente del poder para sancionar es la negociación colectiva; lo que se diferencia del poder disciplinario para despedir que deriva directamente de la ley⁴¹⁷⁴. Por tanto, en cuanto a la obligación empresarial de publicar en lugar accesible a los trabajadores el código disciplinario solo es imperativo para los supuestos en los que se haya predispuesto prohibiciones específicas no previstas por la propia norma⁴¹⁷⁵. Publicidad del código disciplinario que no implica automáticamente la validez del despido sino que el juez deberá valorar el efectivo incumplimiento y el grado de culpa del trabajador⁴¹⁷⁶.

En definitiva, doctrina y jurisprudencia concuerdan en reconocer la nulidad de la sanción impuesta en caso de falta o desobediencia de la colocación o exhibición de la publicidad de conformidad con el artículo 7.1 del *Statuto dei Lavoratori*⁴¹⁷⁷.

De acuerdo con el artículo 7.2 del *Statuto dei Lavoratori*, “el empresario no puede adoptar medida disciplinaria en contra del empleado sin previamente haberle cuestionado la decisión el trabajador y sin haberle escuchado su defensa”⁴¹⁷⁸, pero no

⁴¹⁷¹ BOLLANI, A.: “Il licenziamento disciplinare”, en MAINARDI, S. (a cura di) *et al: Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., p. 136.

⁴¹⁷² Sentenze della Corte di Cassazione núm. 11108, de fecha 26 de julio de 2002; núm. 10997, de fecha 9 de agosto de 2001; núm. 1412, de fecha 8 de febrero de 2000, entre otras muchas.

⁴¹⁷³ MAINARDI, S.: “La definizione delle norme disciplinari”, en MAINARDI, S.: *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico. Art. 2106*, en SCHLESINGER, P. y BUSNELLI, F.: *Il Codice Civile. Commentario*, cit., p. 277.

⁴¹⁷⁴ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, S.: “La regulación de despido disciplinario en Italia”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 625.

⁴¹⁷⁵ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 6879, de fecha 19 de mayo de 2001.

⁴¹⁷⁶ ALESSI, C.: “Il licenziamento disciplinare nella giurisprudenza e nella contrattazione collettiva”, en *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, cit., p. 121.

⁴¹⁷⁷ MAINARDI, S.: “La definizione delle norme disciplinari”, en MAINARDI, S.: *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico. Art. 2106*, en SCHLESINGER, P. y BUSNELLI, F.: *Il Codice Civile. Commentario*, cit., p. 281.

⁴¹⁷⁸ “Il datore di lavoro non può adottare alcun provvedimento disciplinare nei confronti del lavoratore senza avergli preventivamente contestato l'addebito e senza averlo sentito a sua difesa”.

se añade cuales son los requisitos que debe poseer una contestación disciplinaria y como debe desarrollarse el procedimiento disciplinario para que se considere legítimo⁴¹⁷⁹.

En efecto, antes de proceder al despido disciplinario, el empleador deberá comunicar por escrito al trabajador los hechos que justifican la sanción de la conducta. El legislador ha introducido una *factio iuris*: el despido produce efectos desde el día de la comunicación⁴¹⁸⁰. Después de esta notificación el trabajador gozará del derecho de defensa momento en el que podrá presentar las justificaciones que considere oportunas.

Por tanto debe cumplirse la regla de la *contestazione* escrita del procedimiento disciplinario lo que va a permitir que el empleado pueda ser oído en su defensa⁴¹⁸¹. Al respecto la especialidad de la oposición a los incumplimientos disciplinarios achacados implica que el trabajador debe tener conocimiento de la exposición de los datos y de los aspectos esenciales del hecho material que fundamenta el ilícito⁴¹⁸². El objetivo es identificar el comportamiento que el empresario considera de infracción disciplinaria sancionable⁴¹⁸³. Sobre los hechos achacados al empleado, no puede equipararse el conocimiento efectivo del trabajador a la mera posibilidad de conocimiento del ilícito imputado⁴¹⁸⁴.

En definitiva se debe consentir al trabajador ejercitar de manera adecuada el derecho de defensa mediante la replica y la *controdeduzioni*. Si el empresario en su *contestazione* al trabajador solo le facilita unos hechos genéricos con mucha probabilidad se invalidará la sanción impuesta por el empresario al empleado pues no le habrá permitido —a este último— conocer todos los detalles de los elementos necesarios de su defensa⁴¹⁸⁵. Al respecto no es necesario que la voluntad resolutoria se exprese a través de fórmulas sacramentales; solo debe ser manifestada de manera adecuadamente legible en relación al derecho de tutela del trabajador. En efecto, la comunicación escrita de los motivos consiste en la garantía del trabajador de conocer los hechos que sustentan la extinción del empresario, controlando la justificación y la eventual contestación; por tanto, los motivos alegados deben ser individualizados en forma analítica y completa y no pueden ser modificados por el empresario, pues sobre la base de lo alegado en la comunicación escrita, el trabajador podrá preconstituir su propia línea defensiva⁴¹⁸⁶. En efecto el criterio de la inmutabilidad comporta que la base del despido no puede ser alterada⁴¹⁸⁷: en otros términos, los hechos que sustentan el despido no pueden ser modificados porque no han sido objeto de comunicación al trabajador que desarrolla su defensa con el conocimiento de unos hechos concretos⁴¹⁸⁸. Los requisitos de la *specificità* y de la *immutabilità* están relacionados entre sí porque la *specificità*

⁴¹⁷⁹ COLOMBO, A., RIPA, A. y VARESI, A.: *Licenziamento. Gestione, procedura e casistica*, cit., p. 73.

⁴¹⁸⁰ BUONCRISTIANI, D.: *Il licenziamento disciplinare: tecnica procedimentale ed impugnatoria. Profili comparatistici (Francia, Spagna, Germania)*, cit., p. 14.

⁴¹⁸¹ D'AVOSSA, E.: *Il potere disciplinare nel rapporto di lavoro: Il codice, Il procedimento, L'esecuzione delle sanzioni, il licenziamento disciplinare, L'impugnazione delle sanzioni*, cit., p. 57.

⁴¹⁸² MAINARDI, S.: "Contestazione e diritto di accesso ai documenti connessi agli addebiti disciplinari", en *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, núm. 2, 2001, pp. 141 y ss.

⁴¹⁸³ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 3404, de fecha 19 de marzo de 1992.

⁴¹⁸⁴ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 20823, de fecha 11 de septiembre de 2013.

⁴¹⁸⁵ FAVA, G.: *Potere disciplinare: orientamento giurisprudenziale e principi normativi*, cit., p. 37.

⁴¹⁸⁶ DI CERBO, V. y SIMEOLI, D.: "Legge 15 luglio 1966 n. 604. Norme sui licenziamenti individuali", en AMOROSO, G., DI CERBO, V. y MARESCA, A.: *Diritto del Lavoro. Lo statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 1464.

⁴¹⁸⁷ COLOMBO, A., RIPA, A. y VARESI, A.: *Licenziamento. Gestione, procedura e casistica*, cit., p. 73.

⁴¹⁸⁸ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 9205, de fecha 16 de abril de 2013.

asegura la *immutabilità* de los hechos imputados, con independencia de que el empresario posteriormente pueda añadir nuevos incumplimientos⁴¹⁸⁹.

No existe una específica previsión legislativa que indique un término temporal, entre el cual, el empresario proceda a adoptar medida disciplinaria en contra del empleado sin previamente haberse cuestionado la decisión; consecuentemente a la imposición de la medida disciplinaria por el empresario, la jurisprudencia considera aplicable al caso los principios de la inmediatez y de la *tempestività*⁴¹⁹⁰ –rapidez y puntualidad–, debiéndose otorgar un intervalo de tiempo necesario con objeto de conceder al trabajador un espacio temporal oportuno para su defensa, obviamente, teniéndose en cuenta la complejidad de la organización de cada caso concreto⁴¹⁹¹. Inmediatez de la contestación aplicable en los procedimientos disciplinarios instaurados en los casos de despido por justa causa y despido por justificado motivo subjetivo⁴¹⁹². De acuerdo con la jurisprudencia, “*en la sanción disciplinaria la discrecionalidad del juez para evaluar el carácter de rapidez de la contestación disciplinaria debe explicarse en el ámbito de los presupuestos que son la base del principio de inmediatez, es decir del reconocimiento del completo y efectivo derecho de defensa garantizado ex lege al trabajador y del comportamiento empresarial de acuerdo a la buena fe; el juez puede excepcionalmente apartarse de tal principio indicando la razón que le ha llevado a no considerar ilegítima una oposición hecha no de manera inmediata a la infracción*”⁴¹⁹³.

La *tempestività* o la inmediatez –principio elaborado por la jurisprudencia⁴¹⁹⁴– de la contestación disciplinaria es un elemento constitutivo del derecho a la extinción. La *tempestività* tutela al trabajador porque exige la no aquiescencia del empresario en los conflictos de los comportamientos achacados al empleado; pretende evitar el cúmulo de los cargos y permite, debido a su inmediatez, una mayor memoria de los hechos sin que los mismos queden comprometidos por el transcurso del tiempo⁴¹⁹⁵. La *tempestività* es un criterio relativo que debe evaluarse caso por caso, aunque no falten ejemplos precisos del tiempo máximo que puede transcurrir entre el conocimiento del hecho y la sanción del mismo⁴¹⁹⁶: al respecto, no es razón suficiente para justificar el ejercicio del poder disciplinario una distancia de tres meses desde el conocimiento por parte del empresario de los hechos con los que sustentar el despido⁴¹⁹⁷; o cuando la sanción disciplinaria se impone después de dos meses desde que ocurrieron los hechos considerándose tardía⁴¹⁹⁸; en definitiva, el período de tiempo válido para imponer la sanción disciplinaria estará en plena vinculación con la complejidad de la estructura organizativa de la empresa reservándose la decisión a la interpretación subjetiva del juez que valorará las circunstancias de cada caso concreto⁴¹⁹⁹. Por otro lado, la naturaleza del

⁴¹⁸⁹ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 18279, de fecha 5 de agosto de 2010.

⁴¹⁹⁰ Vid. MAINARDI, S.: “Il procedimento disciplinare”, en MAINARDI, S.: *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico. Art. 2106*, en SCHLESINGER, P. y BUSNELLI, F.: *Il Codice Civile. Commentario*, cit., pp. 385 y ss.

⁴¹⁹¹ FAVA, G.: *Potere disciplinare: orientamento giurisprudenziale e principi normativi*, cit., pp. 38 y 39.

⁴¹⁹² Sentenza della Corte di Cassazione núm. 19350, de fecha 17 de diciembre de 2003.

⁴¹⁹³ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 14551, de fecha 9 de noviembre de 2000.

⁴¹⁹⁴ VALLEBONA, A.: *Istituzioni di Diritto del Lavoro*, cit., p. 462.

⁴¹⁹⁵ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 4724, de fecha 27 de febrero de 2014.

⁴¹⁹⁶ COLOMBO, A., RIPA, A. y VARESI, A.: *Licenziamento. Gestione, procedura e casistica*, cit., p. 73.

⁴¹⁹⁷ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 4724, de fecha 27 de febrero de 2014.

⁴¹⁹⁸ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 3043, de fecha 18 de febrero de 2011.

⁴¹⁹⁹ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 20719, de fecha 10 de septiembre de 2013.

elemento hace que opere automáticamente sin que sea necesario demostrar, a los fines de la evaluación de la legitimidad del despido, que el incumplimiento del principio de *tempestività* ha originado un perjuicio concreto al inculpado⁴²⁰⁰.

Además, la no inmediatez del procedimiento de expulsión del trabajador induce al razonamiento de que el empresario ha renunciado al despido considerando no grave o meritorio de la máxima sanción la acción culposa del trabajador⁴²⁰¹.

El poder disciplinario no puede ser utilizado con propósito intimidatorio en las disputas con los empleados lo que será condenado con la invalidez del procedimiento disciplinario. Igualmente ha de plantearse el caso en el que el ejercicio del poder disciplinario pueda venir ejecutado después de un periodo largo de tiempo desde que se cometió la comisión del ilícito por parte del trabajador. En estos casos habrá que valorar el verdadero conocimiento del empresario al respecto y, sobre todo, que haya actuado con un mínimo de diligencia en la investigación de los comportamientos incumplidores⁴²⁰². De hecho la condición para el conocimiento del evento se localiza en la necesaria razonabilidad del plazo de tiempo que transcurre desde que el empresario, en primer lugar, pueda determinar el incumplimiento del trabajador y, en segundo lugar, examinar la gravedad de la inobservancia misma, obviamente, con previas investigaciones preliminares⁴²⁰³. La rigurosidad sobre el tiempo puede ser moderada por consideraciones como, entre otras, la dimensión de la empresa, la complejidad de la estructura jerárquica, la necesidad de examinar el contexto de una conducta unitaria disciplinariamente relevante o singulares comportamientos separados en el tiempo de los otros⁴²⁰⁴.

Por último, el precepto que tratamos –artículo 7.2 del *Statuto dei Lavoratori*– hace referencia expresa a que es el empresario quien impone la sanción al trabajador. Por tanto, es el empleador el sujeto legitimado para dar el impulso y después concluir el iter disciplinario en las disputas con el trabajador incumplidor⁴²⁰⁵. Al respecto, en despidos disciplinarios no son ilegítimas las indagaciones preliminares del empresario con los que adquirir elementos de juicio necesarios para verificar la configuración de un ilícito disciplinario e identificar al responsable⁴²⁰⁶. Por tanto, la expresión *datore di lavoro*, utilizada por el precepto que comentamos, viene referido al derecho del superior jerárquico que tiene el poder de impartir órdenes y de responder frente al incumplimiento del empleado⁴²⁰⁷.

Sobre la comunicación, de acuerdo con el artículo 2 de la *legge 604/1966, di 15 luglio, norme sui licenziamenti individuali*, el empresario debe notificar por escrito el despido al trabajador⁴²⁰⁸. Como ya hemos exteriorizado, la comunicación escrita del

⁴²⁰⁰ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 19115, de fecha 9 de agosto de 2013.

⁴²⁰¹ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 16138, de fecha 15 de julio de 2014.

⁴²⁰² FAVA, G.: *Potere disciplinare: orientamento giurisprudenziale e principi normativi*, cit., p. 40.

⁴²⁰³ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 19424, de fecha 6 de octubre de 2005.

⁴²⁰⁴ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 20729, de fecha 26 de octubre de 2004.

⁴²⁰⁵ FAVA, G.: *Potere disciplinare: orientamento giurisprudenziale e principi normativi*, cit., p. 31.

⁴²⁰⁶ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 12027, de fecha 8 de agosto de 2003.

⁴²⁰⁷ MAINARDI, S.: “Il procedimento disciplinare”, en MAINARDI, S.: *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico. Art. 2106*, en SCHLESINGER, P. y BUSNELLI, F.: *Il Codice Civile. Commentario*, cit., p. 367.

⁴²⁰⁸ Vid. al respecto, GAROFALO, D.: “Licenziamento e forma”, en CARINCI, F. (a cura di MISCIONE, M.) et al: *Diritto del Lavoro. Commentario*, Torino, Utet, 2007, pp. 170 y ss.

despido debe contener las especificaciones de los motivos que lo han determinado; *a sensu contrario*, no puede ser genérica. La motivación del despido del trabajador debe ser suficientemente específica y completa permitiendo al empleado individualizar con claridad y precisión la causa de su despido⁴²⁰⁹. El despido sin la observancia de los requisitos anteriores es ineficaz. Además, la motivación en tal modo comunicada por el empresario al trabajador no puede ser modificada; tampoco podrán añadirse otros hechos en el posterior juicio. En efecto, la calificación del despido en caso de impugnación dependerá de la capacidad del empresario de demostrar la fundamentación de los motivos originalmente comunicados en la carta⁴²¹⁰. Igualmente la misma ha de ser individual⁴²¹¹.

Por otro lado, es obvio que la inexistencia de los hechos que sustentan el despido termina restando toda eficacia al ejercicio del mismo, constituyendo, por tanto, un límite que convierte la extinción en no idónea para producir efectos⁴²¹². La justa causa y el justificado motivo no constituyen presupuestos del poder de despedir del empresario sino más bien el contenido de una carga accesoria y externa que ha de quedar probada⁴²¹³. No obstante, al igual que en el ordenamiento jurídico español, en Italia el empresario puede realizar un segundo despido –lo que en el ordenamiento jurídico italiano se conoce como *ripetizione del licenziamento*⁴²¹⁴– cuando aún se encuentra pendiente de resolver el primer despido⁴²¹⁵.

En efecto, en la repetición del despido, si el vicio del primero es de forma, el empresario puede repetir *ex nunc* la extinción por los mismos motivos sustanciales respetando la forma incumplida⁴²¹⁶. Mientras si el vicio es sustancial, el nuevo despido es admitido solo por motivos diferentes, es decir, por un diferente incumplimiento o por una situación organizativa desemejante⁴²¹⁷.

Establece el artículo 7.3 del *Statuto dei Lavoratori* que “*el trabajador podrá hacerse asistir por un representante de la asociación sindical en el cual esté adherido*”⁴²¹⁸. En otros términos, el trabajador –cuando lo estime conveniente– podrá ser asistido por un miembro del sindicato. La única duda que se plantea en este precepto es si el empleado puede o no hacerse representar por un sindicato en el que no se encuentre inscrito. Lo cierto es que parece que el legislador no expone limitaciones

⁴²⁰⁹ DI CERBO, V. y SIMEOLI, D.: “Legge 15 luglio 1966 n. 604. Norme sui licenziamenti individuali”, en AMOROSO, G., DI CERBO, V. y MARESCA, A.: *Diritto del Lavoro. Lo statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 1471.

⁴²¹⁰ ICHINO, P.: “Il contratto di lavoro (III)”, en CICU, A., MESSINEO, F. MENGONI, L. e continuato da SCHLESINGER, P.: *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 483.

⁴²¹¹ PERA, G.: “Licenziamenti: I”, en AA. VV.: *Enciclopedia giuridica*, Volume XIX Libertà - Memoria, Tomo I Libertà - Luogotenenza, cit., p. 19.

⁴²¹² ZOLI, C.: *La tutela delle posizioni “strumentali” del lavoratore*, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 90 y ss.

⁴²¹³ TULLINI, P.: *Contributo alla teoría del licenziamento per giusta causa*, cit., p. 181. GHERA, E.: “Tutela reale e tutela obbligatoria: il licenziamento”, en *Lav. Dir.*, 1992, p. 465. NOGLER, L.: *La regulación de los despidos individuales en la época de equilibrio entre los “principios” constitucionales: estudio a la luz del ordenamiento italiano*, cit., p. 34.

⁴²¹⁴ VALLEBONA, A.: *Istituzioni di Diritto del Lavoro*, cit., pp. 542 y ss.

⁴²¹⁵ FAVA, G.: *Potere disciplinare: orientamento giurisprudenziale e principi normativi*, cit., p. 66.

⁴²¹⁶ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 551, de fecha 20 de enero de 1983 o Sentenza della Corte di Cassazione núm. 5798, de fecha 12 de abril de 2012.

⁴²¹⁷ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 18497, de fecha 20 de septiembre de 2005.

⁴²¹⁸ “*Il lavoratore potrà farsi assistere da un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato*”.

respetando la plena libertad individual acerca de la asociación sindical de la que el trabajador puede beneficiarse⁴²¹⁹. En efecto, estamos ante una amplia garantía de asistencia defensiva del trabajador que no viene otorgada por la estructura unitaria o de la asociación sindical signataria sino de la elección del propio inculpa⁴²²⁰.

Además de las formalidades citadas, el despido disciplinario debe considerar y respetar el principio de proporcionalidad –también existente en el ordenamiento jurídico español–, previsto no solo para este despido, también para cualquier sanción disciplinaria de menor gravedad que la extinción, convirtiéndose en requisito de legitimidad del ejercicio del poder disciplinario por parte del empleador⁴²²¹. De acuerdo con este principio deberá tenerse en cuenta la eventual subsistencia de la causa de justificación, el estado de necesidad y la legítima defensa, las posibles circunstancias atenuantes o agravantes, el tipo de intensidad del elemento psicológico o cualquier otra circunstancia relevante para la evaluación del comportamiento completo del trabajador⁴²²². Igualmente deberá valorarse la repercusión en la relación de trabajo de la conducta susceptible de poner en duda la futura corrección en el cumplimiento⁴²²³.

Del artículo 7.4 del *Statuto dei Lavoratori* se deduce la obligación del empresario de motivar las sanciones cautelares con la consecuencia de que, en caso de incumplimiento de tal obligación, la sanción cautelar deberá considerarse nula.

La imposición de la sanción disciplinaria corresponde al empresario o a quién lo representa. A tal efecto, la ejecución del poder disciplinario no requiere de ninguna formalidad en términos de representación en sentido técnico-jurídico⁴²²⁴. No obstante, por convenio colectivo puede delegarse el procedimiento disciplinario a un organismo. En estos casos cuando la sanción emana de un organismo que no posee poder para su imposición la misma carecerá de eficacia⁴²²⁵, sin perjuicio de que el empresario pueda ratificar el procedimiento sancionatorio –igual que ocurre en el derecho español– *ex* artículo 1399 del *Codice Civile*⁴²²⁶. Igualmente la ratificación podrá verificarse también por los hechos concluyentes: por ejemplo, no aceptando en la empresa al trabajador despedido. Al respecto la ley no prevé ninguna forma expresa de imposición de la sanción: no obstante, la única excepción se encuentra prevista para el despido disciplinario que debe ser comunicado en forma escrita⁴²²⁷, *ex* artículo 2.1 de la *legge*

⁴²¹⁹ FAVA, G.: *Potere disciplinare: orientamento giurisprudenziale e principi normativi*, cit., p. 47.

⁴²²⁰ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 10303, de fecha 17 de mayo de 2005.

⁴²²¹ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, S.: “La regulación de despido disciplinario en Italia”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al*: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 628.

⁴²²² D’AVOSSA, E.: *Il potere disciplinare nel rapporto di lavoro: Il codice, Il procedimento, l’esecuzione delle sanzioni, il licenziamento disciplinare, l’impugnazione delle sanzioni*, cit., pp. 111 y 112.

⁴²²³ DI CERBO, V. y SIMEOLI, D.: “Legge 15 luglio 1966 n. 604. Norme sui licenziamenti individuali”, en AMOROSO, G., DI CERBO, V. y MARESCA, A.: *Diritto del Lavoro. Lo statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 1375.

⁴²²⁴ CASALE, D. y LIMA, A.: “Istruttoria e irrogazione della sanzione disciplinare”, en MAINARDI, S. (a cura di) *et al*: *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., p. 326.

⁴²²⁵ CAMMALLERI: *L’inefficacia del licenziamento. Tutela obbligatoria e diritto comune*, Palermo, Temilavoro, 2005, p. 60.

⁴²²⁶ “Il contratto può essere ratificato dall’interessato, con l’osservanza delle forme prescritte per la conclusione di esso”.

⁴²²⁷ FERRANTE, V.: “Forma e procedura del licenziamento. Il licenziamento disciplinare”, en BESSONE, M.: *Trattato di Diritto Privato*, Volume XXIV, en CARINCI, F. (a cura di) y MAINARDI, S. (Coord.): *Il lavoro subordinato. Tomo III. Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzie dei diritti*, cit., pp. 191 y ss.

604/1966, di 15 luglio⁴²²⁸, siendo esta la fecha del comienzo de caducidad del plazo para impugnar la sanción⁴²²⁹. Que la comunicación del despido deba realizarse por escrito responde a la exigencia de garantía del trabajador protegiéndole de eventuales arbitrariedades del empresario⁴²³⁰.

4.3 Plazo de caducidad e impugnación del despido por el trabajador

Sobre la impugnación de la extinción de la relación laboral, de acuerdo con el artículo 6.1 de la *legge 604/1966, di 15 luglio, norme sui licenziamenti individuali*, que se refiere a la impugnación extrajudicial del despido⁴²³¹, “*el despido debe ser impugnado por el trabajador con riesgo de caducar dentro de los sesenta días de la recepción de la comunicación en forma escrita*”⁴²³². La impugnación del despido tiene naturaleza de acto unilateral⁴²³³ y recepticio⁴²³⁴. La impugnación durante el plazo de sesenta días iniciará su cómputo desde la recepción de la misiva resolutoria⁴²³⁵: fecha de caducidad que se aplica a todos los casos de despido⁴²³⁶. Lo cierto es que el plazo de sesenta días para impugnar el despido por parte de trabajador es un intervalo de tiempo bastante amplio: por ejemplo, en comparación con el artículo 59.3 ET del ordenamiento jurídico español, el plazo para impugnar el despido es de veinte días.

Más específicamente, de acuerdo con la jurisprudencia, el despido se perfecciona en el momento en el que la manifestación de voluntad del empresario llega a conocimiento del trabajador, por lo que el inicio del término de caducidad para la impugnación del despido opera desde la comunicación del despido y no del momento de cesación de la relación laboral⁴²³⁷. El plazo de caducidad de los sesenta días es un plazo de caducidad sustancial no susceptible de poder ser regularizado, ni de interrupción, ni de suspensión, ni siquiera por incapacidad o por error del trabajador⁴²³⁸. Una vez

⁴²²⁸ “*Il datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, deve comunicare per iscritto il licenziamento al prestatore di lavoro*”.

⁴²²⁹ CASALE, D. y LIMA, A.: “Istruttoria e irrogazione della sanzione disciplinare”, en MAINARDI, S. (a cura di) *et al: Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., p. 327.

⁴²³⁰ DI CERBO, V. y SIMEOLI, D.: “Legge 15 luglio 1966 n. 604. Norme sui licenziamenti individuali”, en AMOROSO, G., DI CERBO, V. y MARESCA, A.: *Diritto del Lavoro. Lo statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 1465.

⁴²³¹ VALLEBONA, A.: *Istituzioni di Diritto del Lavoro*, cit., pp. 554 y 555.

⁴²³² Artículo 6.1. “*Il licenziamento deve essere impugnato a pena di decadenza entro sessanta giorni dalla ricezione della sua comunicazione in forma scritta, ovvero dalla comunicazione, anch'essa in forma scritta, dei motivi, ove non contestuale, con qualsiasi atto scritto, anche extragiudiziale, idoneo a rendere nota la volontà del lavoratore anche attraverso l'intervento dell'organizzazione sindacale diretto ad impugnare il licenziamento stesso*”.

⁴²³³ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 8010, de fecha 18 de julio de 1991.

⁴²³⁴ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 12456, de fecha 29 de enero de 1994. *Vid.* DI CERBO, V. y SIMEOLI, D.: “Legge 15 luglio 1966 n. 604. Norme sui licenziamenti individuali”, en AMOROSO, G., DI CERBO, V. y MARESCA, A.: *Diritto del Lavoro. Lo statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 1575.

⁴²³⁵ ZOLI, C.: “La legge n. 183/2010: le novità in materia di licenziamento”, en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, núm. 4-5, 2011, pp. 841 y 842. ZOLI, C.: “La legge n. 183/2010: le novità in materia di licenziamento”, en AA. VV.: *Libertà, lavoro e sicurezza sociale in memoria ed onore della Prof.ssa Giuliana Ciocca*, Macerata, Working Papers, núm. 2, 2011, *passim*.

⁴²³⁶ Para un estudio profundo del procedimiento del despido y sus requisitos procesales, *vid.* BUONCRISTIANI, D.: *Il licenziamento disciplinare: tecnica procedimentale ed impugnatoria. Profili comparatistici (Francia, Spagna, Germania)*, cit., *passim*.

⁴²³⁷ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 6845, de fecha 24 de marzo de 2015.

⁴²³⁸ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 5563, de fecha 25 de octubre de 1982 y sentencia della Corte di Cassazione núm. 10230, de fecha 4 de mayo de 2009.

verificada la caducidad de la acción contra el despido ilegítimo, el mismo no podrá ser impugnado judicialmente⁴²³⁹.

La prueba sobre la impugnación en el término de sesenta días incumbe al trabajador despedido que tiene el honor de probar cuando ha recibido la comunicación de la extinción⁴²⁴⁰. En caso de extinción con preaviso, el cómputo de caducidad comienza durante el período de preaviso aun cuando no se hubiese extinguido todavía la relación laboral⁴²⁴¹. La fundamentación de la existencia de la caducidad de la impugnación del despido se ha justificado en la necesidad de garantizar un mínimo de certeza al poder organizativo del empresario con el objeto de evitar una posterior reintegración del trabajador despedido junto con la pertinente indemnización.

Es conveniente enunciar la reflexión y el enfrentamiento jurisprudencial y doctrinal que tiempo atrás ha existido sobre la caducidad en despidos nulos por ilicitud de los motivos y por vicios de forma. Lo cierto es que hubo un tiempo en el que se consideró que en estas extinciones no se debería imponer plazo de caducidad alguno; sin embargo, en momento posterior, la jurisprudencia se encargó de desarrollar la aplicabilidad del término de caducidad a todos los despidos existentes⁴²⁴².

De acuerdo con el artículo 6.2 de la *legge 604/1966, di 15 luglio*, –precepto modificado por la *legge 183/2010, di 4 novembre, Collegato Lavoro*⁴²⁴³, y *legge 92/2012, di 28 giugno, disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*⁴²⁴⁴–, y que se refiere a la impugnación judicial del despido⁴²⁴⁵, “*la impugnación del despido será ineficaz si no es seguida, dentro del término de ciento ochenta días, del depósito del recurso en la secretaría del Tribunal de Trabajo en funciones o de la comunicación a la parte contraria de la solicitud de tentativa de conciliación o arbitraje, manteniéndose la posibilidad de presentar nuevos documentos después del depósito del recurso. Siempre que la conciliación o el arbitraje solicitado haya sido rechazado o no se haya alcanzado el acuerdo necesario, el recurso a los tribunales debe ser depositado con riesgo de caducar dentro de los sesenta días del rechazo o de la falta de acuerdo*”⁴²⁴⁶. En efecto en los ciento ochenta días a la primera impugnación extrajudicial –al que se refiere el artículo 6.1 de la *legge 604/1966, di 15 luglio*–, el trabajador debe depositar el recurso jurisdiccional o la solicitud de petición

⁴²³⁹ VALLEBONA, A.: *Istituzioni di Diritto del Lavoro*, cit., p. 554.

⁴²⁴⁰ Vid. DI CERBO, V. y SIMEOLI, D.: “Legge 15 luglio 1966 n. 604. Norme sui licenziamenti individuali”, en AMOROSO, G., DI CERBO, V. y MARESCA, A.: *Diritto del Lavoro. Lo statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 1585.

⁴²⁴¹ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 7049, de fecha 22 de marzo de 2007.

⁴²⁴² ICHINO, P.: “Il contratto di lavoro (III)”, en CICU, A., MESSINEO, F. MENGONI, L. e continuato da SCHLESINGER, P.: *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 487.

⁴²⁴³ Vid. ZOLI, C.: “La legge n. 183/2010: le novità in materia di licenziamento”, en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, cit., pp. 833 y ss.

⁴²⁴⁴ Vid. RIVERSO, R.: “Alla ricerca del fatto nel licenziamento disciplinare”, en AA. VV.: *Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro*, Catania, CSDLE Massimo D’Antona, 2012, *passim*.

⁴²⁴⁵ VALLEBONA, A.: *Istituzioni di Diritto del Lavoro*, cit., pp. 554 y 555.

⁴²⁴⁶ Artículo 6.2. “*L’impugnazione è inefficace se non è seguida, entro il successivo termine di centottanta giorni, dal deposito del ricorso nella cancelleria del tribunale in funzione di giudice del lavoro o dalla comunicazione alla controparte della richiesta di tentativo di conciliazione o arbitraje, ferma restando la possibilità di produrre nuovi documenti formati dopo il deposito del ricorso. Qualora la conciliazione o l’arbitraje richiesti siano rifiutati o non sia raggiunto l’accordo necessario al relativo espletamento, il ricorso al giudice deve essere depositato a pena di decadenza entro sessanta giorni dal rifiuto o dal mancato accordo*”.

de conciliación o arbitraje⁴²⁴⁷. En el recurso debe indicar la *causa petendi* y el tipo de vicio del que adolece el despido⁴²⁴⁸.

Diferencia fundamental con el ordenamiento jurídico español se localiza en el hecho de que la caducidad tendrá que ser verificada por el empresario y no detectable u observada de oficio⁴²⁴⁹. Igualmente es importante tener en cuenta que el plazo de caducidad no será susceptible de interrupción o suspensión⁴²⁵⁰.

5. Efectos legales de la calificación del despido: consecuencias jurídicas de la extinción nula, anulable e ineficaz

El despido disciplinario ilegítimo engloba al despido nulo, al despido anulable y al despido ineficaz. La regla general es que el despido ilegítimo será ineficaz si se realiza sin observar los requisitos de forma necesarios, el despido ilegítimo será anulable si falta la justa causa o el justificado motivo –y siempre que se hayan cumplido las formalidades establecidas en el *Statuto dei Lavoratori*– y el despido ilegítimo será nulo si es discriminatorio o prohibido.

Llegados a este momento debemos separar dos textos normativos con diferentes consecuencias jurídicas para un mismo despido. Por un lado, tendremos que remitirnos a la norma del artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori* y al artículo 8 de la *legge 604/1966, di 15 luglio, norme sui licenziamenti individuali*; por otro lado, tendremos que aplicar el reciente régimen instaurado por el *Decreto Legislativo 23/2015, 4 marzo, disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183*⁴²⁵¹, y que introduce un régimen de despido más flexible para los contratos indefinidos con tutela creciente celebrados a partir de su vigencia⁴²⁵². En efecto, un contrato cuya creación queda encargada por la *Legge 183/2014, di 10 dicembre, deleghe al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonche' in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e dell'attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro*, exactamente, dentro de los seis meses de la entrada en vigor de esta ley⁴²⁵³.

⁴²⁴⁷ Sobre los problemas de interpretación, *vid.* ZOLI, C.: “La legge n. 183/2010: le novità in materia di licenziamento”, en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, cit., pp. 842 y 843.

⁴²⁴⁸ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 24139, de fecha 29 de noviembre de 2010.

⁴²⁴⁹ CARINCI, F., DE LUCA TAMAJO, R., TOSI, P. y TREU, T.: *Diritto del Lavoro: il rapporto di lavoro subordinato*, cit., p. 409.

⁴²⁵⁰ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 4925, de fecha 28 de mayo de 1990.

⁴²⁵¹ Para la relación entre empleo público y privado en relación al *Decreto Legislativo 23/2015, de 4 marzo, disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183*, *vid.* MAINARDI, S.: “Il campo di applicazione del D. LGS. N. 23/2015. Licenziamenti illegittimi, tutele crescenti”, en *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, núm. 1, 2015, pp. 25 y ss. Sobre el empleo público y el despido disciplinario, *vid.* MAINARDI, S.: *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, Milano, Giuffrè, 2002, *passim*. También ESPOSITO, M.: “Arbitrato e sanzioni disciplinari nel pubblico impiego: logiche e modelli fra “passato” e “futuri” possibili”, en *Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., *passim*.

⁴²⁵² LASSANDARI, A.: “L'ordinamento perduto”, en *Lavoro e Diritto*, núm.1, 2015, pp. 37 y ss.

⁴²⁵³ Para mayor abundamiento sobre la reforma del *Jobs Act*, *vid.* BOZZAO, P.: “I primi passi del Jobs Act: ambizioni, incertezze e difficili equilibri”, en *Federalismi: Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*, núm. 7, 2015, *passim*.

Lo cierto es que no tiene nada que ver el actual artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori* con el precepto originario. En la formulación originaria cuando en el juicio no quedara probada la justa causa o el justificado motivo de la decisión extintiva debía declararse la reincorporación del trabajador al puesto de trabajo sin posibilidad de que el empresario decidiese sobre otra alternativa posible. A la reincorporación obligatoria del empleado debía sumarse el resarcimiento de los daños inmediatos sufridos por el trabajador estableciendo, a tal fin, una indemnización proporcional al último salario desde la fecha del despido hasta la efectiva readmisión y que no podía ser inferior a cinco mensualidades –los denominados salarios de tramitación por el ordenamiento jurídico español–, aun cuando desde el despido hasta la reintegración no hubiera transcurrido el tiempo indicado, debiéndose restar lo percibido en el período de expulsión por llevar a cabo otros trabajos. Y si el empresario no quisiera readmitir al trabajador, el empleador debía continuar abonándole una asignación equivalente a la que recibiría en caso de continuar desempeñando su actividad laboral en la empresa. Y era el empleado el único que podía liberar al empresario de la obligación de reingreso y abono de la indemnización cuando solicitara el pago de una retribución equivalente a quince meses de salario –sumado a la indemnización por los salarios de tramitación– o cuando el empleado no se reincorporara al término de treinta días contados desde la fecha de declaración empresarial de reincorporación –sin perjuicio del cómputo del pago de la asignación subyacente, obviamente, no la de retribución equivalente pues en este caso ha sido el empleado el que no se ha presentado al trabajo–⁴²⁵⁴.

En efecto, el texto original del artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori* establecía un régimen unitario para cualquier tipo de ilegitimidad –nulidad, ineficacia o anulabilidad– condenando al empresario⁴²⁵⁵: a) a la reintegración del trabajador ilegítimamente despedido; b) a la indemnización de los daños sufridos por el despido ilegítimo –que no podía ser inferior a cinco mensualidades–; y c) al pago de las prestaciones asistenciales desde el momento del despido hasta la efectiva reintegración. Pero lo más llamativo es que el empresario no tenía alternativas posibles: es decir, además de la indemnización por los salarios dejados de percibir y de las prestaciones asistenciales, o readmitía al empleado o le pagaba la asignación equivalente al sueldo como si estuviera desarrollando sus funciones hasta que le readmitiera en el puesto de trabajo.

De esta manera podía descomponerse la acción de impugnación del despido en dos acciones⁴²⁵⁶: por un lado, la del incumplimiento del contrato de trabajo; por otro, la del mantenimiento de la relación laboral. La del incumplimiento, a su vez, tendería a comprobar la ilegitimidad del despido, la existencia de la relación laboral y la condena al pago de una indemnización por las retribuciones dejadas de percibir. La del mantenimiento pretendería la readmisión del trabajador y la condena de las retribuciones dejadas de percibir hasta la efectiva readmisión.

Pero el artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori* ha sido objeto de profundas reformas y transformaciones –no programadas a priori e improvisadas a posteriori por

⁴²⁵⁴ CARINCI, F., DE LUCA TAMAJO, R., TOSI, P. y TREU, T.: *Diritto del Lavoro: il rapporto di lavoro subordinato*, cit., pp. 379 y 380.

⁴²⁵⁵ PENSABENE LIONTI, G.: “El artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores italiano a la luz de las últimas reformas laborales”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, 2015, p. 644.

⁴²⁵⁶ D’ANTONA, M.: *Tutela reale nel posto di lavoro*, Roma, EGT, 1994, p. 5 y ss.

las fuertes presiones⁴²⁵⁷ – entre las que destaca la *legge 108/1990, di 11 maggio, disciplina dei licenziamenti individuali*⁴²⁵⁸, y, especialmente, la *legge 92/2012, di 28 giugno, disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita* – denominada reforma Fornero⁴²⁵⁹–. Esta última reforma –compleja y ambigua⁴²⁶⁰– ha eliminado el sistema sancionador unitario basado en la sanción de readmisión del trabajador por ilegitimidad del despido –más técnicamente se ha eliminado la readmisión en determinados supuestos de despido ilegítimo–. Es por esta última enmienda por lo que ahora se diferencian cuatro tipologías de tutela al trabajador recogidas en el artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori*⁴²⁶¹: la reincorporación del trabajador e indemnización en casos de despido discriminatorio o nulo; la de reincorporación e indemnización limitada a doce mensualidades; la de indemnización “fuerte” con resarcimiento de un mínimo de doce meses y un máximo de veinticuatro mensualidades; y, finalmente, la indemnización “reducida” con un mínimo de seis meses hasta un máximo de doce mensualidades⁴²⁶². En efecto, con el actual precepto, no es seguro que pueda obtenerse la readmisión del trabajador⁴²⁶³. Reforma que ha fragmentado en varias direcciones a las sentencias jurisprudenciales y que ha modificado –negativamente– al artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori*⁴²⁶⁴.

Debe destacarse que en esta última reforma –*legge 92/2012, di 28 giugno, disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*– el legislador no ha tenido el coraje de aprovechar la ocasión para referirse a la reglas del comportamiento del trabajador⁴²⁶⁵; en otras palabras, de referirse expresamente a las causas del despido; al final, solo se ha referido a las reglas sancionatorias del despido⁴²⁶⁶. Y se ha referido a las mismas utilizando conceptos elásticos y dejando sin

⁴²⁵⁷ CARINCI, F.: “Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare”, en *Il lavoro nella giurisprudenza*, núm. 1, 2013, p. 6.

⁴²⁵⁸ Vid. PERA, G.: “Postilla di aggiornamento. Licenziamenti: I”, en AA. VV.: *Enciclopedia giuridica*, Volume XIX Libertà - Memoria, Tomo I Libertà - Luogotenenza, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, Fondata da Giovanni Treccani, 1988, pp. 1 a 3.

⁴²⁵⁹ Vid. MAINARDI, S.: “Il campo di applicazione del D. LGS. N. 23/2015. Licenziamenti illegittimi, tutele crescenti”, en *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., pp. 29 y ss. También, CARINCI, F.: “Complimenti, Dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro”, en *Il Lavoro nella giurisprudenza*, núm. 6, 2012, *passim*.

⁴²⁶⁰ ZOLI, C.: “I licenziamenti per giustificato motivo oggettivo dalla legge n. 604 del 1966 al d.lgs. n. 23 del 2015”, en FERRARO, G. (a cura di) *et al: I licenziamenti nel contratto “a tutela crescenti”*, cit., pp. 83 y 84.

⁴²⁶¹ Sobre la aplicación del artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori* al empleado público, *vid.* CARINCI, F.: “È applicabile il novellato art. 18 ST al pubblico impiego privatizzato? (Una domanda ancora in cerca di risposta)”, en *Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, núm. 6, 2013, pp. 921 y ss. También CARINCI, F.: “Ripensando il “nuovo” art. 18 dello Statuto dei lavoratori”, en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, cit., pp. 471 y ss. En el mismo sentido *vid.* MAINARDI, S.: “La definizione delle norme disciplinari”, en MAINARDI, S.: *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico. Art. 2106*, en SCHLESINGER, P. y BUSNELLI, F.: *Il Codice Civile. Commentario*, cit., pp. 198 y 199.

⁴²⁶² CARINCI, F., DE LUCA TAMAJO, R., TOSI, P. y TREU, T.: *Diritto del Lavoro: il rapporto di lavoro subordinato*, cit., p. 380.

⁴²⁶³ MAINARDI, S.: “Prescrizione dei crediti retributivi del lavoratore tra vecchi e nuovi concetti di stabilità del rapporto di lavoro”, en *Giurisprudenza italiana*, núm. 4, 2013, p. 886.

⁴²⁶⁴ LASSANDARI, A.: “L’ingiustificatezza qualificata del licenziamento”, en *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, núm. 1, 2012, pp. 44 y ss.

⁴²⁶⁵ ZOLI, C.: “I licenziamenti per giustificato motivo oggettivo dalla legge n. 604 del 1966 al d.lgs. n. 23 del 2015”, en FERRARO, G. (a cura di) *et al: I licenziamenti nel contratto “a tutela crescenti”*, cit., pp. 83 y 84.

⁴²⁶⁶ ZOLI, C.: “Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo tra reintegra e tutela indennitaria”, en *Rivista italiana di diritto del lavoro*, cit., p. 659.

responder cuestiones fundamentales: en este sentido, ha agravado la incerteza sobre el significado de las disposiciones y ha aumentado, de manera exponencial, la discrecionalidad judicial existente, al contrario de lo que pretendía la ley dictada con dos años de antelación –*legge 183/2010, di 4 novembre, Collegato Lavoro*–⁴²⁶⁷.

La *legge 92/2012, di 28 giugno, disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*, ha sido pensada y construida, “teóricamente”, a medida del trabajador privado como se deduce y testimonia su primer artículo⁴²⁶⁸: “*un mercato integrador y dinámico, con objeto de contribuir a la creación de la ocupación, en cantidad y cualidad, al crecimiento social y económico y a la reducción permanente de la tasa de desempleo*”⁴²⁶⁹.

Comienza el artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori* confirmando la readmisión del trabajador por la presencia de motivo discriminatorio ilícito que no admite excusa alguna⁴²⁷⁰. Y congruentemente continúa con la graduación de las consecuencias jurídicas, combinando la reintegración e indemnización resarcitoria, en medida diversa según de injustificado resulte el despido disciplinario –o económico– partiendo desde el error no perdonable del empresario hasta un error en el despido más excusable que puede permitir la extinción del contrato de trabajo con una mínima indemnización económica⁴²⁷¹. Veamos todas las posibilidades:

5.1 La reincorporación plena o *tutela reintegratoria piena* del despido nulo: artículos 18.1, 18.2 y 18.3 del *Statuto dei Lavoratori*

a) Readmisión del trabajador

De acuerdo con el artículo 18.1 del *Statuto dei Lavoratori*, el juez, con la sentencia con la que declara la nulidad del despido por discriminación⁴²⁷², ordena al empresario –empresador o no– a la readmisión del trabajador al puesto de trabajo con independencia del motivo formalmente adoptado y de cuál sea el número de trabajadores en la empresa –aunque sea inferior a quince empleados–.

Discriminación que se produce, de acuerdo con el artículo 4 de la *legge 604/1966, di 15 luglio, norme sui licenziamenti individuali*, por el despido ejecutado por razones de “*credo político o fe religiosa, por la pertenencia a un sindicato y por la*

⁴²⁶⁷ ZOLI, C: “I licenziamenti per giustificato motivo oggettivo dalla legge n. 604 del 1966 al d.lgs. n. 23 del 2015”, en FERRARO, G. (a cura di) *et al: I licenziamenti nel contratto “a tutela crescenti”*, cit., pp. 84 y 85.

⁴²⁶⁸ CARINCI, F.: “Ripensando il “nuovo” art. 18 dello Statuto dei lavoratori”, en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, cit., p. 469.

⁴²⁶⁹ “La presente legge dispone misure e interventi intesi a realizzare un mercato del lavoro inclusivo e dinamico, in grado di contribuire alla creazione di occupazione, in quantità e qualità, alla crescita sociale ed economica e alla riduzione permanente del tasso di disoccupazione”.

⁴²⁷⁰ Vid. LASSANDARI, A.: “Il licenziamento discriminatorio”, en BESSONE, M.: *Trattato di Diritto Privato*, Volume XXIV, en CARINCI, F. (a cura di) y MAINARDI, S. (Coord.): *Il lavoro subordinato. Tomo III. Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzie dei diritti*, cit., pp. 151 y ss.

⁴²⁷¹ CARINCI, F.: “Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare”, en *Il lavoro nella giurisprudenza*, cit., p. 7.

⁴²⁷² LASSANDARI, A.: “Il licenziamento discriminatorio”, en BESSONE, M.: *Trattato di Diritto Privato*, Volume XXIV, en CARINCI, F. (a cura di) y MAINARDI, S. (Coord.): *Il lavoro subordinato. Tomo III. Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzie dei diritti*, cit., pp. 166 y ss.

*partecipación en actividad sindical*⁴²⁷³, considerándose el despido nulo independientemente de la motivación ofrecida⁴²⁷⁴. Según el artículo 15 del *Statuto dei Lavoratori*, se consideran actos discriminatorios, de acuerdo con el párrafo 1, cualquier acuerdo o acto directo para despedir al trabajador “*a causa de su afiliación o actividad sindical o de su participación en una huelga*”, o, de acuerdo con el párrafo 2, “*cualquier acuerdo o acto de derecho con fines discriminatorios políticos, religiosos, raciales, de lengua o de sexo, de discapacidad, de edad o sustentada en la orientación sexual o convicción personal*”⁴²⁷⁵. No obstante, la mera injustificación del despido no equivale a discriminación; en cambio, la existencia de una válida justificación excluye la configuración de una discriminación⁴²⁷⁶.

Pero este régimen de *tutela reintegratoria piena*, además de aplicarse a los despidos nulos por discriminación, también desprende sus efectos en despidos ineficaces por forma oral –mediante comunicación verbal⁴²⁷⁷–; en despidos por causa de maternidad o paternidad⁴²⁷⁸; y en despidos por *motivo illecito determinante* –incluida la represalia– de acuerdo con el artículo 1345 del Codice Civile⁴²⁷⁹; por causa de matrimonio; o los reconducibles a otra causa de nulidad prevista en la ley⁴²⁸⁰. Pero lo cierto es que, tras la modificación del artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori*, la sanción consistente en la readmisión en el puesto de trabajo ha sido totalmente degradada⁴²⁸¹.

Una vez declarada la orden de la readmisión del trabajador, la relación laboral se considera finalizada cuando el trabajador no haya retomado el servicio dentro de los treinta días después de la invitación del empresario, salvo que el trabajador haya elegido la indemnización del párrafo tercero del artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori*⁴²⁸².

⁴²⁷³ “*Il licenziamento determinato da ragioni di credo politico o fede religiosa, dall'appartenenza ad un sindacato e dalla partecipazione ad attività sindacali è nullo, indipendentemente dalla motivazione adottata*”.

⁴²⁷⁴ Sobre el camino recorrido por el despido discriminatorio, *vid.* CARINCI, F.: “Ripensando il “nuovo” art. 18 dello Statuto dei lavoratori”, en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, cit., p. 487 y 488.

⁴²⁷⁵ “*È nullo qualsiasi patto od atto diretto a: a) subordinare l'occupazione di un lavoratore alla condizione che aderisca o non aderisca ad una associazione sindacale ovvero cessi di farne parte; b) licenziare un lavoratore, discriminarlo nella assegnazione di qualifiche o mansioni, nei trasferimenti, nei provvedimenti disciplinari, o recargli altrimenti pregiudizio a causa della sua affiliazione o attività sindacale ovvero della sua partecipazione ad uno sciopero. Le disposizioni di cui al comma precedente si applicano altresì ai patti o atti diretti a fini di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso, di handicap, di età o basata sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali*”.

⁴²⁷⁶ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 21035, de fecha 28 de septiembre de 2006.

⁴²⁷⁷ *Vid.* MAINARDI, S.: “Le sanzioni disciplinari conservative del rapporto di lavoro”, en MAINARDI, S. (a cura di) *et al: Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., pp. 97 y ss.

⁴²⁷⁸ *Vid.* VALLEBONA, A.: *Istituzioni di Diritto del Lavoro*, cit., pp. 519 y ss.

⁴²⁷⁹ PENSABENE LIONTI, G.: “El artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores italiano a la luz de las últimas reformas laborales”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, cit., p. 645.

⁴²⁸⁰ COLOMBO, A., RIPA, A. y VARESI, A.: *Licenziamento. Gestione, procedura e casistica*, cit., p. 166.

⁴²⁸¹ ARRIGO, G.: “Apuntes críticos sobre la reciente reforma del mercado de trabajo italiano”, en *Revista de Trabajo*, núm. 11, 2013, p. 69.

⁴²⁸² Artículo 18.1. “*Il giudice, con la sentenza con la quale dichiara la nullità del licenziamento perché discriminatorio ai sensi dell'articolo 3 della legge 11 maggio 1990, n. 108, ovvero intimato in concomitanza col matrimonio ai sensi dell'articolo 35 del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, o in violazione dei divieti di licenziamento di cui all'articolo 54, commi 1, 6, 7 e 9, del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, e successive modificazioni, ovvero perché riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge o*

En efecto si el trabajador no se reincorpora al trabajo al término de los treinta días desde que recibió la invitación al puesto por el empleador se entiende que la relación laboral se ha extinguido, salvo motivo justificativo de la ausencia del trabajador. *A sensu contrario*, la anterior afirmación nos confirma que para la readmisión no basta con que exista una sentencia que declare la reincorporación del trabajador sino que es necesaria la existencia de una invitación por parte del empleador al empleado para que vuelva a ocupar su puesto de trabajo⁴²⁸³.

Por otro lado, una vez que el trabajador ha sido readmitido en la empresa, no puede posteriormente renunciar al puesto de trabajo pretendiendo la indemnización sustitutiva⁴²⁸⁴.

b) Indemnización resarcitoria

De acuerdo con el artículo 18.2 del *Statuto dei Lavoratori*, el juez condena al empleado al resarcimiento de los daños inmediatos sufridos por el trabajador una vez demostrada la nulidad del despido. Indemnización proporcional al último salario cuyo computo comienza desde la fecha del despido hasta la efectiva readmisión debiéndose restar lo percibido en el período de expulsión por llevar a cabo otros trabajos –*aliundem perceptum*–. Indemnización que posee función y naturaleza económica –compensación por el beneficio que el empresario ha podido obtener del trabajador–, jurídica –en razón a la retribución periódica pactada– y de previsión –con la que el trabajador puede continuar respondiendo de las deudas contraídas–⁴²⁸⁵.

En cualquier caso la cantidad de este resarcimiento no podrá ser inferior a cinco mensualidades de la retribución global aun cuando –desde el despido hasta la readmisión efectiva– haya transcurrido un período de tiempo menor –por ejemplo, dos meses: aún así deberá indemnizarse al trabajador por cinco mensualidades–. No olvidemos que se trata de un despido ilegítimo cuya imposición de pago mínimo de cinco mensualidades responde a una exigencia legal y legítima que se implanta por razones de discrecionalidad política.

En el cálculo de la retribución global debe tenerse en cuenta no solo la retribución base debida y estipulada en el contrato, sino todo cuanto el trabajador debería presumiblemente haber ganado si la relación hubiera proseguido, lo que significa que han de tenerse en cuenta los elementos variables⁴²⁸⁶.

determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'articolo 1345 del codice civile, ordina al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, indipendentemente dal motivo formalmente addotto e quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro. La presente disposizione si applica anche ai dirigenti. A seguito dell'ordine di reintegrazione, il rapporto di lavoro si intende risolto quando il lavoratore non abbia ripreso servizio entro trenta giorni dall'invito del datore di lavoro, salvo il caso in cui abbia richiesto l'indennità di cui al terzo comma del presente articolo. Il regime di cui al presente articolo si applica anche al licenziamento dichiarato inefficace perché intimato in forma orale”.

⁴²⁸³ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 314, de fecha 13 de enero de 1993.

⁴²⁸⁴ NANNIPIERI, L.: “Termini e forme della scelta del lavoratore per l'indennità sostitutiva della reintegrazione”, en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, núm. 2, 1998, pp. 315 y ss.

⁴²⁸⁵ SANTORO-PASSARELLI, F.: “Lavoro (Contrato di)”, en AZARA, A. y EULA, E. *et al: Novissimo Digesto Italiano*, cit., p. 516.

⁴²⁸⁶ ICHINO, P.: “Il contratto di lavoro (III)”, en CICU, A., MESSINEO, F. MENGONI, L. e continuato da SCHLESINGER, P.: *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 500.

La jurisprudencia aplica los artículos 1218 y 1223 del *Codice Civile* y, por tanto, el principio de la *compensatio lucri cum danno* –el lucro obtenido por el damnificado se compensa con el daño–. Si se demuestra por el empresario el importe recibido por el trabajador se compensarán las cantidades efectivamente percibidas –*aliunde perceptum*– cuando el empleado haya obtenido rentas por una ocupación equivalente a la misma capacidad laboral liberada por el despido⁴²⁸⁷: actividad que no se hubiera podido desarrollar si no se hubiera procedido a la extinción del vínculo contractual⁴²⁸⁸; lo que significa, *a sensu contrario*, que no pueden detraerse las rentas obtenidas cuando la actividad se desarrollaba antes del despido⁴²⁸⁹. También pueden detraerse las prestaciones por desempleo⁴²⁹⁰ o las de tratamiento *pensionistico* no acumulables con ingresos de trabajo⁴²⁹¹. Insistimos en que, aún cuando se hayan obtenido estas rentas, la indemnización no podrá ser inferior al límite de cinco mensualidades.

Pero además de descontar de la indemnización el *aliunde perceptum* –cantidades efectivamente percibidas por otra actividad laboral– debe restarse también lo que el trabajador hubiera podido ganar si se hubiera aplicado con diligencia en la búsqueda de un nuevo empleo –*quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione*⁴²⁹²–, denominado *aliunde percipiendum*, lo que supone una carga probatoria impropia ya que es el empleado quien debe demostrar que no ha encontrado otro empleo pese haberlo intentado⁴²⁹³. El *aliunde percipiendum* se sustenta en base al artículo 1227 del *Codice Civile* cuando establece que “*la indemnización no es debida por los daños que el acreedor podría haber evitado usando la diligencia debida*”⁴²⁹⁴, siendo la prueba a cargo del empresario⁴²⁹⁵.

Además, por el período del despido ilegítimo hasta la efectiva readmisión, el empresario está obligado al pago de las cotizaciones del sistema de Seguridad Social⁴²⁹⁶.

En definitiva la jurisprudencia considera que la indemnización posee naturaleza resarcitoria plena y exclusiva del daño sufrido por el trabajador por efecto del ilícito civil cometido por el empresario⁴²⁹⁷.

⁴²⁸⁷ NOGLER, L.: *La regulación de los despidos individuales en la época de equilibrio entre los “principios” constitucionales: estudio a la luz del ordenamiento italiano*, cit., pp. 98 y 99.

⁴²⁸⁸ Vid. al respecto MAZZIOTTI, F.: “Inefficacia del licenziamento e risarcimento del danno”, en AA. VV.: *Scritti in onore di G. Suppiej*, Padova, Cedam, 2005, p. 656.

⁴²⁸⁹ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 7435, de fecha 11 de abril de 2005.

⁴²⁹⁰ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 2906, de fecha 29 de marzo de 1996.

⁴²⁹¹ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 3907, de fecha 20 de abril de 1999.

⁴²⁹² Vid. CARINCI, F.: “Complimenti, Dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro”, en *Il Lavoro nella giurisprudenza*, cit., p. 547.

⁴²⁹³ ARRIGO, G.: “Apuntes críticos sobre la reciente reforma del mercado de trabajo italiano”, en *Revista de Trabajo*, cit., pp. 68 y 69.

⁴²⁹⁴ “*Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza*”.

⁴²⁹⁵ VALLEBONA, A.: *Istituzioni di Diritto del Lavoro*, cit., p. 456.

⁴²⁹⁶ Artículo 18.2. “*Il giudice, con la sentenza di cui al primo comma, condanna altresì il datore di lavoro al risarcimento del danno subito dal lavoratore per il licenziamento di cui sia stata accertata la nullità, stabilendo a tal fine un'indennità commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto percepito, nel período di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative. In ogni caso la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto. Il datore di lavoro è condannato inoltre, per il medesimo período, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali*”.

c) Indemnización en sustitución de la readmisión

De acuerdo con el artículo 18.3 del *Statuto dei Lavoratori*, sin perder el derecho al resarcimiento previsto en el párrafo segundo del artículo 18 del citado texto – indemnización resarcitoria con un mínimo de cinco mensualidades–, el trabajador tiene la facultad de solicitar al empresario, en sustitución de la readmisión al puesto de trabajo⁴²⁹⁸, una indemnización igual a la remuneración total de quince mensualidades, terminando de esta forma la relación laboral sin someter al empresario a las contribuciones de la Seguridad Social. La solicitud de la indemnización económica deberá realizarse –por el empleado– dentro de los treinta días siguientes del dictado de la sentencia o de la invitación del empresario al empleado para reincorporarse al trabajo⁴²⁹⁹.

Se ha discutido sobre si la extinción de la relación laboral se producía con la elección del trabajador por la indemnización sustitutoria o con el pago de la misma por parte del empresario. Al respecto el legislador ha establecido que la inmediata extinción de la relación se produce en el momento de la petición de indemnización sustitutiva de la readmisión⁴³⁰⁰: así puede extraerse del artículo 18.3 del *Statuto dei Lavoratori*.

En efecto se reconoce al trabajador el poder de modificar la obligación de readmisión –obligación principal– en dinero –obligación accesoria o secundaria– exigiendo una indemnización igual a la remuneración total de quince mensualidades. No obstante, dado que el cumplimiento exacto de la obligación extingue la relación obligatoria, el empresario estará obligado a continuar sufragando las restantes prestaciones y a resarcir el daño por retraso cuantificado en la proporción igual a la retribución dejada de percibir desde el día del despido hasta la efectiva readmisión o – cuando así lo haya solicitado el trabajador– hasta el pago efectivo de la indemnización sustitutiva de la readmisión por parte del empresario: en otras palabras, hasta el cumplimiento exacto de las obligaciones alcanzadas⁴³⁰¹.

En suma, los citados artículos pueden recapitularse en las siguientes consideraciones⁴³⁰²: 1) Cuando la sentencia del juzgador acoge la impugnación del despido, no solo se deduce la existencia de la relación laboral, también se acogen las obligaciones contractuales relativas al pago de la retribución y de dar trabajo al empleado por parte del empresario. 2) Cuando se declara la readmisión del trabajador despedido ilegítimamente se deduce que el empresario –ejecutor del despido– no ha demostrado el sustento de la extinción de la relación laboral, debiendo adecuarse la realidad fáctica a la realidad jurídica, lo que constituye una obligación de hacer no

⁴²⁹⁷ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 7435, de fecha 11 de abril de 2005.

⁴²⁹⁸ Vid. ZOLI, C.: “Revoca del licenziamento e libertà del lavoratore di optare immediatamente per l'indennità sostitutiva della reintegrazione”, en *Rivista italiana di diritto del lavoro*, cit., *passim*.

⁴²⁹⁹ Artículo 18.3. “Fermo restando il diritto al risarcimento del danno come previsto al secondo comma, al lavoratore è data la facoltà di chiedere al datore di lavoro, in sostituzione della reintegrazione nel posto di lavoro, un'indennità pari a quindici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, la cui richiesta determina la risoluzione del rapporto di lavoro, e che non è assoggettata a contribuzione previdenziale. La richiesta dell'indennità deve essere effettuata entro trenta giorni dalla comunicazione del deposito della sentenza, o dall'invito del datore di lavoro a riprendere servizio, se anteriore alla predetta comunicazione”.

⁴³⁰⁰ VALLEBONA, A.: *Istituzioni di Diritto del Lavoro*, cit., pp. 598 y 599.

⁴³⁰¹ NOGLER, L.: *La regulación de los despidos individuales en la época de equilibrio entre los “principios” constitucionales: estudio a la luz del ordenamiento italiano*, cit., p. 103.

⁴³⁰² *Ibidem*, pp. 100 y 101.

fungible. 3) La condena al resarcimiento del daño desde el día en el que se ejecutó el despido del trabajador hasta la readmisión del mismo es compensatoria del daño generado por la lesión del derecho a la continuación de la relación laboral. Este resarcimiento encuentra sustento en el ilícito civil del ilegítimo uso de poder por parte del empresario así como por el incumplimiento basado en el retraso de la obligación de dar trabajo y de obedecer la orden de readmisión.

Al final lo que subsiste después de la sentencia que declara la nulidad del despido, no es ni la obligación de la readmisión, ni tampoco la indemnización por sustitución; lo que persiste es la relación laboral en sí. En efecto si la relación laboral subsiste el trabajador despedido ilegítimamente tendrá derecho a ser readmitido o a sustituir dicha obligación por la indemnización sustitutiva estipulada por el propio ordenamiento jurídico italiano. Con la elección realizada por el trabajador de sustituir la readmisión por la indemnización, la relación laboral durará hasta el cumplimiento exacto de la prestación elegida⁴³⁰³.

5.2 La reincorporación con indemnización limitada o *tutela reintegratoria con indennità limitata* del despido anulado: artículos 18.4 y 18.7 del *Statuto dei Lavoratori*

De acuerdo con el artículo 18.4 del *Statuto dei Lavoratori*, cuando el juez haya comprobado que no se cumplen los extremos del justificado motivo subjetivo o de la justa causa alegada por el empresario, por inexistencia del hecho sobre el que se fundamenta el despido –*per insussistenza del fatto contestato*– o de las conductas punibles sustentadas sobre la base de las previsiones de los convenios colectivos o códigos disciplinarios aplicables –*il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili*– deberá anular el despido y condenar al empresario a la readmisión en el puesto de trabajo al que se refiere el párrafo primero del artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori* y al pago de una indemnización resarcitoria proporcional obtenida desde la fecha del despido hasta la efectiva reintegración debiéndose restar lo percibido en el período de expulsión por llevar a cabo otros trabajos.

En cualquier caso la compensación de la indemnización resarcitoria no puede ser superior a doce meses de retribución: en efecto, en esta indemnización resarcitoria se interpone un límite máximo de doce mensualidades al mismo tiempo que se elimina el límite mínimo de cinco mensualidades. En otros términos, la indemnización podrá ir desde cero meses hasta un máximo de doce mensualidades. Por tanto, la *tutela reintegratoria con indennità limitata* se diferencia de la *tutela reintegratoria piena* por establecer un límite máximo y eliminar el mínimo.

Límite máximo que claramente actúa en contra de los intereses del trabajador aun cuando vea estimada su pretensión. Para confirmar tal apreciación simplemente observemos los casos en los que la pretensión sea rechazada en primera instancia y admitida en proceso posterior por vía de recurso. Es un caso común en nuestros tribunales en el que –con total seguridad– la duración del procedimiento se prolongará

⁴³⁰³ NOGLER, L.: *La regulación de los despidos individuales en la época de equilibrio entre los "principios" constitucionales: estudio a la luz del ordenamiento italiano*, cit., p. 104.

fácilmente más allá de doce meses –donde el límite máximo actuará en la indemnización favoreciendo al empresario–⁴³⁰⁴.

Por otro lado, esta *tutela reintegratoria con indennità limitata*, además de aplicarse al despido disciplinario que se acaba de comentar, también desprenderá efectos en despidos objetivos⁴³⁰⁵. De acuerdo con el artículo 18.7 del *Statuto dei Lavoratori*⁴³⁰⁶, el tribunal aplicará las mismas consecuencias que el artículo 18.4 del *Statuto dei Lavoratori*, en los siguientes casos: a) los despidos por falta de motivo objetivo legítimo que determine la inexistencia de los hechos que fundamentan o en los que se advierta la base del despido: es decir, cuando el despido se considera “*manifestamente infundado*”⁴³⁰⁷ –*manifesta insussistenza*⁴³⁰⁸–; b) los despidos por causas objetivas que se produzcan ante la inidoneidad física o psíquica del trabajador⁴³⁰⁹ o los despidos por violación de las reglas contenidas en el artículo 2110.2 del *Codice Civile*⁴³¹⁰. En los otros casos de despido ilegítimo por justificado motivo objetivo, es decir, en caso de constatar que no concurren los presupuestos del despido motivado por razones objetivas, el precepto se remite al artículo 18.5: la denominada “*indemnización fuerte*”⁴³¹¹.

Además el empresario también está obligado al pago de las contribuciones a la Seguridad Social desde la fecha del despido hasta la de reincorporación efectiva. Siguiendo la orden de reincorporación la relación laboral se considera terminada cuando el empleado no ha asumido el servicio dentro de los treinta días siguientes desde la invitación del empresario para reincorporarse al trabajo; salvo que haya solicitado la indemnización sustitutiva de la readmisión en el puesto de trabajo –tal como establece el párrafo tercero del artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori*–⁴³¹².

⁴³⁰⁴ ARRIGO, G.: “Apuntes críticos sobre la reciente reforma del mercado de trabajo italiano”, en *Revista de Trabajo*, cit., p. 69.

⁴³⁰⁵ Vid. GUINDO MORALES, S.: “Despido por circunstancias objetivas: garantías formales y procedimentales (pagaré como instrumento variable para el abono de la indemnización: STS 536/2016, 21 de junio)”, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, cit., *passim*.

⁴³⁰⁶ Para mayor abundamiento, ZOLI, C.: “Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo tra reintegra e tutela indennitaria”, en *Rivista italiana di diritto del lavoro*, cit., p. 664 y ss.

⁴³⁰⁷ “*La manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo*”.

⁴³⁰⁸ Se recomienda *vid.* LASSANDARI, A.: “L’ingiustificatezza qualificata del licenziamento”, en *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, cit., pp. 44 y ss.

⁴³⁰⁹ CASALE, D.: “Il licenziamento per sopravvenuta inidoneità psicofisica permanente”, en CARINCI, F. y MAINARDI, S. (a cura di): *La terza riforma del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Milano, Ipsa, 2011, pp. 547 y ss.

⁴³¹⁰ “*Per motivo oggettivo consistente nell’inidoneità fisica o psichica del lavoratore, ovvero che il licenziamento è stato intimato in violazione dell’articolo 2110, secondo comma, del codice civile*”.

⁴³¹¹ “*Nelle altre ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo, il giudice applica la disciplina di cui al quinto comma*”.

⁴³¹² Artículo 18.4. “*Il giudice, nelle ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro, per insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili, annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro di cui al primo comma e al pagamento di un’indennità risarcitoria commisurata all’ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell’effettiva reintegrazione, dedotto quanto il lavoratore ha percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione. In ogni caso la misura dell’indennità risarcitoria non può essere superiore a dodici mensilità della retribuzione globale di fatto*”.

5.3 La indemnización fuerte o *tutela indennitaria forte* del despido anulado: artículos 18.5 y 18.7 del *Statuto dei Lavoratori*

De acuerdo con el artículo 18.5 del *Statuto dei Lavoratori* –como novedad de la *legge 92/2012, di 28 giugno, disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*– cuando el juez, en circunstancias en las que comprueba que no se cumplen los extremos del justificado motivo subjetivo o de la justa causa aducida por el empresario, declarará resuelto el contrato de trabajo con efectos desde la fecha del despido, condenando al empleador al pago de una indemnización resarcitoria que abarque un mínimo de doce meses y un máximo de veinticuatro mensualidades. Indemnización económica con la que se extingue la relación laboral –con el objetivo de obviar la readmisión del empleado– y que deberá ser valorada y motivada por el propio juzgador teniendo en cuenta, además de la propia antigüedad del trabajador despedido, el número de empleados en la empresa, las dimensiones de la actividad económica que desarrolla la compañía y el comportamiento y las condiciones impuestas de las partes⁴³¹³. En este caso la indemnización está acompañada de un elenco de criterios para su delimitación que vincula subjetivamente y por completo al juzgador⁴³¹⁴.

De acuerdo con el artículo 18.7 del *Statuto dei Lavoratori*⁴³¹⁵, en los otros casos de despido ilegítimo por justificado motivo objetivo, es decir, cuando se constate que no concurren los presupuestos del despido motivado por razones objetivas, el juez deberá aplicar la sanción del artículo 18.5 del *Statuto dei Lavoratori*: en otros términos, declarará resuelto el contrato de trabajo condenando al empleador al pago de una indemnización resarcitoria que abarque un mínimo de doce meses y un máximo de veinticuatro mensualidades.

Como puede observarse la sanción económica a imponer queda sometida a la interpretación y valoración que el juzgador realice en torno a la gravedad de los hechos que han motivado el despido. Por tanto, la tutela indemnizatoria fuerte se aplicará a todos los despidos que no tenga cabida en la tutela de reincorporación del trabajador con

Il datore di lavoro è condannato, altresì, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento fino a quello della effettiva reintegrazione, maggiorati degli interessi nella misura legale senza applicazione di sanzioni per omessa o ritardata contribuzione, per un importo pari al differenziale contributivo esistente tra la contribuzione che sarebbe stata maturata nel rapporto di lavoro risolto dall'illegittimo licenziamento e quella accreditata al lavoratore in conseguenza dello svolgimento di altre attività lavorative. In quest'ultimo caso, qualora i contributi afferiscano ad altra gestione previdenziale, essi sono imputati d'ufficio alla gestione corrispondente all'attività lavorativa svolta dal dipendente licenziato, con addebito dei relativi costi al datore di lavoro. A seguito dell'ordine di reintegrazione, il rapporto di lavoro si intende risolto quando il lavoratore non abbia ripreso servizio entro trenta giorni dall'invito del datore di lavoro, salvo il caso in cui abbia richiesto l'indennità sostitutiva della reintegrazione nel posto di lavoro ai sensi del terzo comma”.

⁴³¹³ Artículo 18.5. “Il giudice, nelle altre ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro, dichiara risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata tra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, in relazione all'anzianità del lavoratore e tenuto conto del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti, con onere di specifica motivazione a tale riguardo”.

⁴³¹⁴ CARINCI, F.: “Complimenti, Dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro”, en *Il Lavoro nella giurisprudenza*, cit., p. 547.

⁴³¹⁵ “Nelle altre ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo, il giudice applica la disciplina di cui al quinto comma”.

indemnización limitada –así como a los casos de despido económico salvo insuficiencia de razones objetivas y productivas–.

La diferencia entre aplicar, o bien la reincorporación con indemnización limitada de los artículos 18.4 y 18.7 del *Statuto dei Lavoratori* por inexistencia absoluta del motivo subjetivo/objetivo justificado o la justa causa alegada –readmisión más indemnización resarcitoria no superior a doce meses de retribución–, o bien la indemnización fuerte de los artículos 18.5 y 18.7 del *Statuto dei Lavoratori* – indemnización resarcitoria que abarque un mínimo de doce meses y un máximo de veinticuatro mensualidades, sin readmisión alguna– va a depender de la consideración del juzgador sobre las circunstancias existentes: es decir, si las mismas son más o menos graves; en otros términos, si son extremos abiertamente inexistentes o existe mínima fundamentación.

Considerando el incumplimiento del trabajador con los agravantes y las atenuantes, filtrándolo a través del criterio de proporcionalidad, deberá decidir el juez teniendo en cuenta el grado de gravedad: evaluará si existe incumplimiento o no, y en caso de que exista incumplimiento, deberá decidir si la condena al empresario es, por un lado, la readmisión del trabajador con indemnización –reincorporación con indemnización limitada– o, por otro, la extinción del contrato con indemnización – indemnización fuerte sin readmisión–. En este caso deberá hacer una elección. Esta depende del motivo por el que se ha considerado injustificado el despido: si es por inexistencia del hecho sobre la que se fundamenta la extinción –*per insussistenza del fatto contestato*, que equivale a un comportamiento activo u omisivo que conlleva, a juicio del empresario, un incumplimiento⁴³¹⁶– o de las conductas punibles sustentadas sobre la base de las previsiones de los convenios colectivos o códigos disciplinarios aplicables –*il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili*–, el juzgador, en ambos casos, podrá anular el despido condenando al empresario a la readmisión “*attenuata*” del trabajador –reincorporación con indemnización limitada–; si es por otra hipótesis –circunstancias en las que comprueba que no se cumplen los extremos del justificado motivo subjetivo o de la justa causa aducida por el empresario–, el juez declarará resuelto el contrato de trabajo confirmando el despido indebido pero condenando al empresario con la indemnización resarcitoria fuerte –por lo que no existirá readmisión–⁴³¹⁷. Lo importante es que la readmisión o no del trabajador por despido no lícito, al final, dependerá de la elección del juzgador y de su propia subjetividad.

En efecto, con la reforma Fornero del año 2012, el legislador más que una colaboración solicita una extensa complicidad por parte del juez⁴³¹⁸.

⁴³¹⁶ CARINCI, F.: “Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare”, en *Il lavoro nella giurisprudenza*, cit., p. 12.

⁴³¹⁷ CARINCI, F.: “Ripensando il "nuovo" art. 18 dello Statuto dei lavoratori”, en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, cit., p. 494.

⁴³¹⁸ CARINCI, F.: “Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare”, en *Il lavoro nella giurisprudenza*, cit., p. 10.

5.4 La indemnización reducida o *tutela indennitaria ridotta* del despido ineficaz: artículo 18.6 del *Statuto dei Lavoratori*

De acuerdo con el artículo 18.6 del *Statuto dei Lavoratori*, en el supuesto de que el despido sea declarado ineficaz por el incumplimiento de los requisitos del artículo 2.2 de la *legge 604/1966, di 15 luglio, norme sui licenziamenti individuali*⁴³¹⁹, o del procedimiento del artículo 7 del *Statuto dei Lavoratori* y del artículo 7 de la *legge 604/1966, di 15 luglio*, –los artículos citados se refieren a la ausencia de motivación⁴³²⁰, comunicación y procedimiento del despido–, se aplicará el régimen del artículo 18.5 del *Statuto dei Lavoratori*, –es decir, declarará resuelto el contrato de trabajo con efectos desde la fecha del despido– pero con una asignación al empleado de una indemnización resarcitoria en relación a la gravedad del incumplimiento formal o del procedimiento, resarcimiento que oscilará entre un mínimo de seis meses y un máximo de doce mensualidades de la retribución, con la carga específica del juzgador de motivar la indemnización, a excepción de que sobre la base de la petición del trabajador compruebe que también existe un defecto de justificación del despido, en cuyo caso deberá aplicar, en lugar de lo previsto en este párrafo, las garantías establecidas en los párrafos cuarto, quinto o séptimo del artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori* –cuyas consecuencias jurídicas son más gravosas–⁴³²¹.

En efecto, y más tras la reforma operada por la citada *legge 92/2012, di 28 giugno, disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*, cuando se produzcan vicios que determinen un incumplimiento contractual regulado por el artículo del 7 *Statuto dei Lavoratori* se aplicará la indemnización reducida de seis a doce meses.

5.5 Ámbito de aplicación del artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori*: el nivel de ocupación en la empresa

De acuerdo con el artículo 18.8 del *Statuto dei Lavoratori*⁴³²², los párrafos cuatro a siete del mismo artículo son aplicables al empresario que en cualquier sede, establecimiento, filial, oficina o departamento independiente posea más de quince empleados o más de cinco si se trata de emprendedor agrícola, así como el empresario –emprendedor o no– que en el ámbito del mismo municipio posea más de quince dependientes o empresa agrícola de una misma zona geográfica que posea más de cinco empleados, también cada una de las unidades productivas singularmente consideradas,

⁴³¹⁹ “La comunicazione del licenziamento deve contenere la specificazione dei motivi che lo hanno determinato”.

⁴³²⁰ CARINCI, F.: “Il licenziamento inefficace per la riforma Fornero”, en *Il Lavoro nella giurisprudenza*, núm. 10, 2012, p. 870.

⁴³²¹ Artículo 18.6. “Nell'ipotesi in cui il licenziamento sia dichiarato inefficace per violazione del requisito di motivazione di cui all'articolo 2, comma 2, della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni, della procedura di cui all'articolo 7 della presente legge, o della procedura di cui all'articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni, si applica il regime di cui al quinto comma, ma con attribuzione al lavoratore di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata, in relazione alla gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro, tra un minimo di sei e un massimo di dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, con onere di specifica motivazione a tale riguardo, a meno che il giudice, sulla base della domanda del lavoratore, accerti che vi è anche un difetto di giustificazione del licenziamento, nel qual caso applica, in luogo di quelle previste dal presente comma, le tutele di cui ai commi quarto, quinto o settimo”.

⁴³²² Para mayor abundamiento, vid. PERA, G.: “Licenziamenti: I”, en AA. VV.: *Enciclopedia giuridica*, Volume XIX Libertà - Memoria, Tomo I Libertà - Luogotenenza, cit., pp. 11 y ss.

y, en todo caso, al empresario –empresario o no– que posea más de sesenta trabajadores a su cargo –en total, sin tener en cuenta las unidades productivas–⁴³²³. En cualquier caso no creemos que los niveles de ocupación en la empresa constituyan un parámetro correcto y representativo de la capacidad económica de la empresa moderna –menos teniendo en cuenta las tecnologías y la vanguardia actual–.

De acuerdo con el artículo 18.9 del *Statuto dei Lavoratori*, con la finalidad de determinar los niveles de ocupación en la empresa, se tendrán en cuenta el número de trabajadores con contrato indeterminado a tiempo parcial para la cuota del horario efectivamente desarrollado, incluyéndose a los jóvenes con contrato de formación y los *part-time*, sin obviar que, a tal propósito, el cómputo de las unidades de trabajo hace referencia al horario previsto de la contratación colectiva del sector. Además, para este cómputo de niveles de empleo en la empresa, no se tendrán en cuenta ni al cónyuge, ni a los parientes del empresario hasta el segundo grado de consanguinidad en línea directa o colateral⁴³²⁴. Teniendo en cuenta lo anterior, la estrategia de las pequeñas y medianas empresas ha sido la de contratar pocos empleados a tiempo indeterminado rellenando personal a través de ficticios colaboradores o parientes, obviamente, con la finalidad de no superar los límites establecidos en el citado precepto. De acuerdo con la circular del *ministerio del lavoro* de fecha 16 de enero de 2013, a los fines de la comprobación de los presupuestos numéricos, se computan todos los trabajadores subordinados, teniendo en cuenta la ocupación normal de la empresa; es decir, se computan, entonces, los trabajadores subordinados en servicio en el período de seis meses anteriores a la fecha del despido y no los trabajadores sucesivos existentes después del preaviso⁴³²⁵.

Más detalladamente se excluyen del cómputo los siguientes trabajadores: el cónyuge y los parientes del empresario hasta el segundo grado en línea directa y colateral; los aprendices; los trabajadores suministradores; los trabajadores contratados para ser empleados en trabajos socialmente útiles o de pública utilidad; los trabajadores contratados con contrato de reinserción; los socios de cooperativas y los colaboradores autónomos o parasubordinados; y los trabajadores contratados con la finalidad de cubrir momentáneamente contingencias y excepciones de las exigencias de la empresa⁴³²⁶.

⁴³²³ Artículo 18.8. “*Le disposizioni dei commi dal quarto al settimo si applicano al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, che in ciascuna sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo nel quale ha avuto luogo il licenziamento occupa alle sue dipendenze più di quindici lavoratori o più di cinque se si tratta di imprenditore agricolo, nonché al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, che nell'ambito dello stesso comune occupa più di quindici dipendenti e all'impresa agricola che nel medesimo ambito territoriale occupa più di cinque dipendenti, anche se ciascuna unità produttiva, singolarmente considerata, non raggiunge tali limiti, e in ogni caso al datore di lavoro, imprenditore e non imprenditore, che occupa più di sessanta dipendenti*”.

⁴³²⁴ Artículo 18.9. “*Ai fini del computo del numero dei dipendenti di cui all'ottavo comma si tiene conto dei lavoratori assunti con contratto a tempo indeterminato parziale per la quota di orario effettivamente svolto, tenendo conto, a tale proposito, che il computo delle unità lavorative fa riferimento all'orario previsto dalla contrattazione collettiva del settore. Non si computano il coniuge e i parenti del datore di lavoro entro il secondo grado in linea diretta e in linea collaterale. Il computo dei limiti occupazionali di cui all'ottavo comma non incide su norme o istituti che prevedono agevolazioni finanziarie o creditizie*”.

⁴³²⁵ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 22614, de fecha 3 de septiembre de 2008.

⁴³²⁶ COLOMBO, A., RIPA, A. y VARESI, A.: *Licenziamento. Gestione, procedura e casistica*, cit., p. 164.

Por otro lado, el artículo 18 no será de aplicación cuando el despido afecte al personal directivo⁴³²⁷, se produzca durante el período de prueba, por rescisión *ante tempus* del contrato de trabajo temporal, así como para todos los demás contratos que accedan a un plazo final como los contratos de suministro o trabajos por encargo⁴³²⁸.

6. La tutela real y la tutela obligatoria en el despido ilegítimo

En Italia localizamos dos tipos de tutela frente al despido ilegítimo: tutela real y tutela obligatoria⁴³²⁹. Tutela obligatoria prevista en el artículo 8 de la *legge 604/1966, di 15 luglio, norme sui licenziamenti individuali*, destinada a los empresarios que no superen determinados niveles de empleo en su empresa; y tutela real prevista en el artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori*, aplicable para las empresas que sí sobrepasen dichos umbrales –como acabamos de comentar–.

La tutela real⁴³³⁰ –deducida del artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori*, precepto denominado tiempo atrás por la doctrina como la “*madre de todas las tutelas*”⁴³³¹, ahora rubricado como “*tutela del trabajador en caso de despido ilegítimo*”⁴³³² y antiguamente como “*readmisión en el puesto de trabajo*”⁴³³³ – ordena al empleador, empresario o dueño del negocio a la readmisión del empleado⁴³³⁴. En efecto, la tutela real obliga a la readmisión del trabajador en su puesto de trabajo⁴³³⁵. Pero una vez dictada sentencia de readmisión, el trabajador podrá decidir la resolución del contrato de trabajo, de acuerdo con el párrafo 3 del citado artículo, sustituyendo la readmisión por la indemnización – indemnización igual a la remuneración total de quince mensualidades– lo que podemos denominar tutela de tipo resarcitorio⁴³³⁶. Tutela real que solo recaerá sobre aquellos empresarios que cuenten con más de quince trabajadores en la unidad productiva –cinco

⁴³²⁷ Sobre el despido del personal directivo en España, *vid.* ORTEGA LOZANO, P. G.: “Configuración jurídica de la relación especial del personal de alta dirección: reforma del derecho de sociedades. Efectos de la transmisión de la empresa o del cambio de titularidad en el personal directivo”, en PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L. (Dir.), VALENZUELA GARACH, J. (Coord.) y PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, F. J. (Coord.) *et al.*: *Reformas en Derecho de sociedades*, Madrid, Marcial Pons, 2017, *passim*. ORTEGA LOZANO, P. G. y NAVARRO CONTRERAS, C. C.: “Extinción del contrato de trabajo del personal de alta dirección por voluntad del empresario: Despido disciplinario y cláusulas de blindaje”, en *Economist & Jurist*, núm. 198, 2016, pp. 44 y ss. En relación a la causa justa disciplinaria de la buena fe contractual, *vid.* MORENO VIDA, M^a. N.: “Despido de alto directivo. Derecho al honor y a la propia imagen y transgresión de la buena fe contractual: SJS n^o4 Alicante 15 Marzo 2012 (AS 2012, 216)”, en *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, núm. 4, 2012, pp. 57 y ss.

⁴³²⁸ CARINCI, F., DE LUCA TAMAJO, R., TOSI, P. y TREU, T.: *Diritto del Lavoro: il rapporto di lavoro subordinato*, cit., p. 427.

⁴³²⁹ *Vid.* FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, S.: “La regulación de despido disciplinario en Italia”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al.*: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., pp. 632 y 633.

⁴³³⁰ Para mayor abundamiento, *vid.* NAPOLI, M.: *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, cit., *passim*.

⁴³³¹ CESTER, C.: “Il regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo”, en *Giurisprudenza italiana*, núm. 1, 2014, p. 194.

⁴³³² Tras la reforma del año 2012 pasa a denominarse “*tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo*”.

⁴³³³ CARINCI, F., DE LUCA TAMAJO, R., TOSI, P. y TREU, T.: *Diritto del Lavoro: il rapporto di lavoro subordinato*, cit., p. 380.

⁴³³⁴ *Vid.* GRANDI, M. y PERA, G. (a cura di) *et al.*: *Commentario breve allo Statuto dei lavoratori*, Padova, Cedam, 1985, p. 70.

⁴³³⁵ GALANTINO, L.: “Verso una disciplina unitaria del recesso del datore di lavoro”, en *Rivista di diritto de lavoro*, núm. 1, 1990, p. 171.

⁴³³⁶ MAINARDI, S.: “Prescrizione dei crediti retributivi del lavoratore tra vecchi e nuovi concetti di stabilità del rapporto di lavoro”, en *Giurisprudenza italiana*, cit., p. 886.

trabajadores si son empresarios agrícolas– y siempre sobre aquellos que tengan más de sesenta trabajadores en total.

Pero lo cierto es que tras la reforma laboral italiana del año 2012 podría afirmarse que, al permitir ahora el artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori* la extinción a cambio de una indemnización, la tutela real verdaderamente ha quedado reducida tan solo a supuestos específicos –que ya hemos comentado– donde el empleado es eficazmente readmitido en la empresa que le despidió –por tanto, a nuestro juicio, no todo el artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori* establece la tutela real como antiguamente ocurría; actualmente la tutela real se recoge en los párrafos 1, 4 y 7 del artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori*–. Readmisión consistente en una obligación de hacer que no puede ejecutarse forzosamente necesitando, al respecto, de medidas eficaces de coacción indirecta. Es una actividad no fungible⁴³³⁷, por lo que no puede ser desarrollada por otras personas sino únicamente por el deudor, en este caso, el empresario, donde debe destacarse el carácter personalísimo de la obligación intransferible e intransmisible. En este plano se contraponen el principio de libertad de iniciativa económica –artículo 41 de la Constitución Italiana–⁴³³⁸ y el principio del derecho al desarrollo de la profesionalidad –artículo 4 de la Constitución Italiana⁴³³⁹–; principios entre los que debe buscarse un equilibrio donde parece que el legislador – véase el artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori*– prefiere atribuir prevalencia a la libertad de organización y gestión de empresa⁴³⁴⁰.

Para la tutela obligatoria, debemos remitirnos al artículo 8 de la *legge 604/1966, di 15 luglio, norme sui licenziamenti individuali* –y, a partir de la reforma del año 2012, consideramos que también a determinados preceptos del artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori* (párrafos 5, 6 y 7)–. Cuando no sea aplicable el artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori* por no reunir las condiciones indicadas, se aplicará el artículo 8 de la *legge 604/1966, di 15 luglio*. De acuerdo con el citado precepto⁴³⁴¹, “cuando estemos ante un despido ilegítimo anulable por justa causa o justificado motivo, el empresario tendrá que reasumir –recontratación– al trabajador en el plazo de tres días o, en su defecto, compensarle el daño con una indemnización entre un mínimo de dos con cinco y un máximo de seis mensualidades, teniendo en cuenta el número de trabajadores ocupados, el tamaño de la empresa, la antigüedad del empleado, el comportamiento y las condiciones de las partes. La indemnización podrá aumentarse hasta diez meses de salario para el empleado con antigüedad superior a diez años y hasta catorce meses

⁴³³⁷ Sobre el concepto de fungibilidad, vid. D’ANTONA, M.: *La reintegrazione nel posto di lavoro: art. 18 dello statuto dei lavoratori*, cit., pp. 175 y ss.

⁴³³⁸ “L’iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l’attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali”.

⁴³³⁹ “La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto. Ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un’attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società”.

⁴³⁴⁰ NOGLER, L.: *La regulación de los despidos individuales en la época de equilibrio entre los “principios” constitucionales: estudio a la luz del ordenamiento italiano*, cit., pp. 94 y 95.

⁴³⁴¹ Vid. ZOLI, C.: “La legge n. 183/2010: le novità in materia di licenziamento”, en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, cit., pp. 848 y 849.

*con antigüedad superior a veinte años, si el empresario posee más de quince trabajadores*⁴³⁴².

En efecto, la tutela obligatoria comprende el espacio de las pequeñas empresas y consiste en emplear de nuevo –reasunción o recontractación por parte del empresario– al empleado despedido de manera ilegítima –opción que nunca ocurre por ser decisión del empresario– o, en su defecto, pagar una indemnización por la cantidad mencionada⁴³⁴³. Aquí hay que detenerse en la diferencia entre “*reintegrazione*” y “*riassunzione*”: en efecto la “*riassunzione*” del artículo 8 de la *legge 604/1966, di 15 luglio*⁴³⁴⁴, determina la reconstitución *ex nunc* de la relación de trabajo como oferta del empresario de reiniciar la prestación pero como una nueva relación de trabajo que debe ser aceptada por el empleado según las reglas generales de formación de los contratos⁴³⁴⁵, a diferencia del modelo de “*reintegrazione*” del artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori*, donde se reincorpora el trabajador a la misma relación laboral⁴³⁴⁶. Se desprende como la configuración de la tutela real se ha constituido de forma estructuralmente incompatible con las empresas de dimensión ocupacional pequeña⁴³⁴⁷. El régimen de tutela obligatoria, de acuerdo con el artículo 4 de la *legge 604/1966, di 15 luglio*, se aplicará también en los despidos por empresarios no emprendedores que desarrollan actividad sin ánimo de lucro o actividad de naturaleza política, sindical, cultural, de religión o de culto con independencia del número de trabajadores ocupados –son las denominadas empresas de tendencia–: es decir, aun cuando tengan más de sesenta trabajadores se aplicará la tutela obligacional.

El incumplimiento del trabajador es un hecho que adquiere identidad e importancia solo si se adopta como motivo de despido disciplinario por parte del empresario. La noción de justa causa y justificado motivo son normas generales o cláusulas generales, es decir, individualizadas y definidas realmente por el juez –por tanto, normas incompletas⁴³⁴⁸–, que, en el sentido del artículo 30.3 de la *legge 183/2010, di 4 novembre, Collegato Lavoro*, debería mirar al convenio colectivo: “*en la evaluación de las motivaciones del despido, el juez para examinar la justa causa y el justificado motivo tiene que observar los convenios colectivos de trabajo de los*

⁴³⁴² “*Quando risulti accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giusta causa o giustificato motivo, il datore di lavoro é tenuto a riassumere il prestatore di lavoro entro il termine di tre giorni o, in mancanza, a risarcire il danno versandogli un'indennità di importo compreso tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo al numero dei dipendenti occupati, alle dimensioni dell'impresa, all'anzianità di servizio del prestatore di lavoro, al comportamento e alle condizioni delle parti. La misura massima della predetta indennità può essere maggiorata fino a 10 mensilità per il prestatore di lavoro con anzianità superiore ai dieci anni e fino a 14 mensilità per il prestatore di lavoro con anzianità superiore ai venti anni, se dipendenti da datore di lavoro che occupa più di quindici prestatori di lavoro*”.

⁴³⁴³ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, S.: “La regulación de despido disciplinario en Italia”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) et al: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 632.

⁴³⁴⁴ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 5715, de fecha 23 de septiembre de 1986.

⁴³⁴⁵ DI CERBO, V. y SIMEOLI, D.: “Legge 15 luglio 1966 n. 604. Norme sui licenziamenti individuali”, en AMOROSO, G., DI CERBO, V. y MARESCA, A.: *Diritto del Lavoro. Lo statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 1625.

⁴³⁴⁶ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 2846, de fecha 26 de febrero de 2002.

⁴³⁴⁷ ROMAGNOLI, U.: “Piccole imprese e grandi traumi”, en *Lavoro e Diritto*, núm. 4, 1990, p. 525.

⁴³⁴⁸ ZOLI, C.: “La legge n. 183/2010: le novità in materia di licenziamento”, en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, cit., pp. 834 y 835.

*sindacatos más representativos o en los contratos individuales estipulados*⁴³⁴⁹. Debe tener en cuenta la dimensión y la actividad que se desempeña en la empresa, su situación en el mercado de trabajo, la antigüedad y condiciones del trabajador, así como el comportamiento de las partes antes del despido. Es esta una fórmula que revela la intención del legislador de limitar la discrecionalidad del juez sustentándola en los convenios colectivos⁴³⁵⁰. Una discrecionalidad de facto, no una discrecionalidad integrativa o productiva de la norma; en efecto, el legislador ha valorado el equilibrio de los intereses contrapuestos en juego⁴³⁵¹.

Por tanto, y del término “*reasunción*” utilizado por el legislador italiano, tras la declaración del despido como ilegítimo, el empresario podrá decidir entre reconstruir *ex novo* la relación de trabajo o pagarle al trabajador una indemnización –esta última es la opción más utilizada en la práctica judicial–. En efecto, y de acuerdo con la *Corte Costituzionale*, cuando el empresario no opta por la reincorporación al puesto de trabajo del empleado deberá indemnizarle conforme las instrucciones del artículo 8 de la *legge 604/1966, di 15 luglio*, sin darle mayor importancia a las razones que han motivado el despido⁴³⁵². No obstante, si es el trabajador el que decide no incorporarse al puesto de trabajo podrá exigirle al empresario que le pague la indemnización correspondiente⁴³⁵³. Además de la citada indemnización que extingue la relación laboral, la jurisprudencia ha admitido que el trabajador pueda también percibir una indemnización sustitutiva del preaviso⁴³⁵⁴.

En suma, la readmisión del empleado –tutela real– en el puesto de trabajo en caso de despido disciplinario solo se producirá cuando se cumplan los requisitos referidos a la dimensión de la empresa –artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori*–, a excepción del despido nulo o discriminatorio que siempre ordenará la readmisión al puesto de trabajo independientemente del número de trabajadores. En caso de que no se cumplan con los citados requisitos se aplicará la tutela obligatoria⁴³⁵⁵.

⁴³⁴⁹ “*Nel valutare le motivazioni poste a base del licenziamento, il giudice tiene conto delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi ovvero nei contratti individuali di lavoro ove stipulati con l’assistenza e la consulenza delle commissioni di certificazione di cui al titolo VIII del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni. Nel definire le conseguenze da riconnettere al licenziamento ai sensi dell’ articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni, il giudice tiene egualmente conto di elementi e di parametri fissati dai predetti contratti e comunque considera le dimensioni e le condizioni dell’attività esercitata dal datore di lavoro, la situazione del mercato del lavoro locale, l’anzianità e le condizioni del lavoratore, nonché il comportamento delle parti anche prima del licenziamento*”.

⁴³⁵⁰ CARINCI, F.: “Ripensando il “nuovo” art. 18 dello Statuto dei lavoratori”, en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, cit., p. 493.

⁴³⁵¹ ZOLI, C.: “I licenziamenti per ragioni organizzative: unicità della causale e sindacato giudiziale”, en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, cit., pp. 39 y 40.

⁴³⁵² Sentenza della Corte di Cassazione núm. 44, de fecha 23 de febrero de 1996.

⁴³⁵³ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 2846, de fecha 26 de febrero de 2002.

⁴³⁵⁴ Sentenza della Corte di Cassazione núm. 13732, de fecha 14 de junio de 2006.

⁴³⁵⁵ ALLEVA, P. G.: “L’ambito di applicazione della tutela reale contro i licenziamenti”, en CARINCI, F. y NAPOLI, M. (a cura di) *et al: La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, cit., p. 50.

En definitiva, y dependiendo de la dimensión de la empresa, se aplicará la tutela real o la tutela obligatoria⁴³⁵⁶. Tutela real que pretende la continuidad de la relación laboral y garantizar la readmisión del empleado sobre el presupuesto de la inidoneidad de la rescisión ilegítima para resolver el contrato de trabajo; en cambio, la tutela obligatoria comparte la garantía patrimonial sobre el presupuesto de la idoneidad de la rescisión ilegítima para extinguir el contrato de trabajo⁴³⁵⁷.

Debe destacarse que en Italia, a partir de la *legge 108/1990, di 11 maggio*, el despido libre del artículo 2118 del *Codice Civile* como negocio jurídico unilateral es una excepción⁴³⁵⁸, lo que significa que el despido del empleado debe quedar siempre justificado –en caso contrario la extinción será ilegítima– salvo en contadas ocasiones. En efecto se localiza una categoría de trabajadores excluidos del despido justificado y que, en sustento del artículo 2118 del *Codice Civile*, pueden ser despedidos libremente –despido *ad nutum*⁴³⁵⁹– a saber: a) empleados de hogar y deportistas profesionales; b) trabajadores durante el período de prueba⁴³⁶⁰; c) trabajadores ancianos, es decir, empleados que deciden continuar en su puesto de trabajo aun cuando han alcanzado la edad de jubilación y los requisitos de la correspondiente pensión⁴³⁶¹; d) personal directivo o de alta dirección; y e) aprendices al término del contrato en formación y siempre que medie el plazo de preaviso. En estos casos no se aplica la legislación limitativa del poder de despedir del empresario encontrando total aplicación, al respecto, los artículos 2118 y 2119 del *Codice Civile*.

Por último, debemos hacer especial mención al tratamiento de fin de la relación y que responde a las siglas TFR⁴³⁶². Se trata de una especie de liquidación económica a la que el empleado tiene derecho sea cual sea el motivo de resolución del contrato de trabajo. El mismo no posee carácter indemnizatorio sino que forma parte de la liquidación del vínculo contractual. En efecto, la antigüedad en la empresa del trabajador adquiere especial relevancia al momento de cesación del contrato de trabajo pues dependiendo de la duración de la propia relación laboral, el trabajador tendrá derecho a percibir el correspondiente TFR que equivaldrá –prácticamente– a una mensualidad por cada año de servicio desarrollado.

Al respecto, es la *legge 297/1982, de 29 maggio, disciplina del trattamento di fine rapporto e norme in materia pensionistica*, en relación con el artículo 2120 del *Codice Civile*, la encargada de regular este instrumento de financiación. De acuerdo con esta figura jurídica exclusiva del sistema italiano, el trabajador en cada caso de finalización de la relación laboral, tendrá derecho a una determinada cantidad económica –además de la del despido en caso de que así proceda–. Para su cálculo

⁴³⁵⁶ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, S.: “La regulación de despido disciplinario en Italia”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) et al: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, cit., p. 632.

⁴³⁵⁷ BOZZAO, P.: “I primi passi del Jobs Act: ambizioni, incertezze e difficili equilibri”, en *Federalismi: Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*, cit., pp. 5 y 6.

⁴³⁵⁸ PERA, G.: “Licenziamenti: I”, en AA. VV.: *Enciclopedia giuridica*, Volume XIX Libertà - Memoria, Tomo I Libertà - Luogotenenza, cit., p. 2.

⁴³⁵⁹ VALLEBONA, A.: *Istituzioni di Diritto del Lavoro*, cit., pp. 615 y ss.

⁴³⁶⁰ Vid. NAVILLI, M.: “Il periodo di prova nel pubblico impiego privatizzato e l’obbligo di indicare per iscritto le mansioni da espletare”, en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, núm. 6, 2006, pp. 1763 y ss.

⁴³⁶¹ Vid. CASALE, D.: “Il licenziamento del personale pubblico (dirigente) con quaranta anni di anzianità contributiva ex art. 72 del d.l. n. 112/2008”, en *Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, núm. 6, 2008, pp. 1058 y ss.

⁴³⁶² En derecho italiano es el denominado “*trattamento di fine rapporto*”.

económico establece el artículo 2120 del *Codice Civile* lo siguiente: “*en cada caso de extinción de la relación de trabajo subordinado, el trabajador tiene derecho al tratamiento de fin de la relación. Tal tratamiento se calcula sumando por cada año de servicio una cuota igual y no superior al importe de la retribución debida por el mismo año dividida en 13,5. La cuota es proporcionalmente reducida por la fracción del año, computándose como meses enteros las fracciones de meses iguales o superiores a quince días*”⁴³⁶³.

7. La reforma introducida por el Decreto Legislativo 23/2015, 4 marzo, disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti: la aparición del régimen flexible del despido

A partir del *Decreto Legislativo 23/2015, 4 marzo, disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183*, los problemas de flexibilidad del despido⁴³⁶⁴, sin duda, han aumentado. Este texto introduce en el ordenamiento jurídico un nuevo contrato indefinido de trabajo con tutela creciente en función de la antigüedad, contrato de trabajo que constituye una relación laboral a tiempo indefinido pero que puede resolverse de manera mucho más flexible.

Este tipo de contrato es fruto de la reforma italiana del *Jobs Act*⁴³⁶⁵, pretendiendo constituir un adecuado soporte al trabajador que se le ha cesado en la relación laboral⁴³⁶⁶. Se trata de medidas que se introducen en el interior del más amplio proceso de reforma estructural de Italia con objeto de favorecer, de una parte, una nueva y sostenible recuperación del crecimiento del empleo y, de otra, la salida de la crisis financiera y de los objetivos de equilibrio del presupuesto financiero⁴³⁶⁷.

Este nuevo contrato y su régimen de despido se empezó a aplicar a los contratos celebrados a partir de la vigencia del Decreto Legislativo –7 de marzo de 2015⁴³⁶⁸–, por lo que los contratos indefinidos anteriores a la entrada en vigor del citado texto normativo siguen aplicando la normativa anterior todavía plenamente vigente. En efecto, después del 7 de marzo de 2015, el despido será menos costoso y la sustitución

⁴³⁶³ “*In ogni caso di cessazione del rapporto di lavoro subordinato, il prestatore di lavoro ha diritto ad un trattamento di fine rapporto. Tale trattamento si calcola sommando per ciascun anno di servizio una quota pari e comunque non superiore all'importo della retribuzione dovuta per l'anno stesso divisa per 13,5. La quota è proporzionalmente ridotta per le frazioni di anno, computandosi come mese intero le frazioni di mese uguali o superiori a 15 giorni*”.

⁴³⁶⁴ Para mayor abundamiento, *vid.* LASSANDARI, A.: “L'ordinamento perduto”, en *Lavoro e Diritto*, cit., *passim*.

⁴³⁶⁵ BOZZAO, P.: “Jobs Act o Jobs Aid? Appunti per un'agenda del lavoro in tempo di crisi”, en *Federalismi: Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*, núm. 5, 2014, *passim*.

⁴³⁶⁶ LASSANDARI, A.: “La riforma del lavoro del Governo Renzi ed il sistema di relazioni sindacali”, en *Questione Giustizia*, núm. 3, 2015, pp. 47 y ss. LASSANDARI, A.: “La riforma del lavoro del Governo Renzi: il disegno e la realizzazione”, en *Il Corriere giuridico*, núm. 6, 2015, pp. 745 y ss.

⁴³⁶⁷ Para mayor abundamiento sobre la reforma del *Jobs Act*, *vid.* BOZZAO, P.: “I primi passi del Jobs Act: ambizioni, incertezze e difficili equilibri”, en *Federalismi: Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*, cit., pp. 2 y 3.

⁴³⁶⁸ Para una confrontación entre el régimen aplicable antes y después de la fecha citada, *vid.* CARINCI, F.: “Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (a sensi della bozza del D.Lgs. 24 dicembre 2014)”, en *Il Lavoro nella giurisprudenza*, núm. 2, 2015, pp. 113 a 121. LASSANDARI, A.: “La riforma del lavoro del Governo Renzi ed il sistema di relazioni sindacali”, en *Questione Giustizia*, cit., pp. 47 a 57. LASSANDARI, A.: “La riforma del lavoro del Governo Renzi: il disegno e la realizzazione”, en *Il Corriere giuridico*, cit., pp. 745 a 753.

de los trabajadores más fácil⁴³⁶⁹. Por tanto, la incertidumbre en la práctica judicial aumentará y, con ella, la inseguridad jurídica.

7.1 Consecuencias del despido a partir de la vigencia del *Decreto Legislativo 23/2015, 4 marzo*

a) Despido nulo

De acuerdo con el artículo 2 del *Decreto Legislativo 23/2015, 4 marzo*⁴³⁷⁰, –sus equivalentes se localizan en los artículos 18.1, 18.2 y 18.3 del *Statuto dei Lavoratori*– el juez que declara la nulidad del despido por considerarlo discriminatorio ordenará al empresario la readmisión del trabajador con independencia de la razón formalmente invocada. Igualmente, esta misma declaración de nulidad se aplica también al despido nulo por haber sido ejecutado en forma verbal.

Asimismo, el juez condenará al empresario al resarcimiento por los daños causados al empleado por el despido nulo. Para el resarcimiento, este artículo ha establecido una indemnización por el importe del salario dejado de percibir desde el mismo día del despido hasta el día efectivo de reingreso del trabajador, debiéndose deducir lo que se haya percibido por este tiempo por haber desarrollado otra actividad laboral. En todo caso, el importe de la citada indemnización nunca podrá ser inferior a cinco mensualidades. Además, el empresario será condenado también al ingreso de las cotizaciones correspondientes por este período.

⁴³⁶⁹ BOZZAO, P.: “I primi passi del Jobs Act: ambizioni, incertezze e difficili equilibri”, en *Federalismi: Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*, cit., p. 6.

⁴³⁷⁰ “1. Il giudice, con la pronuncia con la quale dichiara la nullità del licenziamento perché discriminatorio a norma dell'articolo 15 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, ovvero perché riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge, ordina al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, indipendentemente dal motivo formalmente addotto. A seguito dell'ordine di reintegrazione, il rapporto di lavoro si intende risolto quando il lavoratore non abbia ripreso servizio entro trenta giorni dall'invito del datore di lavoro, salvo il caso in cui abbia richiesto l'indennità di cui al comma 3. Il regime di cui al presente articolo si applica anche al licenziamento dichiarato inefficace perché intimato in forma orale. 2. Con la pronuncia di cui al comma 1, il giudice condanna altresì il datore di lavoro al risarcimento del danno subito dal lavoratore per il licenziamento di cui sia stata accertata la nullità e l'inefficacia, stabilendo a tal fine un'indennità commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, corrispondente al período dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto percepito, nel período di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative. In ogni caso la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto. Il datore di lavoro è condannato, altresì, per il medesimo período, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali.

3. Fermo restando il diritto al risarcimento del danno come previsto al comma 2, al lavoratore è data la facoltà di chiedere al datore di lavoro, in sostituzione della reintegrazione nel posto di lavoro, un'indennità pari a quindici mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, la cui richiesta determina la risoluzione del rapporto di lavoro, e che non è assoggettata a contribuzione previdenziale. La richiesta dell'indennità deve essere effettuata entro trenta giorni dalla comunicazione del deposito della pronuncia o dall'invito del datore di lavoro a riprendere servizio, se anteriore alla predetta comunicazione.

4. La disciplina di cui al presente articolo trova applicazione anche nelle ipotesi in cui il giudice accerta il difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68”.

Sin perjuicio de esta última indemnización, el trabajador podrá solicitar la sustitución de la readmisión al puesto de trabajo por una indemnización equivalente a quince mensualidades, sin obligación de cotizar al respecto.

Como puede observarse el régimen del despido nulo del contrato indefinido con tutela creciente es similar al régimen del artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori*.

b) Despido con incumplimiento del motivo subjetivo/objetivo justificado o la justa causa alegada

De acuerdo con el artículo 3.1 del *Decreto Legislativo 23/2015, 4 marzo*⁴³⁷¹, –su equivalencia se localiza en el artículo 18.5 y 18.7 del *Statuto dei Lavoratori*– en aquellos casos en los que se demuestre que no concurren los requisitos del despido por justificado motivo subjetivo u objetivo o por justa causa, el juzgador declarará resuelta la relación laboral a la fecha del despido y condenará al empleador al pago de una indemnización económica, no sujeta a cotizaciones de Seguridad Social, por una cantidad equivalente a dos mensualidades de salario por cada año de servicio, con un mínimo de cuatro mensualidades y un máximo de veinticuatro.

En efecto, se reconoce una especie de “zona franca” para los primeros años de actividad laboral cubierta de una tutela indemnizatoria de medida creciente superada la fase inicial del ingreso en la empresa⁴³⁷².

Como puede observarse, comparando ambos textos normativos, en el Decreto Legislativo se establece una indemnización mínima de dos meses por año de antigüedad, con un mínimo de cuatro mensualidades y un máximo de veinticuatro; y en el *Statuto dei Lavoratori* un mínimo de doce meses y un máximo de veinticuatro mensualidades.

Pero de acuerdo con el artículo 3.2 del *Decreto Legislativo 23/2015, 4 marzo*⁴³⁷³, –su equivalencia se localiza en el artículo 18.4 del *Statuto dei Lavoratori*–

⁴³⁷¹ “1. Salvo quanto disposto dal comma 2, nei casi in cui risulta accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo o per giustificato motivo soggettivo o giusta causa, il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità”.

⁴³⁷² BOZZAO, P.: “Jobs Act o Jobs Aid? Appunti per un'agenda del lavoro in tempo di crisi”, en *Federalismi: Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*, cit., p. 7.

⁴³⁷³ “2. Esclusivamente nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento, il giudice annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto il lavoratore abbia percepito per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire accettando una congrua offerta di lavoro ai sensi dell'articolo 4, comma 1, lettera c), del decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 181, e successive modificazioni. In ogni caso la misura dell'indennità risarcitoria relativa al periodo antecedente alla pronuncia di reintegrazione non può essere superiore a dodici mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto. Il datore di lavoro è condannato, altresì, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del

exclusivamente, en los casos de despido disciplinario por motivo justo subjetivo o justa causa –por tanto, no se aplica a los despidos objetivos– en los que se demuestre en el propio juicio la inexistencia del hecho material atribuido al trabajador –siendo indiferente cualquier evaluación sobre la desproporción del despido–, el juez anulará el despido y condenará al empleador a la readmisión del trabajador en su puesto de trabajo, así como al pago de una indemnización de resarcimiento por importe de los salarios dejados de percibir desde el día del despido hasta la fecha efectiva de reingreso al puesto de trabajo, debiéndose deducir lo que se haya percibido en este tiempo por haber desarrollado otra actividad laboral, así como la cantidad que hubiera podido percibir si hubiera aceptado una adecuada oferta de trabajo. En todo caso el importe de la indemnización de resarcimiento relativo al período anterior a la sentencia de readmisión –es decir, de los ingresos dejados de percibir– no podrá ser superior a doce mensualidades del salario. El empleador será condenado, además, a ingresar las cotizaciones correspondientes a este período de tiempo.

En este caso, también podrá el trabajador solicitar al empleador, en sustitución de la readmisión, una indemnización equivalente a quince mensualidades.

Como puede observarse, el régimen del despido por incumplimiento del motivo subjetivo justificado o la justa causa alegada –reiteramos que no se aplica al despido objetivo⁴³⁷⁴– del contrato indefinido con tutela creciente del Decreto Legislativo es similar al régimen del artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori*.

Lo más llamativo en la comparación entre el Decreto Legislativo y el *Statuto dei Lavoratori*, es la eliminación de la readmisión para los despidos por motivo objetivo justificado –despidos económicos– lo que va a producir un aumento de la utilización de esta forma de despedir: es decir, cuando se aplique este texto normativo, en los despidos objetivos ilegítimos, ya no cabrá la readmisión –como puede ocurrir con el *Statuto dei Lavoratori*– tan solo la indemnización económica. Y la diferencia ya mencionada entre el *Statuto dei Lavoratori* y el Decreto Legislativo cuando no concurren los requisitos del despido –lo que hemos denominado despido anulado–: de doce meses y un máximo de veinticuatro mensualidades del *Statuto dei Lavoratori* se pasa a dos mensualidades por cada año de servicio con un mínimo de cuatro y un máximo de veinticuatro mensualidades. No obstante, en despidos anulables por inexistencia del hecho las consecuencias jurídicas entre ambos textos legislativos son similares –por tanto, en esa perspectiva no ha existido modificación–.

c) Despido con incumplimiento de requisitos formales o de procedimiento

De acuerdo con el artículo 4 del *Decreto Legislativo 23/2015, 4 marzo*⁴³⁷⁵, –su equivalencia se localiza en el artículo 18.6 del *Statuto dei Lavoratori*– en el caso de que

licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione, senza applicazione di sanzioni per omissione contributiva. Al lavoratore è attribuita la facoltà di cui all'articolo 2, comma 3”.

⁴³⁷⁴ Para un estudio interesante sobre garantías formales del despido por circunstancias objetivas, *vid.* GUINDO MORALES, S.: “Despido por circunstancias objetivas: garantías formales y procedimentales (pagaré como instrumento variable para el abono de la indemnización: STS 536/2016, 21 de junio)”, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, cit., pp. 187 y ss.

⁴³⁷⁵ “1. Nell'ipotesi in cui il licenziamento sia intimato con violazione del requisito di motivazione di cui all'articolo 2, comma 2, della legge n. 604 del 1966 o della procedura di cui all'articolo 7 della legge n. 300 del 1970, il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale di importo

el despido se realice incumpliendo los preceptos ya citados y comentados al analizar la extinción del trabajador en referencia al *Statuto dei Lavoratori*, artículos que se refieren a la comunicación y procedimiento del despido, el juez declarará extinguida la relación laboral desde la fecha del despido y condenará al empresario al pago de una indemnización no sujeta a cotizaciones por importe equivalente a una mensualidad por cada año de servicio, con un mínimo de dos meses y un máximo de doce mensualidades, a menos que el juez, a solicitud del trabajador, declare la aplicación en la tutela de los artículos 2 y 3 del presente decreto.

Como puede observarse, confrontando las consecuencias jurídico-económicas de ambos textos normativos, en el Decreto Legislativo se establece una indemnización mínimo de dos meses y un máximo de doce mensualidades, y en el *Statuto dei Lavoratori* un mínimo de seis meses y un máximo de doce mensualidades.

Continuando la comparación con el artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori*, encontramos también dos diferencias más⁴³⁷⁶: una terminológica, ya que no se habla más de ineficacia en referencia a los vicios formales y del procedimiento; otra sustancial, pues no se menciona más el procedimiento conciliador del artículo 7 de la *legge 604/1966, di 15 luglio, norme sui licenziamenti individuali*⁴³⁷⁷.

La desconexión de este nuevo contrato de tutela creciente con el régimen anterior es del todo evidente: este nuevo tipo de contrato está plenamente relacionado con la antigüedad del trabajador en la prestación de servicios –al igual que el ordenamiento jurídico español–, con inmediata y permanente reducción de la tutela real y en mayor consonancia con la tutela obligatoria en los despidos ilegítimos⁴³⁷⁸.

7.2 Conciliación, anulación del despido, pequeñas y medianas empresas, compañías tendenciales o sin ánimo de lucro

De acuerdo con el artículo 6⁴³⁷⁹, en los despidos regulados por el *Decreto Legislativo 23/2015, 4 marzo*, con la finalidad de evitar el proceso judicial y sin

pari a una mensilitàà dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a dodici mensilità, a meno che il giudice, sulla base della domanda del lavoratore, accerti la sussistenza dei presupposti per l'applicazione delle tutele di cui agli articoli 2 e 3 del presente decreto".

⁴³⁷⁶ CARINCI, F.: "Dallo Statuto al Contratto a tutele crescenti: il cambio di paradigma", en *Giurisprudenza italiana*, núm. 3, 2016, p. 784.

⁴³⁷⁷ Sobre el procedimiento conciliador del artículo 7, *vid.* DI CERBO, V. y SIMEOLI, D.: "Legge 15 luglio 1966 n. 604. Norme sui licenziamenti individuali", en AMOROSO, G., DI CERBO, V. y MARESCA, A.: *Diritto del Lavoro. Lo statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*, cit., pp. 1611 y ss.

⁴³⁷⁸ *Vid.* BOZZAO, P.: "I primi passi del Jobs Act: ambizioni, incertezze e difficili equilibri", en *Federalismi: Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*, cit., p. 5.

⁴³⁷⁹ "1. In caso di licenziamento dei lavoratori di cui all'articolo 1, al fine di evitare il giudizio e ferma restando la possibilità per le parti di addivenire a ogni altra modalità di conciliazione prevista dalla legge, il datore di lavoro può offrire al lavoratore, entro i termini di impugnazione stragiudiziale del licenziamento, in una delle sedi di cui all'articolo 2113, quarto comma, del codice civile, e all'articolo 76 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni, un importo che non costituisca reddito imponibile ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche e non è assoggettato a contribuzione previdenziale, di ammontare pari a una mensilità della retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a diciotto mensilità, mediante consegna al lavoratore di un assegno circolare. L'accettazione dell'assegno in tale sede da parte del lavoratore comporta l'estinzione del rapporto alla

perjuicio de las posibilidades de las partes de llegar a otro tipo de acuerdo, el empresario podrá ofrecer al trabajador, antes de la conclusión del plazo para la impugnación extrajudicial del despido, una cantidad económica que no estará sujeta a imposición de renta de las personas físicas, ni a cotizaciones de la Seguridad Social, por importe equivalente a un mes de salario por cada año de servicio, sin que pueda ser inferior a dos meses ni superior a dieciocho mensualidades. La aceptación por el trabajador del cheque ofrecido por el empleador conllevará la extinción de la relación laboral a la fecha de cuando se realizó el despido y la renuncia a la indemnización aunque el trabajador la haya ya solicitado.

Se trata de una modalidad conciliativa que con probabilidad favorecerá el descongestionamiento del sistema judicial, induciendo a muchos trabajadores a renunciar a la larga e incierta acción legal y prefiriendo la correspondiente indemnización inmediata⁴³⁸⁰. Lo anterior teniendo en cuenta los elevados costes, el riesgo de acudir al juzgado y el tiempo de duración que la vía procesal lleva consigo⁴³⁸¹.

Por otro lado, y de acuerdo con el artículo 5 del *Decreto Legislativo 23/2015, 4 marzo*, el empleador tiene la opción de anular el despido dentro de los quince días siguientes a la comunicación por parte del trabajador de la impugnación del mismo. En este caso la relación laboral se entenderá restablecida con derecho a los salarios dejados de percibir con anterioridad a la anulación del despido⁴³⁸².

Por último, de acuerdo con el artículo 9 del *Decreto Legislativo 23/2015, 4 marzo*⁴³⁸³, cuando el empleador no cumpla con los requisitos dimensionales establecidos en los artículos 18.8 y 18.9 del *Statuto dei Lavoratori*, –por tanto, estamos refiriéndonos a las pequeñas y medianas empresas y a las de tendencia o sin ánimo de lucro–, no se aplicará el artículo 3.2 del citado Decreto Legislativo –precepto referido exclusivamente a la readmisión del trabajador en despidos disciplinarios que no hayan demostrado el motivo subjetivo justificado o la justa causa alegada– y las indemnizaciones del artículo 3.1 –incumplimiento del motivo subjetivo/objetivo justificado o la justa causa alegada–, artículo 4.1 –incumplimiento de requisitos formales o de procedimiento– y 6.1 –precepto referido a la conciliación judicial– serán reducidas a la mitad sin que pueda superar, en ningún caso, las seis mensualidades.

data del licenziamento e la rinuncia alla impugnazione del licenziamento anche qualora il lavoratore l'abbia già proposta. Le eventuali ulteriori somme pattuite nella stessa sede conciliativa a chiusura di ogni altra pendenza derivante dal rapporto di lavoro sono soggette al regime fiscale ordinario”.

⁴³⁸⁰ BOZZAO, P.: “I primi passi del Jobs Act: ambizioni, incertezze e difficili equilibri”, en *Federalismi: Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*, cit., pp. 7 y 8.

⁴³⁸¹ LASSANDARI, A.: “La riforma del lavoro del Governo Renzi: il disegno e la realizzazione”, en *il Corriere giuridico*, cit., p. 751. LASSANDARI, A.: “La riforma del lavoro del Governo Renzi ed il sistema di relazioni sindacali”, en *Questione Giustizia*, cit., *passim*.

⁴³⁸² “1. Nell'ipotesi di revoca del licenziamento, purché effettuata entro il termine di quindici giorni dalla comunicazione al datore di lavoro dell'impugnazione del medesimo, il rapporto di lavoro si intende ripristinato senza soluzione di continuità, con diritto del lavoratore alla retribuzione maturata nel periodo precedente alla revoca, e non trovano applicazione i regimi sanzionatori previsti dal presente decreto”.

⁴³⁸³ “1. Ove il datore di lavoro non raggiunga i requisiti dimensionali di cui all'articolo 18, ottavo e nono comma, della legge n. 300 del 1970, non si applica l'articolo 3, comma 2, e l'ammontare delle indennità e dell'importo previsti dall'articolo 3, comma 1, dall'articolo 4, comma 1 e dall'articolo 6, comma 1, è dimezzato e non può in ogni caso superare il limite di sei mensilità. 2. Ai datori di lavoro non imprenditori, che svolgono senza fine di lucro attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione o di culto, si applica la disciplina di cui al presente decreto”.

BALANCE Y PERSPECTIVAS: CONCLUSIONES Y PROPUESTAS *LEGE FERENDA*

1. El despido disciplinario

El despido disciplinario es una modalidad extintiva de carácter individual que interconecta la potestad sancionatoria empresarial con la extinción contractual fundamentada en el principio de causalidad apoyado en un incumplimiento contractual grave de quien presta sus servicios.

Es un negocio jurídico unilateral y extrajudicial, de carácter recepticio, con el que el empresario decide resolver la relación contractual que le vincula jurídicamente con el trabajador. Es un instrumento lícito con el que se pretende tutelar el interés de la empresa tratando de combatir las desobediencias o incumplimientos del trabajador.

En efecto, la resolución disciplinaria es un acto constitutivo por el que el empresario resuelve el contrato de trabajo del empleado extinguiendo las obligaciones a la que quedaban vinculadas las partes sin que tal cesación tenga que ser confirmada por órganos externos.

Por tanto, el despido disciplinario es un acto de autotutela privada. Pero aun cuando se caracteriza por ser un acto unilateral del empresario, el despido está sometido al cumplimiento de específicas condiciones enlazadas con su causa y forma.

2. Desde los orígenes normativos el empresario ha poseído la facultad de despedir ante el incumplimiento del trabajador

La evolución de la regulación del despido es la historia del continuo establecimiento de límites impuestos al poder empresarial de despedir, pero nunca sin suprimir ni negar la existencia de ese natural poder unilateral y a favor del empresario.

Originariamente, el despido se ha sustentado en un acto de autonomía privada del empresario que producía la finalización automática de la relación laboral. Pero conforme se ha ido avanzando en el progreso, emergen deberes causales que terminan por quebrar la configuración inicial para transformar la teoría del exceso de poder del empresario en la teoría de la exigencia de razonabilidad del despido como requisito ineludible para su legitimidad: en otros términos, el despido se transforma de libre a causal.

3. El despido disciplinario como negocio jurídico

La facultad por la que el empresario ejerce el derecho potestativo cuando aplica el despido disciplinario es un verdadero negocio jurídico: el empresario hace uso de un derecho opcional –sancionar o no–.

Si en último lugar el empresario decide desarrollar el negocio jurídico – ejecución del despido disciplinario– extinguirá la relación laboral sin requerir, ni siquiera, la participación del juez.

4. La irrelevancia de una descripción detallada de las causas justas del despido disciplinario y la absoluta relevancia de los tribunales

La técnica disciplinaria del artículo 54 ET integra dos niveles legales. El núcleo central duro que conjuga una causa genérica sustentada en un incumplimiento grave y culpable del trabajador. Fuera del núcleo central se delimita una normativa de concreción y graduación de causas específicas heredadas de la tradición legislativa y transcrita de manera ejemplificativa, en términos genéricos y de total amplitud. Se confirma así la irrelevancia del catálogo de causas justas del artículo 54.2 ET.

Por otro lado la negociación colectiva es importante hasta el punto de que no puede sancionarse con despido aquellas conductas que el convenio colectivo tipifique como faltas graves no sancionables con la máxima de las penas –aunque reúnan las condiciones generales para ello– lo que favorece al trabajador. Sin embargo, si el convenio colectivo considera una acción como falta sancionable con despido y no alcanza la nota de gravedad y culpabilidad exigida por el núcleo duro del precepto no podrá constituirse causa justa disciplinaria por ir en contra de la normativa general.

Este escenario legal donde se mezclan unas características indeterminadas de gravedad y culpabilidad con un listado abierto y genérico de causas de despido, a lo que se le añade una interacción imperfecta entre ley y convenio colectivo, reúne los requisitos necesarios para que las resoluciones judiciales sean el sustento básico de esta figura jurídica: la jurisprudencia se convierte en el único instrumento realmente eficaz para otorgar respuesta jurídica a la cuestión práctica.

5. La naturaleza abierta de las causas justas disciplinarias del artículo 54.2 ET

Carece de trascendencia el debate sobre la relación abierta o cerrada del catálogo de causas justas del despido disciplinario –artículo 54.2 ET–. Lo cierto es que este precepto contiene conductas con amplitud suficiente para acoger todos los comportamientos humanos que conlleven una desobediencia del empleado.

Además la discusión pierde cualquier interés con un análisis detallado de la transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza del artículo 54.2.d) ET. En efecto esta causa justa puede ser utilizada sin demasiado esfuerzo interpretativo para justificar cualquier comportamiento que consista en un incumplimiento grave y culpable del trabajador.

Defendemos –sin creencia de estar equivocados– que esta lista es una mera aproximación enumerativa o ejemplificativa de comportamientos humanos que conllevan –o pueden conllevar– un despido disciplinario.

6. La gravedad y culpabilidad del incumplimiento contractual del trabajador de acuerdo con el ordenamiento laboral español

Para iniciar la valoración de un despido disciplinario ha de existir un incumplimiento contractual laboral. A su vez esta desobediencia debe reunir las notas de gravedad –grado en el que el trabajador quebranta una obligación laboral y repercusión de la misma– y culpabilidad –recriminación de la infracción–. Se trata de

dos juicios jurídicos independientes pero que deben concurrir conjuntamente para constituir un despido disciplinario: juicio de gravedad y juicio de culpabilidad.

La ponderación de la gravedad radica, básicamente, en la intensidad de la lesión producida. La ponderación de la culpabilidad exige imputabilidad de la conducta del trabajador –aunque no sea en concepto de autoría *stricto sensu*–. Para que su culpabilidad se sancione con la máxima sanción disciplinaria se requiere que el empleado intervenga de manera consciente y voluntaria: en otros términos, que exista dolo o imprudencia –negligencia o falta de celeridad de la debida atención y cuidado en el cumplimiento de las obligaciones– que pueda afectar al elemento espiritual del contrato de trabajo.

Gravedad y culpabilidad son formalidades de exigencia acumulativa que han de ponderar todos sus aspectos, objetivos –gravedad– y subjetivos –culpabilidad–, teniendo presente los antecedentes y las circunstancias coetáneas. En su análisis no ha de olvidarse de la aplicación de la doctrina gradualista o de la proporcionalidad entre el hecho, la persona y la sanción –lo que permite la admisión de grados–.

Al final cualquier comportamiento del trabajador que posea cierta intensidad en la lesión producida y plena conciencia de que su conducta afecta al elemento espiritual del contrato o, en su defecto, grave imprudencia, fácilmente podrá sustentar un despido disciplinario del trabajador.

7. La razonabilidad en la elección de la medida sancionatoria a imponer por el empresario

La decisión del empresario de sancionar al trabajador será razonable – racionalidad de los fines– si el instrumento utilizado –el despido disciplinario– alcanza el interés perseguido –sancionar el incumplimiento contractual grave y culpable del trabajador–. ¿Y qué es lo razonable? Es aquello que se considera justo o conforme a la razón.

Ocurre que en escenarios donde exista margen de elección por diferentes alternativas, es común que también se localicen tentativas reales de un uso arbitrario e irregular de las mismas: la sanción de despedir a un trabajador es un instrumento poderoso y pretencioso para quién ha de castigar el incumplimiento o la desobediencia, lo que, inevitablemente, termina provocando mayor inseguridad jurídica en el propio instrumento extintivo disciplinario.

Inseguridad jurídica que se alza, normalmente, en situaciones en las que existe una clausula general con cierto grado de indeterminación, lo que termina facilitando la aparición de intereses particulares en quién posee la facultad de decidir la sanción.

8. El problema de la razonabilidad: el margen de discrecionalidad inherente a la valoración interpretativa de la norma

En la valoración judicial de los conceptos jurídicos indeterminados, el juez deberá realizar un análisis comparativo sustentado en criterios objetivos-normativos –no subjetivos– que justifiquen el interés de prevalencia en el caso concreto. Solo se exige un juicio adecuado de razonabilidad: es decir, una resolución fundada en derecho –aun

cuando posea elementos de discrecionalidad– que respete los hechos y el precepto aplicable al caso concreto.

Por este motivo es habitual que la norma sea completada, en su justificación, con valoraciones que superan el estricto plano de lo jurídico –reglas metajurídicas– ocasionando mayor desconfianza en los sujetos afectados –trabajador y empresario–: no obstante, está permitido, pues la propia norma admite discrecionalidad en la interpretación jurídica.

La práctica nos muestra como las situaciones expuestas a valoración judicial son resueltas de manera diferente en función del momento o de las circunstancias existentes. El sentido jurisprudencial, actualmente, posee tintes culturales industrializados y mercantilizados respecto a la relación de trabajo, escenario al que acompañan las reformas laborales y los textos normativos europeos.

9. La mercantilización del trabajo

Se plantea un cambio estructural del sistema sustentado en la idea de potenciar la seguridad en el empleo, disminuir el desempleo y simplificar el mercado de trabajo a costa de la reducción de los derechos sociales fundamentales inherentes al constitucionalismo democrático social.

Este cambio de modelo disminuye la garantía de estabilidad en el empleo, los costes del despido y la tutela de los trabajadores, aceptándose una mayor mercantilización en la esfera del trabajo. Es así que, inevitablemente, entra en conflicto la lógica socio-laboral y la lógica económica.

10. La proporcionalidad y compatibilidad del Derecho del Trabajo y del Derecho Social al trabajo

El Derecho del Trabajo y el Derecho Social poseen carácter complementario sin que deba existir automática exclusión o sustitución en su utilización. Además, en un contexto de depresión económica, lo conveniente es proteger al trabajador frente aquellas injerencias caprichosas del empresario que decide despedir injustificadamente.

En efecto, preferimos apostar por un sistema dónde ambos elementos no son excluyentes entre sí. Por tanto, *de lege ferenda*, también sería positivo en situaciones de recesión económica, aumentar la protección de Seguridad Social y sus mecanismos compensatorios, sin disminuir las tutelas de los trabajadores en despidos ilícitos.

Cualquier transformación o modificación normativa debería tener en cuenta que las garantías legales laborales y las garantías legales del sistema de Seguridad Social, no son sustitutivas las unas de las otras, por lo que aumentar la garantía laboral no significa que deba disminuirse la garantía social; ni viceversa. Ambas pueden aumentarse de manera proporcional.

11. La lógica económica y la lógica jurídica

La categoría de eficiencia se ha introducido en las ideologías constructivas o destructivas del Derecho Laboral. Al respecto debe evitarse el reemplazo de términos

jurídicos o proteccionistas del derecho por términos de eficiencia o de rendimiento – sustentados en expresiones de rentabilidad o productividad–.

Pero contemplar la cultura industrial de la eficiencia económica como “archienemiga” de las instituciones jurídico-laborales sería un error insalvable por parte de la doctrina, del ordenamiento jurídico y también del legislador.

Creemos que tanto el modelo de la eficiencia como el modelo de la tutela y protección de los trabajadores pueden y deben ser compatibles con el cometido del Derecho del Trabajo. Es más: debe ser el objetivo primordial para un correcto y mejor desarrollo económico, laboral y del mercado.

El objetivo no debe centrarse en la imposición del valor social de la tutela de los trabajadores –en detrimento de la racionalidad económica– o del valor eficiente de la economía y del rendimiento de la productividad o progreso del mercado –en perjuicio de la racionalidad social–.

Los citados valores deben desarrollarse conjuntamente pues no son excluyentes entre sí: las normas legales actuales deben desenvolverse y constituirse bajo la impregnación de términos y valores económicos y eficientes, pero también bajo términos y valores sociales y protectores de las condiciones laborales.

Sostenemos que es posible –y nada arriesgado– construir un gobierno democrático de la economía sobre la base de un conjunto de derechos fundamentales sociales de eficacia real. Por tanto, es posible reconocer de manera simultánea, no solo el garantismo económico, también el garantismo legal laboral y el garantismo legal de Seguridad Social –sin carácter excluyente ni sustitutivo–.

De todos modos seamos conscientes de que no existe una completa teoría perfecta que solucione todas las problemáticas reales. Eso sí, una construcción cercana a un sistema extintivo correcto estaría sustentado en un modelo que, otorgando libertad a la empresa para despedir pero sometida a controles externos con los que imposibilitar decisiones arbitrarias o abusivas, efectúe el despido abonando adecuadas indemnizaciones al empleado despedido que sufre las consecuencias de la extinción; sistema necesariamente vinculado a eficientes políticas de empleo y de protección social con efectividad real para apaciguar la duración del período de desocupación del trabajador, asimismo, manteniendo unos niveles de ingresos mínimos y dignos del hombre –es aquí donde se exterioriza la máxima expresión de deficiencia del modelo legal actual–.

12. La construcción teórico-normativa del despido disciplinario en España

El atractivo del artículo 54 ET radica en albergar –como elemento clave– el principio de causalidad, lo que le convierte en máximo exponente del derecho al trabajo reconocido constitucionalmente desterrando –teóricamente– el despido *ad nutum* en provecho de lo ha de conocerse como despido *ad causam*.

Para la procedencia del despido deben reunirse las condiciones que exige el principio de culpabilidad –apartado 1 de artículo 54 ET–; y también, el principio de gravedad –afincado igualmente en el citado apartado–. Ambos principios obligan a un

meticuloso análisis de las circunstancias concurrentes. Todo lo anterior hace especialmente complicado –y nada aconsejable– poder generalizar cualquier teoría en materia de despido, en concreto, en el disciplinario.

Además, ninguna de las conductas ejemplificativas y genéricas establecidas en el artículo 54.2 ET opera automáticamente como causa justa de extinción del contrato de trabajo. Cada una de las conductas deberá ser analizada individualmente en el momento en que se ha producido con los efectos y consecuencias que ha ocasionado debiendo siempre de reunir, de manera conjunta, el juicio de gravedad y el juicio de culpabilidad.

13. Faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo

La primera de las causas justas de despido disciplinario se refiere a “*las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo*”. El elemento característico se encuentra en la omisión del trabajador en su puesto de trabajo, ausencia que en la falta de asistencia es completa –omisión absoluta durante la jornada diaria– mientras que en el caso de la impuntualidad es parcial –omisión en algún momento de la jornada–. En efecto, ambas causas transgreden la principal responsabilidad del empleado –asistencia en el trabajo– lo que implica la no prestación del servicio.

La distinción entre inasistencia e impuntualidad radica en la gravedad: creemos más grave la ausencia total al puesto de trabajo –inasistencia– que la ausencia parcial –impuntualidad–. Por este motivo, la inasistencia o ausencia total suele valorarse en lapsos temporales cortos –semana, quincena o mes– mientras que la impuntualidad o ausencia parcial tiene en consideración períodos de tiempo más prolongados –tres meses, seis meses o un año–.

Para la pormenorización del cómputo del período de tiempo, el convenio colectivo se erige en instrumento fundamental y sustentador de la cantidad necesaria de las faltas de asistencia y puntualidad. Pero no nos engañemos: exista o no previsión de la reiteración necesaria de las faltas de asistencia o puntualidad en convenio colectivo lo cierto es que –al final– serán criterios de razonabilidad los que aplicará el juzgador dentro de su propia discrecionalidad.

En todo caso las faltas habrán de ser repetidas –elemento de valoración de la gravedad– e injustificadas –elemento de valoración de la culpabilidad– donde se analizarán las circunstancias específicas del quebrantamiento acaecido.

La repetición de las faltas se convierte en exponente máximo de la gravedad del incumplimiento: atendiendo al principio de proporcionalidad se declarará no legítimo el despido fundamentado en una sola falta de asistencia –lo que no confirma la automaticidad del despido cuando acontezcan dos o más faltas–.

Igualmente los incumplimientos laborales deben ser culpables. Si la inasistencia del trabajador o su impuntualidad se encuentran justificadas no existe incumplimiento laboral.

14. Indisciplina o desobediencia en el trabajo

La segunda de las causas justas de despido disciplinario se refiere a “*a la indisciplina o desobediencia en el trabajo*”. Son términos diferentes que definen un mismo incumplimiento contractual. La desobediencia se refiere al incumplimiento de acatar las órdenes o instrucciones regulares del empresario o superior jerárquico. La indisciplina –de mayor amplitud que la desobediencia– se refiere al incumplimiento del propio contenido de las obligaciones y responsabilidades del puesto de trabajo y normas laborales sin que se requiera oposición expresa a una concreta orden –en donde, a nuestro juicio, se incluye la propia desobediencia–.

La indisciplina o desobediencia sancionable con despido disciplinario requiere de una triple exigencia legal: gravedad, culpabilidad e injustificación.

La gravedad de la conducta del empleado se manifiesta por su voluntad de desobedecer las órdenes empresariales lo que se agrava en caso de reiteración por el trabajador o por la existencia de importantes perjuicios para la empresa.

En la valoración de la culpabilidad los tribunales tienen en cuenta criterios subjetivos –de índole psíquica o psicológica lo que hace que corresponda al trabajador la carga de su prueba– así como elementos objetivos –fuerza mayor o caso fortuito– que pueden excluir o disminuir total o parcialmente la responsabilidad del empleado.

Pero para poder sustentar este incumplimiento –además de la gravedad y la culpabilidad– se exige también falta de justificación de la resistencia a la orden empresarial regular. Los tribunales judiciales continúan aplicando la tradicional doctrina denominada *solve et repete* consistente en obedecer primero y reclamar después. El objetivo de este principio consiste en combatir que el trabajador no pueda instituirse como definidor de sus obligaciones.

En la actualidad es admisible el *ius resistentiae* como mecanismo delimitador del ejercicio abusivo de las facultades directivas del empleador: por tanto, el deber de obediencia que posee el empleado finaliza allí donde la orden abandona el marco de legalidad.

15. Ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos

La tercera de las causas justas de despido disciplinario se refiere a “*las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos*”. Las ofensas que sean consumadas de palabra –verbales– o mediante violencia en el cuerpo –físicas– atentan al sujeto ofendido en su derecho a la vida o al honor, integridad física, integridad moral o libertad y seguridad. Derechos fundamentales reconocidos en el texto constitucional español y plenamente vinculados con el derecho a la dignidad de la persona.

Las ofensas físicas normalmente se estiman graves por sus propias características por lo que, salvo que concurra causa justificativa, el despido será declarado procedente. Sin embargo, la valoración de las ofensas verbales resulta más complejo siendo conscientes de que la reiteración e insistencia de las ofensas incrementa la gravedad de la conducta.

Pero para justificar el despido disciplinario la ofensa también debe ser culpable. Para una adecuada valoración de la culpabilidad ha de apreciarse la imputación de la acción ofensiva al trabajador además de tener en cuenta su estado subjetivo en el momento del incumplimiento laboral –pérdida o merma del dominio, provocación previa y trastornos o desordenes psíquicos–.

Al final la valoración de la gravedad y culpabilidad se deberá realizar caso por caso, teniendo muy presente el contexto en el que se desarrollan las ofensas, las circunstancias atenuantes y agravantes, el *animus injuriandi* y, sobre todo, la propia interpretación subjetiva del juzgador; sin olvidar, obviamente, la doctrina gradualista que busca el correcto equilibrio entre la infracción y la sanción.

De todos modos, aquellas ofensas vinculadas –de alguna manera– con la actividad laboral habrán de entenderse comprendidas en el apartado c), y, en su defecto, por su amplitud y atracción es viable introducir dicha falta por la vía del apartado d) del artículo 54.2 ET.

16. Transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo

La cuarta de las causas justas de despido disciplinario se refiere a “*la transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo*”. Aunque el precepto por su lectura textual parece referirse a dos causas distintas la realidad es que nos encontramos ante un único fundamento.

A la buena fe se le considera un estándar jurídico que pretende acomodar las conductas a los imperativos éticos –confianza ética– y profesionales –confianza técnica– que la conciencia social exige lo que le ha permitido convertirse en principio general y necesario del ordenamiento jurídico español.

Pero el principio de buena fe completa el contenido del negocio más allá de las concretas previsiones que realizan las partes e incluso de lo que puede disponer la norma que lo regula: en efecto, transita más allá de las implicaciones contractuales pactadas. La buena fe es un concepto abierto al mundo de las valoraciones sociales. Su existencia ha buscado la incorporación al ordenamiento jurídico de un factor de flexibilización capaz de adaptar la norma a las nuevas circunstancias y valores de la sociedad.

En esta causa justa de despido no existe línea jurisprudencial nítida que examine la gravedad y culpabilidad del trabajador; todo lo contrario pues son más bien turbias. Existen resoluciones jurisprudenciales que aplican la doctrina gradualista analizando la conducta grave del empleado después de valorar las circunstancias concurrentes; pero también se localizan resoluciones judiciales que no admiten la existencia de grados sino que directamente consideran que se ha incumplido la buena fe contractual. Tampoco existe criterio uniforme en la valoración de la culpabilidad del infractor quebrantándose este precepto cuando la conducta del empleado se realiza dolosa o culpablemente y con plena conciencia; sin embargo, también puede infringirse con simples comportamientos que podrían catalogarse de imprudentes o negligentes. Insistimos: no hay nada claro ni determinado.

Creemos que el enjuiciamiento del despido debe abordarse de forma gradualista –no de manera objetiva o automática– buscándose el equilibrio pertinente entre la infracción del empleado –conducta del trabajador en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales– y la sanción del empleador, obviamente, aplicando un criterio individualizador que valore las peculiaridades y realidades de cada caso concreto.

Al final las sentencias suscitan la impresión de que los tribunales operan con grandes dosis de flexibilidad y casuismo: en efecto, los tribunales actúan sin criterio normativo definido y a veces sin criterio jurisprudencial –o mejor dicho, con muchos criterios jurisprudenciales– lo que acaba derivando en actuaciones judiciales subjetivas y no sujetas a estándares objetivados.

La consecuencia lógica de esta heterogeneidad jurisprudencial –la cual consideramos prácticamente inevitable no solo por la lógica amplitud de los contenidos del precepto sino de la realidad laboral en sí y por la influencia del subjetivismo epistemológico del juzgador– no es otra que una manifiesta sensación de inseguridad jurídica.

17. Disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado

La quinta de las causas justas de despido disciplinario se refiere a “*la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado*”. De forma ordenada y durante un período de tiempo prudente se ha de observar al empleado para evaluar si su actividad es desarrollada con el rendimiento apropiado a como lo venía haciendo con carácter ordinario.

La puesta en práctica de esta justa causa de despido aparece circunscrita por la dominante interpretación jurisprudencial que acaba exigiendo –para la procedencia del despido– una prueba de datos cuantitativos acerca del rendimiento que se cuestiona. Sin embargo, no defendemos las voces que establecen que la aplicación de esta causa de despido solo podrá contemplarse cuando la actividad desarrollada por el trabajador sea susceptible de cuantificación –y no de cualificación–. Creemos que cualquiera que sea la actividad su realización se traducirá en un concreto resultado que en función del mismo podrá –o no– proyectar un despido procedente. No obstante, somos conscientes de que la tendencia doctrinal y jurisprudencial consiste en derivar este incumplimiento a otro tipo de causas justas cuando la productividad del trabajador sea de difícil cuantificación.

Además de las exigencias generales de gravedad y culpabilidad se exige que la disminución sea considerable, continuada y voluntaria.

No existe una regla general que determine un porcentaje exacto para estimar el descenso del rendimiento considerable. De las sentencias de los tribunales españoles podemos extraer cierto criterio orientativo: las disminuciones del rendimiento en el trabajo inferiores al 10 por ciento –calculado sobre un rendimiento medio– no suelen congregarse los requisitos necesarios de la gravedad exigida; pero cuando la disminución del rendimiento rebasa un 20 por ciento, sí se reúnen las condiciones necesarias para

otorgar a esta minoración gravedad suficiente. Entre el limbo del 10 al 20 por ciento es la jurisprudencia quién deberá resolver a su libre arbitrio.

La continuidad revela la gravedad del incumplimiento debiéndose mantener por un período razonable de tiempo. La casuística jurisprudencial termina siendo muy variada admitiéndose períodos de tiempo que van desde unos pocos días a meses quedando –una vez más– al arbitrio judicial. En suma la continuidad en la disminución ha de producirse durante un período de tiempo suficiente que desvele que no es temporal u ocasional.

La voluntariedad revela la culpabilidad del incumplimiento. En ausencia de voluntariedad estaríamos ante un supuesto de ineptitud –por tanto, no de despido disciplinario sino de despido por circunstancias objetivas–. Los incumplimientos voluntarios son aquellos que se producen de manera consciente siendo posible un aumento del rendimiento de trabajo si el empleado lo pretendiera. Que la disminución del rendimiento deba imputarse a la conducta voluntaria del trabajador no significa que se exija dolo o ánimo de dañar: incurre también en esta causa de despido disciplinario quien actúa con falta de celo en el desempeño de sus ocupaciones.

De nuevo, la jurisprudencia que se localiza en esta causa de despido es demasiado variada. La consecuencia lógica de esta diversidad jurisprudencial nos hace continuar afirmando la existencia de elevados niveles de inseguridad jurídica. Al final son los propios tribunales quienes a su arbitrio decidirán jurídicamente sobre la licitud o no del despido disciplinario.

18. Embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo

La sexta de las causas justas de despido disciplinario se refiere a “*la embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo*”. Nótese que la redacción normativa impone las condiciones de la habitualidad y repercusión negativa en el trabajo en relación con las condiciones genéricas del artículo 54.1 ET –aunque somos conscientes de la posterior indeterminación de los elementos requeridos–.

Lo sancionado no es consumir alcohol de forma habitual sino la embriaguez habitual –turbación pasajera de las potencias–. Pero la habitualidad no suele exigirse en supuestos en los que el trabajador desarrolla ocupaciones que pueden implicar daño a terceras personas.

La toxicomanía consiste en el hábito patológico de intoxicarse con sustancias que procuran sensaciones que suprimen el dolor. La toxicomanía presupone la habitualidad. Pero conviene tener en cuenta que existen resoluciones judiciales en las que el mero hecho de provocar una situación de peligro en el trabajo puede ser causa justa de despido disciplinario aun cuando el empleado no fuera toxicómano.

La repercusión negativa es el elemento decisivo de esta causa justa de despido, pues ni la embriaguez habitual ni la toxicomanía del trabajador son conductas que, por sí mismas, justifiquen el despido. Puede darse la situación de que la embriaguez, aun siendo habitual, no repercuta negativamente en el trabajo, lo que no supondría la extinción del contrato. Por el contrario, puede darse la circunstancia de una embriaguez

no habitual cuyas repercusiones en el trabajo sean tan negativas que justifique el despido. En el caso de la toxicomanía el reproche de gravedad se localiza en el consumo habitual de droga más que en episodios habituales de pérdida de control o deterioro de ciertas facultades –pues el propio consumo conlleva automáticamente el menoscabo de las capacidades–.

En la valoración de la culpabilidad se localiza una dificultad añadida: si el incumplimiento del trabajador deviene por una conducta patológica que denota enfermedad desde una perspectiva jurídica resultará bastante complicado imputar a un enfermo. Pero la realidad judicial es diferente: los jueces consideran que el origen patológico de la conducta sancionable es ajeno a la norma legal y a la jurisprudencia justificando el despido disciplinario por repercutir negativamente en el trabajo. Esta línea jurisprudencial termina justificando la culpabilidad del trabajador en la quiebra voluntaria del interés para superar la patología.

Posicionamiento que defendemos porque creemos que se genera una situación que no debe ser soportada por el empresario ni por el resto de compañeros de trabajo. No obstante, lo cierto es que en situaciones de patologías y enfermedades debieran actuar las prestaciones sociales.

No obstante, son usuales las ocasiones en las que el empresario prefiere fundamentar el despido en otra causa disciplinaria por motivos variados: por la dificultad de demostrar la habitualidad o la repercusión negativa exigida por el precepto, por la indeterminación, ambigüedad e imprecisión de los propios elementos exigidos, por el nexo causal entre la acción y la repercusión negativa o por la disociación con los términos de voluntariedad y culpabilidad.

19. Acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa

La séptima de las causas justas de despido disciplinario se refiere al “*acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa*”.

Del análisis del apartado g) se revela su innecesariedad por no añadir nada nuevo al artículo 54.2 ET: esta causa sería fácilmente reconducible a otros apartados del propio precepto lo que a efectos prácticos no varía para nada su redacción.

Jurídicamente esta causa es también defectuosa por no establecer todo aquello que debiera. En primer lugar, es evidente que cualquier acoso que se haya ocasionado en el ámbito laboral y realizado por un trabajador es justa causa de despido, aun cuando el sujeto pasivo no sea estrictamente el empresario o las personas que trabajan en la empresa. Por tanto, la redacción es desacertada al mencionarse explícitamente a los sujetos pasivos a los que se les puede acosar entre los que no se incluye a los clientes, usuarios o familiares de trabajadores –lo que no permitirá despedir disciplinariamente por esta causa (sí por otra causa justa) al trabajador que proyecta el acoso sobre ellos, exteriorizándose otro síntoma más de su innecesariedad–.

En segundo lugar, el hostigamiento que se tipifica literalmente en este apartado es el acoso basado en el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual. Sin embargo, para una mejor redacción debiera haberse incorporado alguna cláusula de cierre que dispusiera: “y cualquier otro tipo de acoso no expresado en este precepto”.

20. Inseguridad jurídica de las causas justas del despido disciplinario reguladas expresamente por el ordenamiento jurídico español

Las siete causas justas disciplinarias citadas en el artículo 54.2 ET poseen una característica común: la inseguridad jurídica. Todo lo mencionado hace especialmente complicado constituir y universalizar una teoría precisa en materia de despido disciplinario.

En lo que atañe a las causas de extinción es posible destacar elementos comunes –el análisis de la gravedad y de la culpabilidad– pero es evidente que cada caso concreto, incluso al comparar una misma justa causa de despido, a pesar de sus semejanzas y analogías, indudablemente va a poseer unas específicas circunstancias que lo hará singular, especial y diferente, lo que terminará impidiendo cualquier similitud o equivalencia en los hechos o conductas a valorar judicialmente: en efecto, cada situación apreciada y valorada por los tribunales será distinta a cualquier otra aunque se fundamente en un mismo apartado del despido disciplinario.

Al final la legitimidad o no del despido del trabajador será solventada por criterios de razonabilidad dentro de la propia discrecionalidad que el ordenamiento jurídico otorga al juez. La valoración y el análisis judicial deberán realizarse caso por caso, individualmente considerado, teniendo muy presente el contexto en el que el incumplimiento despliega sus consecuencias y las circunstancias atenuantes y agravantes de la misma. En efecto, el resultado va a depender de las específicas circunstancias del caso y –en parte– del propio subjetivismo del juzgador: se limita la validez de la causa al sujeto que conoce y juzga de acuerdo a su entendimiento o conocimientos y en consideración a su realidad específica.

Estas conclusiones nos hacen recomendar –por su vital importancia– una buena defensa jurídica y procesal del letrado con una impecable redacción, descripción y prueba de los hechos que se aleguen en el proceso.

21. La buena fe contractual como única causa justa de despido disciplinario

Estimamos que todas las causas de despido disciplinario pueden reconducirse a una única causa justa que por su inmensa amplitud puede dar respuesta jurídica de mayor calidad a todos los casos que pudieran acaecer en una relación laboral: nos referimos a la buena fe contractual.

La buena fe contractual del trabajador, en plena conexión con la valoración de la gravedad y la culpabilidad del empleado, permite una necesaria racionalización de la regulación normativa del despido disciplinario evitando así su desgaste excesivo.

Lo cierto es que cada causa extintiva disciplinaria, sin interpretación judicial ni necesario esfuerzo teórico, puede quedar justificada en la amplia y legítima buena fe,

sustento y base fundamental del ordenamiento jurídico español y de la conciencia social. Atiéndase a los supuestos donde existe excesiva complejidad o ausencia de apreciación específica de cualquier descripción típica disciplinaria: en efecto, hemos visto y comprobado –a lo largo de esta investigación– como es habitual que el despido termine siendo justificado por la buena fe contractual y no por la causa concreta que lo regula.

Esta causa justa de despido cubre con total amplitud las insuficiencias y deficiencias del resto de fundamentos que se encuentran absolutamente encorsetados al desarrollo de un determinado comportamiento estricto.

La transgresión de la buena fe contractual se ha convertido en un prototipo perfectamente elástico y adaptable, susceptible de acoger, en la práctica, cualquier comportamiento que vulnere el interés de la empresa o atente contra sus propias normas.

Además, se valora y enjuicia la actuación del trabajador-ser humano que por definición es irracional, lo que hace prácticamente imposible –y nada recomendado– establecer una lista o teoría general definitiva donde puedan aparecer todas las desobediencias posibles.

Y como es imposible regular todas las causas definitivas del despido disciplinario o incumplimiento contractual del trabajador, unido al hecho de que no creemos adecuado regular solo unos supuestos específicos excluyéndose otros –lo que de por sí ya crea confusión y encorseta la justificación y fundamentación del incumplimiento a unas determinadas características y requisitos de la propia causa de despido– estimamos conveniente la constitución de un nuevo precepto disciplinario –con más razón cuando la mayoría de los despidos terminan fundamentándose o pueden fácilmente justificarse en una sola causa– en el que, junto al incumplimiento contractual grave y culpable del trabajador –en base a criterios restrictivos y reales de la gravedad y culpabilidad del mismo– y haciendo mención expresa al propio principio de proporcionalidad, toda causa justa disciplinaria sea sustentada en la buena fe contractual y, a partir de aquí, razonar en cada resolución jurisdiccional –individualmente considerada– la actuación del empleado, entre las que se incluye, por supuesto, las actuales causas enumeradas en el artículo 54.2 ET –como mera lista ejemplificativa– que, sin embargo, nosotros retiraríamos de la propia normativa para su exclusiva regulación por negociación colectiva –al considerarla más eficaz por ser texto particular para un ámbito laboral concreto–. Creemos que es un modo adecuado de eliminar rigideces integrando, al mismo tiempo, elementos suficientes de seguridad jurídica y económica.

Con esta propuesta no pretendemos descausalizar el despido disciplinario solo perseguimos que el despido sea utilizado cuando la relación recíproca de confianza entre trabajador y empresario quede verdaderamente deteriorada.

No concebimos que con esta propuesta la indeterminación conceptual crezca o aumente sino todo lo contrario: de esta forma, aunque somos conscientes de la generalidad del propio concepto de buena fe, la indeterminación –al menos legislativa– en el despido se verá reducida –aun cuando por la amplitud de las situaciones laborales reales es prácticamente imposible– pues si existe un incumplimiento contractual grave y culpable que atente al deber básico de buena fe y con la pertinente fundamentación

judicial del caso analizado particularmente por el juzgador, no pudiendo ya el juez, simplemente, encorsetarse a la causa justa estipulada al desregularse la misma, consecuentemente, al operador jurídico se le exigiría una profunda y desarrollada argumentación de las características que conformarían, en este caso, la causa justa única y general del despido disciplinario: incumplimiento, grave y culpable, que atente a la buena fe contractual.

De esta forma, a nuestro juicio, se crearía mayor seguridad jurídica al tener que evaluarse, en todos los despidos disciplinarios, los mismos elementos pero caso por caso, individualmente analizado, sin encorsetarse a unas determinadas causas justas, permitiéndose elegir al juzgador una sanción disciplinaria proporcional a la acción cometida o realizada por el trabajador –principio de proporcionalidad–, debiendo declararse el despido procedente o legítimo cuando se reúnan esas características disciplinarias que habrán tenido que ser analizadas profusamente por el juzgador.

No obstante, como cortafuegos o límites bloqueadores hacia un uso indebido del despido disciplinario, esta propuesta solo tiene sentido si se enlaza con la propuesta *lege ferenda* de las consecuencias jurídicas del despido ilegítimo que detallamos posteriormente: de esta manera, concebimos que la extinción disciplinaria solo será utilizada –salvo irresponsabilidad o insensatez del empresario– cuando a los actos del trabajador verdaderamente les deba recaer la aplicación del rigor disciplinario.

Y decimos salvo irresponsabilidad o insensatez del empleador porque defendemos una mayor severidad y rigor para el empresario que pretende “corromper” la figura jurídica de la extinción disciplinaria al utilizarla para cualquier mínimo incumplimiento del empleado o solo cuando pretenda la improcedencia del despido disciplinario –despido libre indemnizado– con objeto de liberarse del trabajador con una indemnización económica.

22. Los límites de las formalidades procesales en el procedimiento extintivo disciplinario

El ordenamiento jurídico laboral establece límites a la manifestación del poder disciplinario del empresario con un elenco de requisitos formales impuestos por la propia normativa y por los convenios colectivos aplicables.

De entre las formalidades destaca la del obligatorio conocimiento del trabajador de la extinción del contrato de trabajo. En efecto con la carta de despido se pretende favorecer el conocimiento de las razones por las que se decide despedir al empleado.

Las formalidades constituidas por la normativa se encuentran más que justificadas por constituir el despido del trabajador un acto de voluntad empresarial. Esta configuración de las formalidades procesales no pretende disminuir el poder empresarial. Su finalidad es eliminar cualquier atisbo de arbitrariedad convirtiéndose el despido disciplinario en el instrumento con el que obtener el mejor funcionamiento posible de la empresa.

Por este motivo un despido que respete las formalidades procesales exigidas se erige en la herramienta adecuada para impartir justicia y enriquecer la imagen del empresario ante el personal laboral de la empresa.

23. La declaración de procedencia o improcedencia del despido disciplinario

En España el despido puede ser calificado procedente, improcedente o nulo siendo diferentes los efectos vinculados a cada una de las calificaciones precitadas. Al juzgador le corresponde realizar la calificación del despido sin quedar sometido a lo que la parte solicite. En efecto se autoriza a que dentro de la acción del despido se resuelva de conformidad a las previsiones del artículo 55 ET –procedencia, improcedencia o nulidad–.

La calificación de procedencia del despido conlleva la ratificación de la decisión del empresario de extinguir la relación laboral del empleado. Para la procedencia ha de acreditarse la gravedad y culpabilidad de los hechos que se atribuyen al trabajador sin incumplir las garantías formales legal o convencionalmente previstas. Declarada la procedencia de la extinción de la relación laboral se convalidará el despido sin derecho a indemnización.

La calificación de improcedencia del despido significa que la resolución del contrato de trabajo no se ha realizado de conformidad con la ley. La improcedencia de la extinción de la relación laboral puede establecerse por dos tipos de argumentos: la improcedencia material o de fondo y la improcedencia formal.

Por razones de fondo se declara la improcedencia del despido cuando la causa que justifica la extinción no llega a constituir un incumplimiento contractual suficiente con el que liberar al trabajador de la relación laboral. Por razones de forma suele declararse la improcedencia del despido cuando se incumplen formalidades legales o convencionalmente exigidas.

Declarada la improcedencia del despido el empresario podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. Compensación económica que permite prescindir de la función garantista de las posibilidades de defensa del empleado frente al acto empresarial.

Llama la atención como el legislador otorga la facultad de optar al empresario incumplidor y no al trabajador despedido –en contradicción con el principio general de que el perjudicado ha de ser quién posea la facultad de elegir la forma de cumplimiento– lo que nos permite confirmar la arraigada existencia del despido libre indemnizado o desistimiento del empresario pagado, lo que contradice a la propia naturaleza del derecho al trabajo reconocido en la Constitución Española, que solo quedaría garantizada con la readmisión forzosa del trabajador también en despidos no procedentes.

En efecto se refleja un enmascaramiento técnico-jurídico con el que justificar, bajo el manto protector de una indemnización sustitutoria, la condescendencia legal de un despido libre comprado.

24. El coste económico de un despido procedente es cero

Es erróneo afirmar que el coste del despido en España es elevado. En materia de despido disciplinario el coste económico para el empresario es cero. Expliquémonos: un

despido disciplinario procedente sustentado en una justa causa, grave y culpable, convalidará la extinción del contrato de trabajo sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación –artículo 55.7 ET–. Por lo tanto el despido disciplinario no tiene coste económico.

Entonces, ¿qué es lo que tiene coste económico? La arbitrariedad del despido ejecutado por el empresario. En efecto, la arbitrariedad en el despido del empresario, que degrada por completo la eficacia real del Derecho del Trabajo, es lo que tiene coste económico. El hecho de que un acto ilegítimo –como un despido no procedente– pueda sustituirse por un coste económico para el empresario –indemnización– constituye una disfunción plena del sistema.

Cuando en el despido del empresario no quede acreditado el incumplimiento alegado por el empleador o su forma no se haya ajustado a derecho –artículo 55.4 ET–, el despido será improcedente, lo que conlleva el pago de una indemnización para hacer efectiva la arbitrariedad del empresario de despedir. Son estos costes ocasionados por el incumplimiento del empresario lo que los nuevos planteamientos pretenden reducir.

Pero, obviamente, el punto de partida no debe situarse en el coste de un despido improcedente o ilícito sino todo lo contrario: despedir procedentemente o –mejor dicho– de manera no arbitraria y conforme a la ley, no posee coste económico alguno. Por tanto, el planteamiento que se sitúa en la valoración económica del despido arbitrario es irreal y erróneo.

Pero aún situándonos en el coste económico de despedir ilícitamente se nos olvida que la verdadera tutela de estabilidad real debiera ser la readmisión del trabajador. Por lo tanto, no solo nos hemos desviado del punto de partida –despedir procedentemente no cuesta dinero– sino que además nos hemos olvidado del verdadero instrumento que debiera instaurarse automáticamente por la no procedencia del despido: la readmisión del trabajador y no la indemnización. O lo que es lo mismo: se termina admitiendo la posibilidad de despedir libremente a cambio de un coste económico.

25. La exigua indemnización económica del despido en España

En otros ordenamientos jurídicos –especialmente los europeos– es normal que la indemnización económica del despido se establezca a juicio del juzgador teniendo en cuenta determinados elementos que permiten valorar el daño real producido al empleado.

Pero en España la indemnización económica del despido improcedente se encuentra tasada legalmente lo que impide una reclamación sustentada en los concretos daños y perjuicios ocasionados por el despido incorrecto desde el punto de vista formal o de fondo.

Como aspecto positivo la indemnización tasada *ex lege* libera de probar la existencia de los daños y perjuicios ocasionados por la ruptura del vínculo contractual. Como aspecto negativo no permite acreditar la superior cuantía económica del verdadero daño y perjuicio que la extinción haya podido ocasionar al trabajador.

Esta cantidad económica con la que el empleador persigue liberarse del trabajador posee naturaleza indemnizatoria –no salarial–. Resarcimiento monetario que pretende compensar la ruptura del vínculo laboral sin justa causa pero no el deterioro o el perjuicio que la extinción improcedente pueda ocasionar. En efecto no se pretende reparar los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de la pérdida del puesto de trabajo. Esta compensación por el ejercicio de un despido arbitrario sustituye a la indemnización por daños y perjuicios constituyendo un círculo de amparo que beneficia al empresario que pretende deshacerse del trabajador a cambio de una indemnización económica.

A simple vista la indemnización económica por despido en España es más elevada que la mayoría de los países de su entorno. Esta afirmación es cierta si la comparación se realiza en base a los sistemas de cálculo de las indemnizaciones tasadas –salario por años de servicio–. Pero si se examinan las cantidades globales –salario por años de servicio más indemnización económica no tasada (que en España no existe para el despido improcedente)– la realidad es diferente, lo que permite confirmar la visión parcial e ineficaz que existe sobre la indemnización por despido.

Lo cierto es que si el cálculo de la cuantía económica se realiza tan solo teniendo en cuenta la indemnización tasada, la cuantía económica del despido en España es elevada en comparación con otros países. Pero si a esa compensación tasada se le suma la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados al empleado despedido – indemnización fundamentada al arbitrio o apreciación del juez– la cuantía económica que sustenta el despido libre en España es inferior –más para los trabajadores que apenas poseen antigüedad cuya indemnización puede calificarse de mísera–.

Es obvio que la indemnización económica española desprecia los perjuicios reales que pueda sufrir el trabajador. El sistema de indemnización tasada consagra seguridad jurídica pero puede provocar claras injusticias en las consecuencias a sufrir por el empleado.

26. Consecuencias de la indemnización tasada del despido

Los parámetros a efectos de cuantificar la indemnización se constituyen por el salario diario del trabajador y los años de servicio en la empresa. La cantidad de este salario diario multiplicado por treinta y tres días será la cuantía de la indemnización correspondiente a cada año completo de servicios. Suma que habrá que multiplicar, a su vez, por el número de años completos de servicio.

Pero encontramos un límite máximo: el importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a veinticuatro mensualidades salvo que del cálculo de la indemnización por el período anterior al 12 de febrero de 2012 –día posterior a la publicación de la reforma laboral– resultase un número de días superior, en cuyo caso, se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo, sin que, en ningún caso, pueda ser superior a cuarenta y dos mensualidades –el tiempo anterior a la citada fecha se multiplicará por cuarenta y cinco días y no por treinta y tres días de salario por año de servicio–.

Que la indemnización del despido sea tasada repercute en el abaratamiento del despido arbitrario del empleado al no valorarse los daños realmente ocasionados.

Igualmente no permite valorar la culpabilidad del empresario que proyecta un despido injusto lo que debería traducirse en una determinada cuantía económica en beneficio del trabajador despedido.

Por otro lado, es cierto que simplifica la actividad probatoria del trabajador despedido al no tener que demostrar los daños y perjuicios que el despido disciplinario le haya podido ocasionar. También simplifica el cálculo de la indemnización económica por acudir directamente el juzgador a las reglas tasadas para su cuantía.

La compensación tasada no pretende perjudicar intencionadamente a unos sujetos y beneficiar a otros –aun cuando ésta sea la consecuencia– sino facilitar la carga probatoria a cambio de una reducción económica. El legislador lo que persigue con este montante económico tasado es compensar la pérdida del empleo y no las consecuencias negativas reales alejándose de una verdadera indemnización por daños y perjuicios.

Perder un puesto de trabajo generará perjuicios diferentes para cada trabajador. Sin embargo, debemos ser conscientes de que con este sistema indemnizatorio dos trabajadores despedidos con un mismo sueldo y un mismo período de prestación de servicios tendrán indemnizaciones económicas iguales aunque los perjuicios sean diferentes.

Desaprobamos que el elemento base para el cálculo de la indemnización gire en torno al período de prestación de servicios. La consecuencia no será otra que una indemnización mísera para aquellos que posean escasa antigüedad en la empresa. También posee el efecto negativo de desincentivar la movilidad laboral del empleado: si el trabajador cambia de empresa automáticamente perderá los derechos adquiridos en la indemnización por despido.

Poseer conocimiento exacto de la cuantía económica indemnizatoria supone que el empresario es consciente del coste económico de despedir arbitrariamente. Este conocimiento se traduce en una selectiva y premeditada elección de los trabajadores a los que el empresario prefiere despedir lo que en la práctica significa la extinción del vínculo contractual de aquellos empleados cuya indemnización económica sea mínima o inferior. En otros términos, el empleador despedirá a aquellos trabajadores cuya prestación de servicios en la empresa sea la de menor duración –lo que colateralmente irá aumentando la precariedad de los trabajadores–.

Lo cierto es que si el empresario desconociera con antelación el coste económico del despido la protección del puesto de trabajo del empleado tendría mayor consideración. Quizás sería una manera de eliminar o al menos reducir los despidos disciplinarios improcedentes por arbitrariedad o sustentados en intereses empresariales.

27. La propuesta por el cambio del sistema indemnizatorio español

Un punto crucial en el despido es la determinación de una indemnización adecuada. Materia muy delicada al no conocerse el verdadero daño producido al empleado con la extinción de su contrato de trabajo. Sin embargo, hay razones más que suficientes para confirmar que la antigüedad –tiempo de prestación de servicios– no es el criterio más correcto para sustentar la totalidad –aunque sí parte– del montante económico de la indemnización.

De lege ferenda creemos que un justo y correcto sistema para calcular la indemnización sería aquel que comprendiera dos cantidades económicas: por un lado, una cuantía fija para todos los trabajadores despedidos ilícitamente; y, por otro lado, una cuantía variable pero tasada en función del período de servicios prestados en la empresa. Por tanto, un sistema similar al que actualmente se posee pero añadiendo ese concepto económico preestablecido para cualquier despido ilícito: de esta manera, se seguiría respetando las consecuencias jurídicas positivas del despido tasado acometiendo la mejora de sus consecuencias negativas.

No obstante, si pudiera modificarse completamente el sistema de retribución del despido –muy complicado al encontrarse completamente arraigado– quizás sería más adecuado –aunque más costoso en su evaluación– apostar por un sistema arbitrario judicial formado también por dos conceptos económicos: una cuantía económica sustentada en la valoración real de los daños y perjuicios ocasionados por la empresa al trabajador con un tope o cláusula mínima de indemnización –pero no tope máximo con objeto de evitar el efecto tasado y calculado de la indemnización–; y una cuantía económica variable pero tasada calculada en función del período de tiempo de prestación de servicios del trabajador. Incluso para un mayor rendimiento del empleado podría pensarse en un sistema de despido que también computara el rendimiento económico o los objetivos cumplidos por el trabajador.

Cualquier modificación o reforma debe partir de la carencia de protección o tutela laboral en un despido disciplinario libre, descausalizado y ejecutado por el empresario sin previo control judicial –el despido es ejecutable desde que así lo decide el empresario–. El único y verdadero límite existente para la no ejecución de un despido arbitrario y caprichoso –de ahí su vital importancia y nuestra propuesta de máximo celo y garantía– se sustenta en la indemnización económica: una compensación actualmente tasada y fácilmente calculable de manera previa al despido, sustentada en los años de servicios y que no pretende una verdadera reparación de los derechos o intereses dañados por el empresario.

28. La anhelada armonía entre la indemnización tasada legalmente, la indemnización complementaria y la valoración de la culpabilidad del empresario en el despido improcedente

El sistema objetivo de indemnización tasada otorga seguridad jurídica al sistema a cambio de impedir la individualización de los daños y perjuicios. Opción legislativa totalmente legítima y que responde a finalidades de política social. Sistema indemnizatorio objetivo del despido improcedente que prohíbe compatibilizarlo con la indemnización por daños y perjuicios. Lo cierto es que la indemnización tasada laboral no pretende indemnizar los concretos perjuicios que la propia ruptura pudiera ocasionar –derivados del derecho común– sino la ruptura arbitraria del vínculo contractual –derivados del derecho laboral–.

Pero que en los despidos nulos exista la posibilidad de otorgar indemnizaciones complementarias es un argumento completamente transportable al despido improcedente al existir daños y perjuicios que no quedan resarcidos por la indemnización objetiva tasada. *De lege ferenda* defendemos que es totalmente factible otorgar indemnizaciones complementarias a las tasadas legalmente para resarcir los daños y perjuicios que de manera arbitraria el empresario haya podido ocasionar al

empleado en el despido improcedente –con más razón cuando la ley admite las indemnizaciones complementarias en despidos nulos–.

En efecto cuando se declara la nulidad del despido existe posibilidad de solicitar una indemnización específica complementaria reparadora de los daños y perjuicios producidos al trabajador por la violación de su derecho fundamental. Esta indemnización deberá ser estipulada por el juez atendiendo a las circunstancias del caso concreto en función del daño moral, de la vulneración del derecho fundamental y de los daños y perjuicios adicionales derivados del despido lesivo.

En suma para el despido nulo –no improcedente– se articulan dos formas de protección: el daño derivado de la pérdida de empleo y que tiene una indemnización legalmente tasada en el ET; y el daño derivado de la vulneración del derecho fundamental. Pero esta indemnización no deriva automáticamente de la declaración jurisdiccional de la lesión de un derecho fundamental sino que para su estimación se debe acreditar un daño efectivamente producido por dicha lesión con una mínima concreción de las bases de la indemnización que se reclama, lo que obviamente creemos que es totalmente trasladable al despido improcedente por existir daños y perjuicios no restituidos con la mera indemnización tasada.

Más complicada es la cuestión de que el sistema indemnizatorio objetivo establecido legalmente para el despido improcedente no tenga en cuenta la culpa del empresario en su actuación extintiva. Un sistema indemnizatorio que no tiene en consideración el comportamiento culpable –en este caso del empresario– facilita la consumación y continuación de acciones ilícitas y arbitrarias en perjuicio de la persona que tenga que soportarlas –en este caso el empleado–.

Es por ello que la indemnización tasada objetivamente para el despido improcedente debiera admitir indemnizaciones complementarias con más razón cuando el empleador ha actuado a sabiendas de su culpabilidad y arbitrariedad –dolosamente–. Consideramos que la culpabilidad debe tener –como mínimo– una exigua repercusión económica en la responsabilidad patrimonial de quien la ejercita.

En este sentido no creemos que deba tener misma traducción económica la actuación del empresario que despide por actuaciones que no poseen suficiente gravedad de aquellos otros comportamientos empresariales de carácter totalmente dolosos y ausentes de justificación.

Hasta tal punto puede ser irrazonable el sistema indemnizatorio que es posible que la cuantía económica de la que deba responder el empresario por una actuación totalmente abusiva y fraudulenta sea inferior de la que deba resarcir otro empresario que despide por unos hechos susceptibles de sanción –lo que ya supone que ha existido incumplimiento del trabajador– pero no de despido por no poseer suficiente gravedad: esto ocurre porque el sistema indemnizatorio se sostiene en virtud del período de tiempo de prestación de servicios del trabajador.

Este tema debe plantearse con mucha sensatez y buscando la correcta armonía entre la protección del empleo y la protección social: de todos modos, creemos conveniente y justo posibilitar la reclamación de indemnización complementaria por el trabajador injustamente despedido se haya declarado el despido improcedente o nulo.

Al final la indemnización tasada por despido improcedente acaba convirtiéndose en el mecanismo de mayor protección frente a los despidos arbitrarios. Otorga seguridad jurídica pero disfruta de gran rigidez lo que puede terminar ocasionando determinados favoritismos o injusticias. Tal vez mayor flexibilidad en el tratamiento legal de la cuantía económica pudiera otorgar mayor protección al empleo.

De lege ferenda la indemnización tasada por despido no debe censurar una eventual responsabilidad contractual del empresario: compatibilizar ambas indemnizaciones de manera complementaria –la compensación objetiva laboral y la indemnización por daños y perjuicios– podría ser una buena solución.

29. La declaración de nulidad del despido disciplinario de acuerdo con el ordenamiento jurídico español

La calificación de nulidad se reserva para aquellos despidos que atentan a los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. En estos despidos se obtiene una custodia reforzada cuya consecuencia es la calificación de procedencia o de nulidad del despido disciplinario repudiando automáticamente la posibilidad de declarar la extinción improcedente.

En la nulidad del despido disciplinario se diferencian dos clases de derechos que pueden ser vulnerados: por un lado, el derecho a la no discriminación de los artículos 14 de la Constitución Española, 4.2.c) y 17.1 ET y 12 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical; por otro lado, los restantes derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, lo que sugiere la inclusión de los derechos comprendidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución Española –lo que de por sí permite incluir la discriminación–.

Pero también serán nulos los despidos proyectados durante situaciones biológicas y/o familiares singularmente protegidas –despidos durante el embarazo, suspensión por maternidad, adopción, acogimiento o paternidad, por riesgo durante el embarazo o la lactancia natural, enfermedades ocasionadas por el embarazo, el parto o la lactancia natural, despidos durante otras situaciones amparadas por el legislador para favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (permiso, reducción de jornada o excedencia)– y los despidos que recaigan sobre víctimas de violencia de género.

Se establece así una estructura unitaria en la nulidad del despido disciplinario y objetivo que, sin embargo, queda fracturado cuando se compara con los despidos colectivos dónde aún se mantiene la nulidad de la extinción por defectos de forma y del procedimiento del acto de despido lo que permite distinguir y confirmar la existencia de un sistema dualista de nulidad.

30. La necesaria diferencia que debiera existir entre un despido sin suficiente gravedad y culpabilidad de un despido sin causa justa alguna

El despido por fraude de ley se caracteriza por ser un despido manifiestamente arbitrario, con causa inexistente o irreal, cuya finalidad es lograr la declaración de improcedencia de la extinción, lo que permitirá al empleador poder deshacerse del trabajador mediante una simple compensación económica.

De acuerdo con el Código Civil, los actos realizados en fraude de ley no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir. De conformidad con esta afirmación si el despido se realizó en fraude de ley debiera acordarse la nulidad de pleno derecho del mismo. La respuesta frente al fraude de ley no debe permitir la consumación del infractor de crear dolosamente las condiciones que permitan la aplicación del orden normativo más favorable a los propios intereses.

Sin embargo, la jurisprudencia laboral rechaza la posibilidad de declarar la nulidad radical de un despido por su carácter fraudulento. Jurisprudencia que no puede ser compartida pues –como hemos comentado en otra ocasión– creemos conveniente diferenciar los efectos o consecuencias jurídicas de un despido no sustentado en la gravedad y culpabilidad que exige una justa causa, de otro despido directamente sin causa justa alguna, meramente ficticio, absolutamente arbitrario y totalmente caprichoso, cuyo único objetivo es la desvinculación de una relación laboral que empresarialmente ya no se desea.

Por su considerable gravedad estimamos que las consecuencias jurídicas de este despido debieran ser de mayor trascendencia jurídico-económica que la simple declaración de improcedencia del mismo –como mínimo la declaración de nulidad del despido y la consecuente readmisión del trabajador–. El prototipo más cercano puede localizarse en el ordenamiento jurídico italiano con la *tutela reintegratoria con indennità limitata* o reincorporación con indemnización limitada en los casos de inexistencia del motivo subjetivo u objetivo justificado, de la justa causa alegada o de las conductas punibles previstas en los convenios colectivos o códigos disciplinarios.

Al final la calificación del despido nulo por fraude de ley no tiene natural cabida en la legislación laboral española lo que, lamentablemente, no queda más remedio que reconducir sus efectos a los de la calificación del despido improcedente al no acreditarse la causa invocada por el empresario.

31. Distinción de los efectos de la declaración de improcedencia y de nulidad

La sentencia será declarativa si confirma la procedencia del despido. Será constitutiva si declara la improcedencia del despido –cuya consecuencia no es revocar el acto del despido sino privar al despido de ciertos efectos jurídicos–. Será declarativa y de condena cuando declare la nulidad del despido –obligando a reponer la situación al momento anterior de ejecutarse el despido–.

En la improcedencia del despido el empleador posee dos opciones: readmitir al trabajador revocando el acto del despido –reconstitución del contrato de trabajo– o confirmar el acto del despido debiendo indemnizar al empleado. Pero en la nulidad del despido se obliga a la readmisión del empleado privando de efectos al acto de extinción –lo que equivale a despido inexistente–.

Por tanto, en el despido nulo la extinción del contrato de trabajo materialmente existió pero la declaración de nulidad le priva de eficacia jurídica lo que significa que desde el punto de vista jurídico el despido no existió. En cambio, en el despido improcedente el despido existió tanto material como jurídicamente a pesar de su carácter injustificado.

La posibilidad del empresario de optar entre la readmisión del trabajador despedido injustamente o de indemnizarlo a cambio de desprenderse de él en los despidos disciplinarios improcedentes es un mecanismo confeccionado a favor y beneficio del empresario. Específicamente es la forma lícita que posee el empleador para obviar el abono de la indemnización en aquellos supuestos en los que ésta sea excesiva para su capacidad económica: la realidad es que es un instrumento constituido y dirigido a facilitar al empresario la solución que más beneficie a sus intereses particulares.

En su calificación denominativa también puede diferenciarse entre la estabilidad obligatoria –típica del despido improcedente– y la estabilidad real –típica del despido nulo–. El verdadero equilibrio entre los poderes existentes en la relación laboral se alcanzaría con la estabilidad real que faculta la readmisión del trabajador despedido sin que se permitiera su sustitución por una mínima indemnización económica –estabilidad obligatoria–.

Por otro lado, *de lege ferenda*, la elección entre tutela real y tutela obligatoria tendría que ser del trabajador: es decir, el empleado es quién tendría que elegir entre la readmisión en la empresa o la indemnización económica –no al contrario: el empresario no es el que debiera elegir entre una u otra sanción–.

32. La potestad económica empresarial de despedir

En el momento en que la improcedencia del despido reconoce la facultad del empresario a optar por la readmisión o por la extinción indemnizada –fortalecida tras la reforma del 2012 al erradicar los salarios de tramitación cuando se elija la indemnización– se contempla una estructura jurídica del despido totalmente descausalizada al permitirse despedir al empleado sin causa justa a cambio de una compensación económica.

Consecuentemente la causalidad ha dejado de ser la base o el sustento de la regulación normativa del despido. La exigencia de justa causa se sustituye por una indemnización económica –cada vez más reducida–. Por tanto, el despido disciplinario ya no es causal. La causa que lo justifica tan solo tiene consecuencias en la indemnización económica.

Pero estas afirmaciones también son transportables a los requisitos formales: los despidos disciplinarios sin forma no implican la nulidad del mismo sino su improcedencia. Si se incurre en falta de formalidades por el empresario la consecuencia no es otra que la improcedencia del despido y el derecho de opción normalmente del empresario.

En efecto el sistema ha constituido un poder empresarial de despedir libremente al trabajador a cambio una de compensación monetaria: poder del empresario que podríamos denominar finamente como potestad extintiva económica empresarial –o del empresario– o principio de libertad del despido a cambio de compensación.

Se evidencia que la estructura del despido no es la que parece establecerse en la normativa: la causalidad y formalidad verdaderamente quedan reducidas a una total descausalización del despido disciplinario cuyos principales elementos se han

monetizado y sustituido por el poder del dinero. Por tanto, normativamente es viable reemplazar los requisitos legalmente exigidos por una compensación económica fácilmente calculable de manera previa por el empresario.

33. La falacia del principio de causalidad del despido en el ordenamiento jurídico-laboral español

La tutela real frente al despido no existe: la realidad nos demuestra que la normativa es extremadamente débil y reemplazable en términos económicos. Puede afirmarse con rotundidad que el despido tiene un precio; en otros términos, puede comprarse por dinero. El único límite real existente en el despido disciplinario se ubica en la voluntad empresarial, ya que aun cuando no exista justa causa ni se hayan respetado los requisitos formales, al declararse el despido improcedente, el objetivo de extinguir el contrato de trabajo del empleado se habrá consumado simplemente con un coste económico adicional. En definitiva el poder de despedir –de manera libre pero indemnizada– se desarrolla por deseo del empleador y con tolerancia de la voluntad normativa y legislativa.

Se descubre así que la normativa española gira en torno a la voluntad unilateral del empresario: véase como, aun cuando se hayan despreciado e incumplido las exigencias causales y formales del ordenamiento jurídico, la facultad de optar entre la readmisión o la extinción del contrato de trabajo es opción alternativa de la persona que extingue la relación; en otros términos, de quien de manera individual decide dejar de contar con un determinado empleado por razones arbitrarias y no justificadas.

Se evidencia que la eficacia de los requisitos legales –causales y formales– son de escasa relevancia para el empresario y su voluntad unilateral de despedir. El sistema jurídico reacciona frente a esta voluntad de manera singular: aun cuando te has equivocado en justificar o formalizar el despido disciplinario del trabajador, aparte de las posibilidades de subsanación existentes, la normativa otorga la posibilidad de que a través del pago de un coste económico adicional –previamente calculado por el empresario y cada vez menos cuantioso– tengas la posibilidad de continuar con la eficacia de la decisión extintiva atacando claramente al principio de estabilidad en el empleo. Rige, por tanto, la libertad de empresa o empresario y el despido sin sujeción a límite alguno –si acaso solo económico–. Obviamente son consideraciones que no pueden respetar la lógica del Derecho del Trabajo y menos aún el de su precepto constitucional –artículo 35 de la Constitución Española–.

Realmente nos planteamos si existe el principio de causalidad; y si es así, debemos cuestionarnos su total lenocinio y degradación. Es un principio débil, prácticamente inexistente; quizás sea positivo un rápido e inmediato aniquilamiento –su muerte total– para que resurja con mayor eficacia antes que continuar manteniéndolo en el ordenamiento con una mínima y debilitada eficacia: obviamente, el principio de causalidad del despido está herido de muerte y si continúa existiendo de la manera que actualmente resiste es porque le conviene al legislador y empleador.

Consideramos que no tiene sentido mantener el principio de causalidad: ahorraríamos tiempo y dinero si desfalleciera por completo; a cambio, solicitaríamos un despido libre indemnizado –reconocido como tal en la propia normativa– pero con una cantidad económica más elevada –por ejemplo, además de la indemnización tasada por

la ruptura arbitraria del vínculo laboral, introducir la legítima indemnización por los daños y perjuicios ocasionados al trabajador despedido improcedentemente o por la actuación culpable del empleador tal cual hemos fundamentado anteriormente–.

No tiene sentido camuflar el despido libre en términos inoperantes y tergiversados para continuar reduciendo y disminuyendo –aún más si cabe– el coste económico de la expulsión no justificada de un trabajador de la empresa. El principio de causalidad debe renacer pero sometido al pleno desarrollo de la personalidad y el respeto a la dignidad del trabajador, valores constitucionales quebrantados cuando se ejecuta un despido improcedente sin justa causa a cambio de un coste económico estipulado en la normativa laboral.

34. La unificación de la justa causa y el justificado motivo del despido en Italia

Como propuesta *lege ferenda* del ordenamiento jurídico italiano, quizás sería más eficiente unir la justa causa y el motivo subjetivo justificado en una sola causa de despido, obviamente, sin preaviso, lo que beneficiaría al empresario, pues no debemos olvidar que nos encontramos ante el despido de un trabajador por su propio incumplimiento. Al respecto, sería excesivo y demasiado gravoso interponer un preaviso al empresario para despedir al empleado cuando haya cometido una acción susceptible de despido disciplinario aun cuando la misma no haya sido gravísima.

Por tanto, defendemos una teoría unitaria de despido disciplinario italiano que facilite al juzgador y al empresario su valoración: obviamente, esto no quiere decir que se deba despedir al empleado por cualquier causa; todo lo contrario.

En efecto, consideramos que para un despido más eficaz, con mayor seguridad jurídica y con menos dosis de interpretación jurisprudencial, sería conveniente fusionar el despido por justa causa y el despido por justificado motivo subjetivo en una única categoría eliminando por completo su dicotomía. Consecuentemente se racionalizaría la propia legislación italiana sobre el despido, a nuestro juicio, muy dispersa, troceada, algo ineficaz y de poca celeridad.

De esta manera, la línea divisoria entre el despido disciplinario y el despido por circunstancias económicas, técnicas, organizativas y productivas –despido por justificado motivo objetivo– no sería tan débil, lo que permitiría diferenciar también las consecuencias del despido ilegítimo en sí mismo. Consideramos que un despido disciplinario ilegítimo, donde debe debatirse la existencia o no del incumplimiento contractual grave del trabajador, o existe o no existe –no pueden haber dudas, ni medias tintas al respecto–, a diferencia del despido por circunstancias objetivas, donde sí puede haber mayor interpretación y racionalización en las circunstancias y en las cifras y datos por los que se sustenta el mismo, lo que ponemos en plena vinculación con las consecuencias jurídicas del despido ilegítimo, pues creemos mucho más grave no poder justificar por inexistente un despido disciplinario –por ende, la responsabilidad del empresario debiera ser bastante más severa, defendiendo, en este caso, la total aplicación de la tutela real y plena– que no llegar a las cifras pertinentes y susceptibles del despido objetivo –dónde la consecuencia, quizás, siempre que se hubiera justificado un mínimo de ecuanimidad, podría ser la tutela obligatoria (con una mayor

indemnización económica); obviamente en caso de inexistencia absoluta no hay duda que también debiera aplicarse la tutela real–.

Con la tutela obligatoria el legislador italiano pretende dar prioridad a unas particulares exigencias empresariales y organizativas antes de tener la preferencia de que el trabajador alcance una estabilidad real. Lo que a nuestro juicio no debiera caber en un despido disciplinario ilegítimo.

35. Los niveles de ocupación en la empresa italiana en relación a las consecuencias jurídicas de la calificación del despido

No creemos que sea correcto diferenciar la tutela real y la tutela obligatoria sustentándose en los niveles de ocupación en la empresa: consideramos que no es un parámetro representativo preciso de la capacidad económica de la empresa moderna.

En efecto, en caso de que el juez reconozca un despido ilegítimo como anulable o ineficaz de toda formalidad, sin justa causa ni justificado motivo, y deba imponer unas determinadas obligaciones y consecuencias jurídicas al empleador, no podemos considerar como parámetro razonable el referido a los niveles de ocupación.

No compartimos que sea un razonamiento satisfactorio, justo o ecuánime y menos teniendo en cuenta las características de la empresa moderna. Veamos un ejemplo: las consecuencias de las que deba responder el empleador en un despido ilegítimo por no acreditar suficientemente la justa causa o un motivo justo subjetivo, cambia drásticamente si la empresa, en vez de poseer sesenta trabajadores posee sesenta y uno; o de quince a dieciséis trabajadores en cualquier sede, establecimiento, filial, oficina o departamento independiente; o de cinco a seis trabajadores en emprendedores agrícolas. En suma, por un mero empleado la diferencia económica es descomunal.

Obviamente no creemos que el nivel de ocupación en la empresa sea un criterio racional y mucho menos justo.

36. Las recientes reformas italianas

A partir de la reforma Fornero, en Italia, la reincorporación del trabajador al puesto de trabajo ha pasado de ser la consecuencia normal a ser algo anormal, sustituyéndose la readmisión del empleado por una indemnización económica por años trabajados –al igual que lleva ocurriendo en España desde tiempos inmemorables–.

No obstante, hay que reconocer que con esta reforma al menos se ha reducido la discrecionalidad e interpretación subjetiva de los tribunales a la hora de fijar la cuantía económica de las eventuales indemnizaciones, lo que permite confirmar una mayor estabilidad y seguridad jurídica –reiteramos, solo respecto a la cantidad económica–, pues antes de la citada reforma no existía un módulo –cierto y determinado– establecido en relación a la antigüedad, lo que permitía al juzgador dentro de un límite fijar libremente la cantidad.

Estabilidad y seguridad jurídica que con la reforma introducida por el *Decreto Legislativo 23/2015, de 4 marzo*, va a verse afectada, pues no creemos conveniente que deban existir dos regímenes diferentes de indemnización para un mismo despido por el

mero hecho de haberse firmado el contrato de trabajo de manera posterior a la vigencia del citado Decreto Legislativo. Obviamente, esto producirá la desaprobación de muchos sectores jurídicos más cuando se avanza sin detenimiento hacia una mayor flexibilidad en el despido.

Se reitera nuestra afirmación cuando, en este mismo texto legislativo –*Decreto Legislativo 23/2015, de 4 marzo*–, en los despidos por motivo justificado objetivo de los contratos celebrados a partir de su vigencia, no existe ya la readmisión del trabajador sino solo la finalización de la relación laboral por extinción indemnizada. Lógicamente esto va a suponer que la mayoría de los despidos individuales se van a tramitar por esta vía –aun cuando sean completamente inexistentes– lo que produce un lícito llamamiento al fraude de ley.

Por otro lado, y con objeto de ahorrar costes económicos y evitar el proceso judicial, con este último texto normativo se introduce la facultad de conciliación con los que las partes –se requiere el beneplácito de ambos; es decir, trabajador y empresario– pueden llegar a un acuerdo económico taxativamente regulado y modulado.

37. El reproche a la cuantía económica del despido ilegítimo italiano

Es evidente que la actual cuantía económica de la indemnización no posee efectos disuasorios frente al despido, además de no ser una cantidad proporcional a la importancia de la pérdida del empleo para el trabajador. Por tanto, creemos que la indemnización económica debiera ser superior a la actualmente establecida.

Igualmente, se introduce en el mismo saco, de manera acumulativa, por un lado, a la indemnización por salarios dejados de percibir y, por otro lado, a la indemnización por daños y perjuicios ocasionados al empleado por la extinción ilegítima del empresario. Sin embargo, consideramos que además de la readmisión –o en su defecto indemnización para extinguir la relación laboral ilegítima– y de los salarios dejados de percibir –salarios de tramitación– debiera añadirse otra eficaz y verdadera indemnización económica que resarciera los daños y perjuicios que se hayan podido ocasionar al trabajador despedido ilegítimamente –o al menos que en las tutelas indemnizatorias no hubiera límite máximo alguno–.

Lo cierto es que la estabilidad real del puesto de trabajo termina cediendo ante los intereses del mercado actual lo que acaba mercantilizando al propio despido y flexibilizando por completo a la relación laboral.

38. La aproximación de Italia al despido libre indemnizado

Lo que es evidente es que las reformas laborales que se han producido sustentándose en la crisis económica han venido para quedarse o –incluso podría afirmarse– para continuar su desarrollo y expansión.

Tanto en España como en Italia se ha producido y se está produciendo una verdadera redefinición del sector del derecho laboral: véase con las reformas laborales en materia de despido. Quizás debamos acostumbrarnos a esta crónica de sucesos de reformas negativas cuanto antes pues no serán las únicas. Lo cierto es que siempre se desconfió del término –abominable y tan inmensamente odiado– introducido por los

propios organismos de la Unión Europea: en efecto, nos referimos a la “flexiseguridad”, concepto al que le achacamos parte de la responsabilidad de las medidas ineficaces de austeridad y pérdida de derechos.

En definitiva, y lamentablemente –pues en España el despido libre pero indemnizado hace tiempo que se instauró–, Italia parece aproximarse a un despido libre mínimamente indemnizado cuya readmisión solo cabrá ante casos de transgresiones de derechos fundamentales y discriminaciones: no obstante, creemos que todavía puede detenerse esta hecatombe o tragedia que ya está débilmente iniciada, y decimos detenerse, porque la situación económica de Italia vaticina, una vez se haya desbloqueado la situación política –muy difícil hoy por hoy–, un elenco profundo de reformas venideras entre las que se incluye la laboral que –pronosticamos y avanzamos– será mucho más intensa y grave que las precedentes.

La sensación final del estudio de la figura jurídica del despido en Italia nos lleva a confirmar que realmente no existen reglas. En otros términos, estudiando el ordenamiento jurídico italiano se llega a la conclusión de que el despido es un conglomerado de leyes y decretos añadidos o constituidos en función del contexto económico, donde al final, todo queda a la interpretación subjetiva del juez –al igual que ocurre en España– con un sistema cada vez menos proteccionista del trabajador. En definitiva no existe un sistema racionalizado sobre el despido en Italia.

SINTESI IN LINGUA ITALIANA

Si intende elaborare un'analisi dell'eterogenea e diversificata problematica che presenta il quadro giuridico-positivo del licenziamento disciplinare in Spagna e in Italia come principale figura estintiva del contratto di lavoro.

Questa istituzione dispone degli elementi necessari e sufficienti per ergersi a oggetto di studio continuo e attuale: è una figura giuridica che al contempo gode di una complessa e particolare articolazione normativa che si converte in un elemento di totale applicazione pratica che causa l'emergere di numerosi problemi tecnici.

Dunque, ci si trova davanti a un'analisi particolareggiata delle elaborazioni della dottrina scientifico-giuridica e giurisprudenziale rispetto al diritto regolatore –nella sua totalità– del licenziamento indotto dal comportamento volontario del dipendente.

Per quanto riguarda la struttura del testo, esso si divide in cinque capitoli autonome ma intimamente relazionate. Nei capitoli menzionate ci riferiamo al percorso storico e giuridico del licenziamento disciplinare; alle cause –italiane e spagnole– per le quali un dipendente può essere licenziato per azioni, per condotta o per comportamento disobbediente; alla prospettiva processuale del procedimento; e le conseguenze giuridiche della qualificazione del licenziamento in Spagna e Italia. In effetti, sono capitoli indipendenti ma strettamente correlati.

Anche se non è il momento di discernere il contenuto, sembra opportuno fare, in questa sintesi, una breve menzione dello scopo di ciascuno di essi e del rapporto che li lega.

Anche se si potrebbe pensare che il percorso storico e giuridico del licenziamento disciplinare della ricerca abbiano un carattere puramente chiarificatore, in realtà adempiono a tre funzioni trascendentali per la piena comprensione del lavoro: in primo luogo, si fa uno sforzo importante per chiarire il lessico giuridico impiegato dal legislatore, dalla dottrina e dai tribunali spagnoli e italiani, quando si riferiscono al licenziamento per ragioni relazionate al comportamento del dipendente; in secondo luogo, si procede al monitoraggio e all'analisi storica della disciplina che regola fin dalla sua nascita questo tipo di licenziamento. Ciò risulta molto utile sia per comprendere la legislazione vigente sia per valutare possibili alternative di riforma della legge; in terzo luogo, si spiega in quale misura può avere rilevanza giuridica la concorrenza di una causa disciplinare giusta per la cessazione del contratto di lavoro.

Il percorso storico e giuridico del licenziamento disciplinare ci fanno comprendere che la ragione per la nascita di una legislazione che tuteli i dipendenti contro il negozio giuridico unilaterale, costitutivo e ricettizio chiamato licenziamento, non è altra che la legge del mercato. Come si può osservare, le esigenze formali e causali per dichiarare valido il licenziamento hanno trasformato l'iniziale licenziamento libero –*ad nutum*– in una istituzione formale e causale –*ad causam*–: conseguenza tangibile dell'intima relazione tra la storia del licenziamento e la storia del Diritto del Lavoro.

Continuando nel progresso del processo di licenziamento, anche si studia il fondamento e ragionamento del licenziamento del lavoratore. Determinare ciò che si può o non si può considerare giusta causa per un licenziamento disciplinare continua a essere un compito caratterizzato da un alto livello di insicurezza giuridica che cerchiamo di spiegare in questa indagine.

Iniziamo chiarendo che per causa di licenziamento si intende quella circostanza che si oppone alla continuazione della vigenza del contratto di lavoro confermando l'intenzione risolutiva del datore di lavoro. Qui analizziamo, sul fronte dell'ordinamento giuridico spagnolo, i fondamenti sui quali poggia la proiezione del licenziamento disciplinare; e, sul fronte dell'ordinamento giuridico italiano, il licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo dell'estinzione del vincolo contrattuale.

In Spagna, la tecnica che sopravvive attualmente coniuga l'enunciazione di una causa generica –inadempimento contrattuale grave e colpevole– con l'enumerazione di cause specifiche ereditate dalla tradizione legislativa dello stesso ordinamento giuridico –in particolare, si riportano sette commi concreti a titolo esemplificativo e non *numerus clausus*–.

In Italia, tuttavia, la regolazione è generale, non fa riferimento esplicito a una lista specifica di infrazioni del lavoratore che giustificerebbero il suo licenziamento. Il metodo italiano mantenuto attualmente si è organizzato sulla base di decisioni giurisprudenziali: in effetti, è un modello generico da dettagliare e implementare in sede giudiziale. Nel complesso, è una tecnica fortemente influenzata dal giudice e dalle circostanze del contesto.

Tuttavia, con lo studio del fondamento che giustifica il licenziamento apporteremmo risultati incompleti quando non errati, per non parlare di tutte le circostanze in cui l'estinzione della relazione lavorativa per cause inerenti al comportamento del lavoratore è presente: per tanto, anche si realizza un esame unitario e globale della procedimentalizzazione della sanzione in Spagna e in Italia.

Entrambi i sistemi giuridici si sono preoccupati di instaurare un sistema complesso di garanzie formali che normativizzano i poteri risolutivi del datore di lavoro come i meccanismi di difesa del dipendente per far fronte all'uso irregolare della potestà imprenditoriale. Si è preteso ricondurre a strumenti giuridici lo scenario originato dal conflitto tra i poteri di licenziamento del datore di lavoro e la necessaria protezione dei diritti del lavoratore, che ha portato a un sistema di licenziamento diretto eminentemente formale e giuridicamente prescritto.

È vero che la liceità o no della decisione di licenziare dipende direttamente dal fatto che la stessa appaia basata su di una causa sufficiente, in modo che un licenziamento privo di fondatezza causale non possa essere ritenuto efficace. Eppure, se il datore di lavoro pretende il successo del licenziamento è obbligato, inoltre, a rispettare certe formalità imposte legalmente o stabilite nel contratto collettivo in vigore.

Per una corretta comprensione dell'estinzione della relazione lavorativa, è necessario tener conto anche della qualificazione, degli effetti e delle conseguenze giuridiche di una sentenza declaratoria di legittimità –licenziamento giustificato–,

invalidità –licenziamento illegittimo– o nullità –licenziamento nullo– del licenziamento in Spagna, o della nullità, annullabilità o inefficacia in Italia.

In questo testo riproponiamo la necessità della rinascita del dibattito sulle conseguenze dei licenziamenti illeciti a causa dell'attuale indebolimento delle condizioni, delle garanzie e dei diritti dei lavoratori.

Nell'ordinamento giuridico spagnolo questo indebolimento si attribuisce a diversi fattori tra cui il più evidente è l'accettazione da parte dei tribunali del diritto del datore di lavoro a licenziare senza giusta causa –ci riferiamo al licenziamento illegittimo o invalido–: la causa si converte in un elemento essenziale per licenziare un lavoratore senza alcun costo –che equivale a un licenziamento legittimo– però non impedisce l'estinzione del contratto di lavoro se il datore è disposto a corrispondere il costo economico del licenziamento senza giusta causa. In effetti l'illegittimità del licenziamento è uno dei fattori eccezionali che, diretta al giorno d'oggi a degiudizializzare il licenziamento, ha terminato per decausalizzarlo. Con questa figura giuridica si concede al datore di lavoro la facoltà di rescindere dal contratto senza la necessità di una causa, con l'unica condizione di garantire il pagamento di un indennizzo economico o costo di licenziamento.

Quanto detto finisce per trasformarsi in un difetto innato dell'ordinamento giuridico spagnolo: il paradosso si produce perché, teoricamente, il sistema non riconosce il licenziamento privo di causa; però, in assenza della causa, la normativa spagnola lo cataloga come licenziamento illegittimo o invalido –licenziamento senza giusta causa– tale operazione implica privare l'atto delle sue conseguenze normali –renderlo nullo–. Alla fine si produce l'estinzione in cambio –o per sostituzione– dell'ottenimento del corrispondente costo economico al lavoratore.

Questa deformazione delle nozioni fondamentali provoca una serie di conseguenze che terminano con il danneggiare la logica stessa del licenziamento; ma non solo questo, perché il risultato del dibattito politico sul licenziamento si riduce o conclude in un problema di costi economici –allontanandosi dai veri interroganti del licenziamento che, a nostro avviso, non si sintetizzano solo nell'indennizzo economico, nel salario per anni di servizio, in “*salarios de tramitación*” o nella prorata delle mensilità pertinenti; inoltre, ci sono anche problemi relazionati ai diritti e garanzie dei dipendenti e al potere imprenditoriale, tra molte altre questioni–.

In tal senso, nell'ordinamento giuridico italiano, con la recente riforma Fornero –legge 92/2012– è stato eliminato il sistema sanzionatorio unitario basato sulla riassunzione del lavoratore per licenziamento illegittimo –più tecnicamente, è stata eliminata la riammissione in determinati casi di licenziamento illegittimo–. In effetti con l'attuale regolamentazione italiana non è sicuro che si possa ottenere la riammissione del lavoratore. Tuttavia crediamo che sia un sistema un poco più protezionista di quello spagnolo per il fatto di mantenere la riassunzione o reintegrazione di licenziamenti nulli e in alcuni casi annullabili –seppur con indennizzo limitato–.

A quanto precede c'è da aggiungere anche la recente riforma del Decreto Legislativo 23/2015, del 4 marzo, disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, la cui conseguenza principale è che, nei licenziamenti

per giustificato motivo oggettivo dai contratti stipulati a partire dalla loro entrata in vigore, non esiste più la riassunzione del lavoratore ma solo la fine della relazione lavorativa per estinzione indennizzata, il che significa che la maggior parte dei licenziamenti individuali si gestisce in questo modo producendo un appello lecito alla frode alla legge.

Riassumendo, e purtroppo, –in Spagna il licenziamento libero ma indennizzato è stato istituito da tempo– l'Italia sembra approssimarsi a un licenziamento libero poco indennizzato la cui riassunzione potrà darsi solo in casi di trasgressione dei diritti fondamentali e di discriminazioni.

Da ultimo, lo scenario politico-giuridico non sceglie di dedicare lo sforzo necessario per correggere la carenza, né per migliorare ciò che già funziona. Le osservazioni precedenti corroborano la nostra affermazione riguardo la complessità e l'importante contenziosità del tema.

Poste le basi per la comprensione del regime giuridico del licenziamento disciplinare esponiamo una serie di conclusioni e proposte *de lege ferenda* in riferimento a entrambi gli ordinamenti giuridici –italiano e spagnolo–.

Nelle conclusioni di questa ricerca si mette in discussione in modo critico e propositivo l'istituzione del licenziamento prendendo in considerazione le importanti trasformazioni sociali ed economiche riscontrate attualmente. Il punto di partenza delle stesse si individua, non solo nella crisi economica che stiamo attraversando, ma anche nella crisi sociale e di valori, così come nella constatazione della crisi istituzionale e della rottura della regolamentazione del lavoro che grava sull'ordinamento giuridico spagnolo e italiano.

È evidente che la legislazione del lavoro che regola il licenziamento non risponde pienamente alle caratteristiche del contesto sociale ed economico nel quale deve applicarsi, né alle esigenze di una politica che sembra favorire il datore di lavoro a scapito del lavoratore.

La pretesa di riforme non è stata altro che uno spostamento della tutela dei diritti fondamentali del lavoratore verso la protezione dei poteri del datore di lavoro: alla luce di quanto detto, non possiamo negare che ci troviamo dinnanzi a una delle figure più incandescenti che attualmente possiamo riscontrare nel Diritto del Lavoro.

In questo contesto le costanti riforme proiettate alla regolazione delle modalità estintive del contratto di lavoro hanno prodotto uno scenario politico-giuridico che ha sostenuto, in modo energico e coraggioso, l'idea che la regolamentazione rigida del mercato del lavoro è il principale colpevole della distruzione dell'occupazione.

Come logica conseguenza dell'affermazione anteriore si è considerato che il datore di lavoro possieda alti costi economici per trattare, mantenere o licenziare i lavoratori e, soprattutto, eccessive difficoltà per la gestione, il mantenimento e il governo della sua impresa.

Come risultato di quanto detto –in particolare, derivanti da approcci europei– ora, Spagna e Italia, sono paesi che si fondano su un Diritto del Lavoro basato su un

concetto di occupazione mercificata. Di conseguenza, il trattamento giuridico delle modalità estintive e la politica giuridica risultante, nel suo complesso, continuano ad assumere una logica di razionalità monetaria ed economica.

Ci muoviamo verso un modello aziendale più flessibile rispetto alla sua struttura giuridico-organizzativa. I nuovi orientamenti sono diretti a una maggiore tolleranza nell'uso della contrattazione e del licenziamento, che si riassume in un mercato del lavoro temporeggiatore che facilita la rapida transizione di ingresso, uscita e reintegrazione al lavoro dei dipendenti, integrato da un sistema di benefici pubblici per coloro che rimangono senza occupazione –ovviamente a carico del Tesoro pubblico–.

Ciò accerta, nella pratica, che in Spagna –e in alcuni casi anche in Italia– il licenziamento libero è chiaramente permesso, ma questo sì, indennizzato –licenziamento pagato–. È evidente che nella pratica giuridica primeggia il modello di riassunzione scambiabile per denaro –in altri termini, la non riassunzione del lavoratore in cambio della presa in carico del costo del licenziamento; nella prassi, la cosiddetta stabilità obbligatoria– sul modello della riassunzione obbligatoria per qualsiasi licenziamento senza causa e senza forma –la stabilità reale–. Questo è il modello legale in vigore in Spagna e verso il quale si dirige l'Italia: le trasformazioni affrontate evidenziano che ci evolviamo verso un licenziamento sempre più libero e meno indennizzato –recesso unilaterale *ad nutum*–; in sostanza, verso un nuovo diritto flessibile del lavoro.

E anche se non riteniamo possibile arrestare il mutamento che è già cominciato, sì crediamo di aver la capacità di incidere in esso –soprattutto in Italia, situandolo all'inizio di questo percorso–. Per questo motivo l'oggetto di studio abbraccia l'origine storico-normativa dell'estinzione per inadempimento del lavoratore, le sue giuste cause, le formalità procedurali e le conseguenze giuridiche della qualificazione della sentenza. Ciò dall'approccio di due sistemi giuridici: italiano e spagnolo. Al riguardo, si espongono i principali problemi interpretativi di carattere sostanziale e procedurale che possono sorgere, offrendo le soluzioni più conformi al diritto vigente, così come alcune alternative *de lege ferenda* che il legislatore dovrebbe affrontare per una futura riforma del lavoro. Contenuti e conseguenze che possono applicarsi a tutte le categorie rimanenti del licenziamento –non soltanto al disciplinare–. Ciò tenendo presente il nuovo approccio del diritto flessibile del lavoro.

Infine, una volta determinato l'obiettivo, la giustificazione e il contenuto di questo lavoro di ricerca ne deriva precisare la metodologia. Pur ritenendo che il metodo utilizzato deve dedursi dalla stessa ricerca conviene fornire un riferimento previo dell'approccio metodico utilizzato. Per conoscere l'istituzione del licenziamento per inadempimento contrattuale grave del lavoratore è stato considerato il diritto in vigore e primario –sostegno e obiettivo principale della tesi–. Ci ritroviamo di fronte a un lavoro strettamente giuridico e di diritto.

Tuttavia crediamo che sia pertinente relazionare questo diritto vigente con la prospettiva sociale ed economica e in un proiezione normativa e politico-giuridica. È evidente che il diritto non può disconnettersi completamente dallo scenario socio-economico nel quale si inserisce e interrelaziona, perché al contrario condurrebbe a un sapere apparente, di per sé, di una complessa realtà giuridica. La impresa sulla quale si sviluppa la prestazione dei servizi è, prima di tutto, una realtà socio-economica

mantenuta da relazioni lavorative che acquisiscono implicazioni e connotazioni con conseguenze molto diverse.

Non si deve ignorare che il licenziamento è materia che interessa numerose discipline giuridiche e metagiuridiche, ciò fa sì che questa ricerca si sviluppi in un piano di interdisciplinarietà scientifica. Pertanto questo studio dovrebbe prosperare tra discipline giuridiche diverse allo stesso modo in cui si concilia il diritto con altre scienze sociali. Per tanto, non ci tiriamo indietro nel fare riferimento, laddove riteniamo opportuno, a elementi facenti parte di altri campi del sapere.

Esaminando ulteriormente il tema, i modelli di sviluppo della presente ricerca constano di un'impostazione e una metodologia basata sull'analisi e sullo studio della normativa, della dottrina e della giurisprudenza. Tutto questo, argomentato nei fondamenti normativi della tutela del lavoro, valutati attraverso opposizioni dottrinali e giurisprudenziali con l'intenzione di unificare la problematica descritta. Ciò, identificando e descrivendo i problemi di interpretazione della legge, con critiche ed elogi all'ordinamento esistente e proponendo la soluzione più adeguata al sistema attuale.

È in virtù di quanto dimostrato che questa tesi dottorale svilupperà un lavoro di raccolta e sistematizzazione di dati, di analisi della situazione attuale e di critiche e proposte di riforma facendo uso delle seguenti linee metodologiche: 1°) Ricerca sistematizzata: spiegazione ordinatrice delle disposizioni giuridiche, dottrinali, giudiziali e legislative. 2°) Ricerca *lege lata* o interpretativa: interpretazione delle leggi, sentenze e dottrina scientifica, impostando il problema interpretativo, illustrando alternative e giustificando la soluzione pertinente. 3°) Ricerca *lege ferenda* o riformatrice: critica della soluzione vigente e formulazione e difesa del suo cambiamento per un'altra soluzione –con l'obiettivo di sollecitare le autorità competenti–.

Si crede che questa ricerca, dalle sue riflessioni analitiche, profonde e propositive, abbia l'aspirazione effettiva di trasformarsi in un'opera di riferimento per i distinti settori professionali relazionati con la stessa.

La ragione ultima di questa ricerca si concentra, principalmente, nella strumentazione giuridico lavorativa di un sistema giusto ed equilibrato rispetto al licenziamento del lavoratore, incamminandoci, essenzialmente, nella ricerca di un metodo di estinzione della relazione lavorativa che protegga, giuridicamente, tanto l'impiegato quanto il datore di lavoro.

Questi sono gli obiettivi e le finalità del testo che presentiamo essendo coscienti che la tesi dottorale è un lavoro di ricerca nel quale si impara e si utilizzano i metodi propri della disciplina.

BILANCIO E PROSPETTIVE: CONCLUSIONI E PROPOSTE *LEGE FERENDA*

1. Il licenziamento disciplinare

Il licenziamento disciplinare è una modalità estintiva di carattere individuale che interconnette la potestà sanzionatoria dell'imprenditore con l'estinzione contrattuale in base al principio di causalità sostenuto da un grave inadempimento contrattuale di chi presta i suoi servizi.

È un negozio giuridico unilaterale ed extragiudiziale, di carattere recettizio, con il quale il datore di lavoro decide di risolvere la relazione contrattuale che lo vincola giuridicamente al lavoratore. È uno strumento lecito con il quale si vuole tutelare l'interesse dell'impresa cercando di combattere le disobbedienze o gli inadempimenti del lavoratore.

Infatti, la risoluzione disciplinare è un atto costitutivo con il quale il datore di lavoro risolve il contratto di lavoro del dipendente estinguendo gli obblighi a cui erano vincolate le parti senza che tale cessazione venga necessariamente confermata da organi esterni.

Pertanto, il licenziamento disciplinare è un atto di autotutela privata. Ma anche se si caratterizza per essere un atto unilaterale del datore di lavoro, il licenziamento è subordinato al rispetto di condizioni specifiche legate alla sua causa e alla sua forma.

2. Fin dalle origini normative l'imprenditore ha avuto facoltà di licenziare di fronte l'inadempimento del lavoratore

L'evoluzione della regolamentazione del licenziamento è la storia della continua fissazione di limiti imposti al potere di licenziare dell'imprenditore, ma mai senza sopprimere o negare l'esistenza di quel potere naturale unilaterale e in favore del datore di lavoro.

Originariamente, il licenziamento si è basato su un atto di autonomia privata dell'imprenditore che produceva la cessazione automatica del rapporto di lavoro. Ma man mano che i progressi sono stati compiuti, emergono doveri causali che finiscono per rompere la configurazione iniziale per trasformare la teoria dell'eccesso di potere del datore di lavoro nella teoria del requisito della ragionevolezza del licenziamento come requisito ineludibile per la sua legittimità: in altre parole, il licenziamento viene trasformato da libero a causale.

3. Il licenziamento disciplinare come negozio giuridico

La facoltà per la quale l'imprenditore esercita il diritto potestativo quando applica il licenziamento disciplinare è un vero negozio giuridico: l'imprenditore utilizza un diritto opzionale –sanzionare o meno–.

Se, infine, l'imprenditore decide di sviluppare il negozio giuridico –esecuzione del licenziamento disciplinare– estinguerà il rapporto di lavoro senza nemmeno richiedere la partecipazione del giudice.

4. L'irrilevanza di una descrizione dettagliata delle giuste cause di licenziamento disciplinare e la rilevanza assoluta dei tribunali

La tecnica disciplinare all'articolo 54 ET integra due livelli legali. Il nucleo duro che combina una causa generica basata sull'inadempimento grave e colpevole del lavoratore. Fuori dal nucleo centrale si delimita una normativa di concretezza e di graduazione delle cause specifiche ereditate dalla tradizione legislativa e trascritta in modo esemplificativo, in termini generici e dalla massima ampiezza. Si conferma così l'irrilevanza della lista delle giuste cause dell'articolo 54.2 ET.

D'altra parte la contrattazione collettiva è importante nella misura in cui non si possono sanzionare con il licenziamento quei comportamenti che il contratto collettivo qualifica come mancanze gravi non sanzionabili con la pena più alta –anche se riuniscono le condizioni generali dello stesso– che favorisce il lavoratore. Tuttavia, se il contratto collettivo considera un'azione come mancanza punibile con il licenziamento e non raggiunge la nota di gravità e colpevolezza richiesta dal nucleo duro della disposizione non potrà costituirsi una giusta causa disciplinare per violare la normativa generale.

Questo scenario legale dove si mescolano delle caratteristiche indeterminate di gravità e colpevolezza con una lista aperta e generica di cause di licenziamento, a cui si aggiunge un'interazione imperfetta tra legge e contratto collettivo, riunisce i requisiti necessari affinché le risoluzioni giudiziali siano il fondamento basilare di questa figura giuridica: la giurisprudenza diventa l'unico strumento realmente efficace per ottenere una risposta giuridica alla questione pratica.

5. La natura aperta delle giuste cause disciplinari dell'articolo 54.2 ET

Risulta marginale il dibattito sulla relazione aperta o chiusa del catalogo di giuste cause di licenziamento disciplinare –articolo 54.2 ET–. La verità è che questa disposizione contiene condotte con ampiezza sufficiente per comprendere tutti i comportamenti umani che implicino una disobbedienza del dipendente.

Inoltre, la discussione perde di qualsiasi interesse con un'analisi dettagliata della trasgressione della buona fede contrattuale e dell'abuso di fiducia dell'articolo 54.2.d) ET. In effetti questa giusta causa può essere utilizzato senza troppo sforzo interpretativo per giustificare qualsiasi comportamento che consiste in un inadempimento grave e colpevole del lavoratore.

Noi difendiamo –senza alcun dubbio a riguardo– che questa lista è una mera approssimazione enumerativa o esemplificativa di comportamenti umani che implicano –o possono implicare– un licenziamento disciplinare.

6. La gravità e colpevolezza dell'inadempimento contrattuale del lavoratore in conformità all'ordinamento del lavoro spagnolo

Per iniziare la valutazione di un licenziamento disciplinare deve sussistere un inadempimento del contratto di lavoro. A sua volta questa disobbedienza deve riunire i caratteri della gravità –grado in cui il lavoratore infrange un obbligo lavorativo e la ripercussione dello stesso– e della colpevolezza –recriminazione dell’infrazione–. Si tratta di due giudizi giuridici indipendenti, ma che devono concorrere congiuntamente per costituire un licenziamento disciplinare: giudizio di gravità e giudizio di colpevolezza.

La ponderazione della gravità risiede, in sostanza, nell’intensità della lesione prodotta. La ponderazione della colpevolezza richiede l’imputabilità della condotta del lavoratore –anche se non sia in termini di paternità *stricto sensu*–. Affinché la sua colpevolezza venga sanzionata con la massima sanzione disciplinare si richiede che l’impiegato intervenga consapevolmente e volontariamente: in altre parole, che esista dolo o imprudenza –negligenza o mancanza di tempestività della dovuta cura e attenzione nello svolgimento degli obblighi– che può danneggiare l’elemento spirituale del contratto di lavoro.

La gravità e la colpevolezza sono formalità di esigenza cumulativa che devono ponderare tutti i loro aspetti, obiettivi –gravità– e soggettivi –colpevolezza–, tenendo conto degli antecedenti e delle circostanze coeve. Nell’analisi non ci si deve dimenticare dell’applicazione della dottrina gradualista o della proporzionalità tra il fatto, la persona e la sanzione –che permette l’ammissione di gradi–.

Allafine qualsiasi comportamento del lavoratore che possieda certa intensità nella lesione prodotta e piena consapevolezza del fatto che il suo comportamento danneggia l’elemento spirituale del contratto o, in sua mancanza, negligenza grave, potrà facilmente sostenere il licenziamento disciplinare del lavoratore.

7. La ragionevolezza nella scelta della misura sanzionatoria imposta dall’imprenditore

La decisione dell’imprenditore di sanzionare il lavoratore sarà ragionevole –razionalità dei fini– se lo strumento utilizzato –il licenziamento disciplinare– raggiunge l’interesse perseguito –sanzionare l’inadempimento contrattuale grave e colpevole del lavoratore–. E cosa è ragionevole? È ciò che è considerato giusto o conforme alla ragione.

Accade che in scenari in cui esiste un margine di scelta a causa di alternative diverse, è comune che si localizzino anche tentativi reali di un uso arbitrario e irregolare degli stessi: la sanzione di licenziamento di un lavoratore è uno strumento potente e pretenzioso per chi deve punire l’inadempimento o la disobbedienza, che, inevitabilmente, finisce per causare maggiore incertezza giuridica nello stesso strumento estintivo disciplinare.

Incetza giuridica che, normalmente, sorge in situazioni in cui esiste una clausola generale con un certo grado di indeterminatezza, che finisce per facilitare la comparsa di interessi particolari in chi possiede la facoltà di decidere.

8. Il problema della ragionevolezza: il margine di discrezionalità inerente alla valutazione interpretativa della norma

Nella valutazione giudiziaria dei concetti giuridici indeterminati, il giudice dovrà realizzare un'analisi comparativa basata su criteri oggettivi-normativi –non soggettivi– che giustifichino l'interesse di prevalenza nel caso specifico. Si esige solo un adeguato giudizio di ragionevolezza: cioè, una risoluzione basata sul diritto –anche quando possieda elementi di discrezionalità– che rispetti i fatti e il precetto applicabile al caso specifico.

Per questo motivo è comune che la norma sia completata, nella sua giustificazione, con valutazioni che superano il rigoroso livello giuridico –regole metagiuridiche– causando maggiore sfiducia nei soggetti interessati –lavoratore e imprenditore–: tuttavia, è consentito, dal momento che la norma stessa ammette discrezionalità nell'interpretazione giuridica.

La pratica ci mostra come le situazioni esposte alla valutazione giudiziaria sono risolte in modo diverso in funzione del momento o delle circostanze esistenti. Il senso giurisprudenziale, attualmente, possiede tinte culturali industrializzate e mercantilizate rispetto al rapporto di lavoro, scenario accompagnato dalle riforme del lavoro e i testi normativi europei.

9. La mercantilizzazione del lavoro

Viene proposto un cambiamento strutturale del sistema basato sull'idea di rafforzare la sicurezza del posto di lavoro, ridurre la disoccupazione e semplificare il mercato del lavoro a scapito della riduzione dei diritti sociali fondamentali inerenti al costituzionalismo socialdemocratico.

Questo cambiamento di modello riduce la garanzia di stabilità del posto di lavoro, i costi del licenziamento e la tutela dei lavoratori, accettandosi una maggiore mercantilizzazione nella sfera del lavoro. È così che, inevitabilmente, la logica socio-lavorativa entra in conflitto con la logica economica.

10. La proporzionalità e compatibilità del Diritto del Lavoro e del Diritto Sociale al lavoro

Il Diritto del Lavoro e il Diritto Sociale possiedono carattere complementare senza che debba esistere un'automatica esclusione o sostituzione nel suo utilizzo. Inoltre, in un contesto di depressione economica, è conveniente proteggere il lavoratore di fronte a quelle ingerenze capricciose dell'imprenditore che decide di licenziare in modo ingiustificato.

In effetti, preferiamo scommettere su un sistema dove entrambi gli elementi non sono escludenti tra di essi. Pertanto, *de lege ferenda*, sarebbe positivo anche in situazioni di recessione economica, aumentare la protezione di Previdenza Sociale e i suoi meccanismi compensatori, senza diminuire le tutele dei lavoratori nei licenziamenti illeciti.

Qualsiasi trasformazione o modifica normativa dovrebbe tenere in conto che le garanzie legali del lavoro e le garanzie legali del sistema di Previdenza Sociale, non sono sostitutive le une dalle altre, perciò aumentare la garanzia del lavoro non significa

che debba diminuirsi la garanzia sociale; né viceversa. Entrambe possono aumentarsi in modo proporzionale.

11. La logica economica e logica giuridica

La categoria dell'efficienza è stata introdotta nelle ideologie costruttive o distruttive del Diritto del Lavoro. Al riguardo deve evitarsi la sostituzione di termini giuridici o protezionisti del diritto per termini di efficienza o di rendimento –basato su espressioni di redditività o produttività–.

Ma contemplare la cultura industriale dell'efficienza economica “arci-nemica” delle istituzioni giuridico-lavorative sarebbe un errore insormontabile da parte della dottrina, dell'ordinamento giuridico e anche da parte del legislatore.

Crediamo che sia il modello dell'efficienza come quello della tutela e protezione dei lavoratori possono e devono essere compatibili con il mandato del Diritto del Lavoro. Inoltre: deve essere l'obiettivo primordiale per un corretto e migliore sviluppo economico, lavorativo e del mercato.

L'obiettivo non deve incentrarsi nell'imposizione del valore sociale della tutela dei lavoratori –a scapito della razionalità economica– o del valore efficiente dell'economia e del rendimento della produttività o progresso del mercato –a danno della razionalità sociale–.

I suddetti valori devono essere sviluppati congiuntamente in quanto non si escludono a vicenda: le norme legali vigenti devono svilupparsi e costituirsi con l'impregnazione di termini e valori economici ed efficienti, ma anche con termini e valori sociali e protettori delle condizioni di lavoro.

Sosteniamo che è possibile –e senza rischi– costruire un governo democratico dell'economia sulla base di un insieme di diritti sociali fondamentali di efficacia reale. Pertanto, è possibile riconoscere simultaneamente, non solo il garantismo economico, ma anche il garantismo legale del lavoro e il garantismo legale della Previdenza Sociale –senza un carattere esclusivo né sostitutivo–.

Ad ogni modo siamo coscienti del fatto che non esiste una teoria completa perfetta che risolva tutti i problemi reali. Questo sì, una costruzione vicina a un sistema estintivo corretto sarebbe sostenuto da un modello, concedendo libertà alla società di licenziare ma sommettendola a controlli esterni che precludono decisioni arbitrarie o abusive, effettui il licenziamento pagando un risarcimento adeguato al lavoratore licenziato che soffre le conseguenze dell'estinzione; sistema necessariamente vincolato a efficienti politiche per l'occupazione e per la protezione sociale con efficacia reale per ridurre la durata del periodo di disoccupazione del lavoratore, parimenti, mantenendo i livelli di reddito minimo e dignitoso dell'uomo –in cui si esteriorizza la massima espressione della carenza del modello legale attuale–.

12. La costruzione teorico-normativa del licenziamento disciplinare in Spagna

Il punto interessante dell'articolo 54 ET consiste nell'accogliere –come elemento chiave– il principio di causalità, che si trasforma in massimo esponente del diritto al lavoro riconosciuto costituzionalmente bandendo –teóricamente– il licenziamento *ad nutum* in favore di quello che si conosce come licenziamento *ad causam*.

Per essere legittimo il licenziamento deve riunire le condizioni che esige il principio di colpevolezza –comma 1 dell'articolo 54 ET–; e anche, il principio di gravità –stabilito anch'esso nel suddetto comma–. Entrambi i principi obbligano a un'analisi meticolosa delle circostanze concorrenti. Quanto precede rende particolarmente difficile –e non opportuno– poter generalizzare qualsiasi teoria in materia di licenziamento, concretamente, nel disciplinare.

Inoltre, nessuno dei comportamenti esemplificativi e generici stabiliti nell'articolo 54.2 ET opera automaticamente come giusta causa dell'estinzione del contratto di lavoro. Ognuno dei comportamenti dovrà essere analizzata individualmente nel momento in cui si verifica con gli effetti e le conseguenze che ha causato dovendo sempre riunire, congiuntamente, il giudizio di gravità e di giudizio di colpevolezza.

13. Assenze dal lavoro ripetute e ingiustificate o mancanza di puntualità al lavoro

La prima delle giuste cause di licenziamento disciplinare si riferisce alle “*assenze dal lavoro ripetute e ingiustificate o mancanza di puntualità al lavoro*”. L'elemento caratteristico è la mancanza del lavoratore dal suo posto di lavoro, assenza che nel primo caso è completa –mancanza assoluta durante l'orario giornaliero–, mentre nel caso di ritardo è parziale –mancanza in un qualsiasi momento della giornata–. In effetti, entrambe le cause trasgrediscono la principale responsabilità dell'impiegato –presenza sul lavoro– che implica la mancata prestazione del servizio.

La distinzione tra assenza e mancanza di puntualità si basa sulla gravità: crediamo che sia più grave l'assenza totale dal posto di lavoro –mancanza dal lavoro– che l'assenza parziale –mancanza di puntualità–. Per questo motivo, l'assenza totale di solito si determina in base a lassi di tempo brevi –settimana, quindici giorni o mese– mentre la mancanza di puntualità o assenza parziale tiene conto di periodi di tempo più lunghi –tre mesi, sei mesi o un anno–.

Per un'elencazione dettagliata del computo del periodo di tempo, il contratto collettivo si erige a strumento fondamentale e guida per individuare la quantità necessaria di assenze e mancanze di puntualità. Tuttavia non illudiamoci: che venga prevista o meno reiterazione necessaria delle assenze o delle mancanze di puntualità nel contratto collettivo ciò che è sicuro è che –alla fine– saranno i criteri di ragionevolezza quelli che saranno applicati dal giudice a sua propria discrezione.

In ogni caso l'assenza e le mancanze dovranno essere ripetute –elemento di determinazione della gravità– e ingiustificate –elemento di determinazione della colpevolezza– quando si analizzeranno le specifiche circostanze della violazione avvenuta.

La ripetizione di assenze e mancanze si trasforma nel massimo esponente della gravità dell'inadempimento: in base al principio di proporzionalità si dichiarerà non

legittimo il licenziamento basato in una sola assenza dal lavoro –ciò non conferma l'automaticità del licenziamento quando si verificano due o più mancanze–.

Allo stesso modo gli inadempimenti lavorativi devono essere anche colpevoli. Se l'assenza del lavoratore o la sua mancanza di puntualità sono giustificate non sussiste alcun inadempimento lavorativo.

14. Indisciplina o disobbedienza al lavoro

La seconda delle giuste cause di licenziamento disciplinare si riferisce alla “*indisciplina o disobbedienza sul lavoro*”. Sono termini diversi che definiscono un singolo inadempimento contrattuale. La disobbedienza si riferisce alla mancata obbedienza agli ordini o alle istruzioni regolari dell'imprenditore o superiore. L'indisciplina –di maggiore ampiezza rispetto alla disobbedienza– si riferisce all'inadempimento del contenuto stesso degli obblighi e responsabilità del posto di lavoro e delle norme lavorative senza che ci sia un'opposizione esplicita a un ordine specifico –dove, a nostro avviso, si include la disobbedienza stessa–.

L'indisciplina o disobbedienza sanzionabile con il licenziamento disciplinare richiede un triplice requisito legale: la gravità, la colpevolezza e la mancanza di una giustificazione.

La gravità della condotta dell'impiegato si manifesta attraverso la sua volontà di disobbedire agli ordini dell'impresa, ciò si aggrava in caso di reiterazione da parte del lavoratore o per l'esistenza di danni significativi per l'impresa.

Nella determinazione della colpevolezza i tribunali tengono in conto criteri soggettivi –di natura psichica o psicologica che fanno sì che corrisponda al lavoratore l'onere della prova– così come elementi oggettivi –forza maggiore o caso fortuito– che possono escludere o diminuire totalmente o parzialmente la responsabilità dell'impiegato.

Ma per poter sostenere questo inadempimento –oltre alla gravità e alla colpevolezza– si richiede anche la mancanza di giustificazione per la resistenza all'ordine regolare dell'imprenditore. I tribunali giudiziari continuano applicando la dottrina tradizionale denominata *solve et repete* che consiste nell'obbedire prima e reclamare dopo. L'obiettivo di questo principio consiste nel combattere il fatto che il lavoratore non possa istituirsi come definitore dei suoi obblighi.

Attualmente è ammissibile lo *ius resistentiae* come meccanismo delimitatore dell'esercizio abusivo delle facoltà direttive del datore di lavoro: pertanto, il dovere di obbedienza che possiede l'impiegato finisce lì dove l'ordine abbandona il quadro della legalità.

15. Offese verbali e fisiche al datore di lavoro o alle persone che lavorano nell'impresa o ai familiari che convivono con questi

La terza delle giuste cause di licenziamento disciplinare si riferisce alle “*offese verbali e fisiche al datore di lavoro o alle persone che lavorano nell'impresa o ai familiari che convivono con questi*”. Le offese che siano consumate attraverso la parola

–verbali– o attraverso la violenza corporale –fisiche– attentano al soggetto offeso nel suo diritto alla vita o all'onore, all'integrità fisica, all'integrità morale o alla libertà e alla sicurezza. Diritti fondamentali riconosciuti nel testo costituzionale spagnolo e pienamente vincolati al diritto alla dignità della persona.

Le offese fisiche normalmente si stimano gravi per le loro stesse caratteristiche così che, salvo che concorra una causa giustificativa, il licenziamento sarà dichiarato legittimo. Tuttavia, la valutazione delle offese verbali risulta più complessa essendo consapevoli del fatto che la reiterazione e insistenza delle offese aumenta la gravità della condotta.

Ma per giustificare il licenziamento disciplinare l'offesa deve anche essere colpevole. Per una determinazione adeguata della colpevolezza si deve riscontrare l'imputazione dell'azione offensiva al lavoratore oltre che tenere in conto il suo stato soggettivo al momento dell'inadempimento lavorativo –perdita del controllo, provocazione previa e patologie o disturbi psichici–.

Alla fine la determinazione della gravità e della colpevolezza si dovrà realizzare caso per caso, tenendo presente in modo particolare il contesto nelle quali si sviluppano le offese, le circostanze attenuanti e aggravanti, l'*animus injuriandi* e, soprattutto, la stessa interpretazione soggettiva del giudice; senza dimenticare, ovviamente, la dottrina gradualista che cerca il giusto equilibrio tra l'infrazione e la sanzione.

Ad ogni modo, quelle offese vincolate –in qualche modo– all'attività lavorativa dovranno intendersi inclusi nella lettera c), e, in sua mancanza, per ampiezza e attrazione è possibile introdurre detta mancanza attraverso la lettera d) dell'articolo 54.2 ET.

16. La trasgressione della buona fede contrattuale, così come l'abuso di fiducia nello svolgimento del lavoro

La quarta delle giuste cause di licenziamento disciplinare si riferisce alla *“trasgressione della buona fede contrattuale, così come all'abuso di fiducia nello svolgimento del lavoro”*. Anche se la disposizione per la sua lettura testuale sembra riferirsi a due cause distinte la realtà è che ci troviamo di fronte a un unico fondamento.

Si considera buona fede uno standard giuridico che mira ad adeguare le condotte agli imperativi etici –fiducia etica– e professionali –fiducia tecnica– che la coscienza sociale richiede permettendogli trasformarsi in principio generale e necessario dell'ordinamento giuridico spagnolo.

Ma il principio della buona fede completa il contenuto del negozio al di là delle concrete previsioni che realizzano le parti e incluso oltre ciò che può disporre la norma che lo regola: in effetti, va più in là delle implicazioni contrattuali pattuite. La buona fede è un concetto aperto al mondo delle valutazioni sociali. La sua esistenza ha cercato l'incorporazione all'ordinamento giuridico di un fattore di flessibilizzazione capace di adattare la norma alle nuove circostanze e ai valori della società.

In questa giusta causa di licenziamento non c'è una chiara linea giurisprudenziale che esamini la gravità e la colpevolezza del lavoratore; al contrario sono piuttosto

torbide. Ci sono risoluzioni giurisprudenziali che applicano la dottrina gradualista analizzando la condotta grave dell'impiegato dopo aver valutato le circostanze concorrenti; ma si trovano anche risoluzioni giudiziali che non ammettono l'esistenza di gradi e che direttamente considerano che si sia violata la buona fede contrattuale. Non esiste nemmeno un criterio uniforme nella valutazione della colpevolezza del trasgressore infrangendosi questo precetto quando la condotta dell'impiegato si realizzi dolosamente o colpevolmente e con piena coscienza; tuttavia, poi infrangersi anche con semplici comportamenti che potrebbero catalogarsi come imprudenti o negligenti. Ribadiamo: non c'è nulla di chiaro né determinato.

Crediamo che il perseguimento del licenziamento debba essere affrontato secondo modalità gradualista –non in modo oggettivo o automatico– cercando il giusto equilibrio tra l'infrazione dell'impiegato –condotta del lavoratore nell'adempimento dei suoi obblighi contrattuali– e la sanzione del datore di lavoro, ovviamente, applicando un criterio individualizzatore che dia valore alle peculiarità e realtà di ciascun caso concreto.

Alla fine le sentenze suscitano l'impressione che i tribunali operino con grandi doti di flessibilità e casuismo: in effetti, i tribunali agiscono senza un criterio normativo definito e a volte senza criterio giurisprudenziale –o per meglio dire, con molti criteri giurisprudenziali– che finiscono per provocare procedimenti giudiziari soggettivi e non soggetti a standard oggettivati.

La conseguenza logica di questa eterogeneità giurisprudenziale –che consideriamo praticamente inevitabile non solo per la logica ampiezza dei contenuti della norma ma anche per la realtà lavorativa in sé e per l'influenza del soggettivismo epistemologico del giudice– non è altro che un'esplicita sensazione di insicurezza giuridica.

17. La continua e volontaria diminuzione nel rendimento del lavoro normale o pattuito

La quinta delle giuste cause di licenziamento disciplinare si riferisce alla “*continua e volontaria diminuzione nel rendimento del lavoro normale o pattuito*”. In modo ordinato e per un periodo di tempo ragionevole si deve osservare l'impiegato per valutare se la sua attività si sviluppa con il rendimento appropriato rispetto a come fa ordinariamente.

La messa in pratica di questa giusta causa di licenziamento sembra circoscritta dall'interpretazione giurisprudenziale dominante che finisce per richiedere –per la legittimità del licenziamento– una prova di dati quantitativi riguardo il rendimento che si questiona. Tuttavia, non difendiamo le voci che stabiliscono che l'applicazione di questa causa di licenziamento solo potrà contemplarsi quando l'attività sviluppata dal lavoratore è suscettibile di quantificazione –e non di qualificazione–. Crediamo che qualsiasi sia l'attività la sua realizzazione si tradurrà in un concreto risultato che in funzione dello stesso potrà –o meno– prevedere un licenziamento legittimo. Nonostante ciò, siamo coscienti del fatto che la tendenza dottrinale e giurisprudenziale consiste nel derivare questo inadempimento ad altro tipo di giuste cause quando la produttività del lavoratore sia di difficile quantificazione.

Oltre ai requisiti generali della gravità e della colpevolezza si richiede che la diminuzione sia notevole, costante e volontaria.

Non esiste una regola generale che determini una percentuale esatta per stimare una diminuzione del rendimento notevole. Dalle sentenze dei tribunali spagnoli possiamo estrarre un certo criterio orientativo: le diminuzioni del rendimento nel lavoro inferiori al 10 per cento –calcolato in base a un rendimento medio– non sono solite riunire i requisiti necessari della gravità richiesta; ma quando la diminuzione del rendimento supera il 20 per cento, si riuniscono le condizioni necessarie per assegnare a questa riduzione gravità sufficiente. Nel limbo tra il 10 e il 20 per cento è la giurisprudenza che dovrà far chiarezza con il suo libero arbitrio.

La continuità rivela la gravità dell'inadempimento dovendosi mantenere per un periodo ragionevole di tempo. La casistica giurisprudenziale finisce per essere molto varia ammettendo sì periodi di tempo che vanno da pochi giorni a mesi passando –nuovamente– all'arbitrio giudiziale. Nel complesso la continuità nella diminuzione deve prodursi durante un periodo di tempo sufficiente che riveli che non è temporanea o occasionale.

La volontarietà rivela la colpevolezza dell'inadempimento. In assenza di volontarietà ci troveremo di fronte a un caso di inettitudine –pertanto, non di licenziamento disciplinare ma di licenziamento per circostanze oggettive–. Gli inadempimenti volontari sono quelli che si producono in modo consapevole essendo possibile un aumento del rendimento del lavoro se l'impiegato lo volesse. Che la diminuzione del rendimento debba imputarsi alla condotta volontaria del lavoratore non significa che esista dolo o volontà di nuocere: incorre anche in questa causa di licenziamento disciplinare chi agisce con mancanza di zelo nello svolgimento delle sue occupazioni.

Un'altra volta, la giurisprudenza che si trova in questa causa di licenziamento è troppo varia. La conseguenza logica di questa diversità giurisprudenziale ci fa continuare ad affermare l'esistenza di alti livelli di insicurezza giuridica. Alla fine sono gli stessi tribunali che con loro arbitrio decideranno giuridicamente riguardo la liceità o meno del licenziamento disciplinare.

18. Ubriachezza abituale o tossicodipendenza se incidono negativamente sul lavoro

La sesta delle giuste cause di licenziamento disciplinare si riferisce alla *“ubriachezza abituale o tossicodipendenza se incidono negativamente sul lavoro”*. Si deve notare che il testo normativo impone le condizioni dell'abitualità e della ripercussione negativa sul lavoro in relazione alle condizioni generiche dell'articolo 54.1 ET –anche se siamo consapevoli della successiva in determinazione degli elementi richiesti–.

La sanzione non si applica all'abituale consumo di alcool ma all'ubriachezza abituale –alterazione temporanea delle forze–. Ma l'abitualità non è solita richiedersi nei casi in cui il lavoratore svolge mansioni che possono implicare danni a terze persone.

La tossicodipendenza consiste nella dipendenza patologica da sostanze che procurano sensazioni che sopprimono il dolore. La tossicodipendenza presuppone l'abitudine. Tuttavia conviene tenere in conto che esistono sentenze nelle quali il mero fatto di provocare una situazione di pericolo sul lavoro può essere giusta disciplina di licenziamento disciplinare anche quando l'impiegato non fosse tossicodipendente.

La ripercussione negativa è l'elemento decisivo di questa giusta causa di licenziamento, poiché né l'ubriachezza abituale né la tossicodipendenza del lavoratore sono condotte che, da sole, giustificano il licenziamento. Ci può essere una situazione in cui l'ubriachezza, anche essendo abituale, non incide negativamente sul lavoro, non supponendo così l'estinzione del contratto. Al contrario, può esserci una circostanza di ubriachezza non abituale le cui ripercussioni sul lavoro sono così negative che giustificano il licenziamento. Nel caso della tossicodipendenza l'accusa di gravità si rintraccia nel consumo abituale di droga più che negli episodi abituali di perdita del controllo o alterazione di certe facoltà –giacché lo stesso consumo implica automaticamente la perdita delle capacità–.

Nella valutazione della colpevolezza si rintraccia un'ulteriore difficoltà: se l'inadempimento del lavoratore diventa una condotta patologica che denota malattia da una prospettiva giuridica risulterà difficile imputare un ammalato. Ma la realtà giuridica è differente: i giudici considerano che l'origine patologica del comportamento sanzionabile è estranea alla norma legale e alla giurisprudenza giustificando il licenziamento disciplinare per la ripercussione negativa sul lavoro. Questa linea giurisprudenziale finisce per giustificare la colpevolezza del lavoratore nel fallimento volontario dell'interesse per superare la patologia.

Posizione che difendiamo perché crediamo che si generi una situazione che non deve essere sopportata né dal datore di lavoro né dal resto dei colleghi di lavoro. Tuttavia, ciò che è certo è che in situazioni di patologie e malattie dovranno intervenire le prestazioni sociali.

Nonostante ciò, sono usuali le occasioni nelle quali il datore di lavoro preferisce basare il licenziamento su un'altra causa disciplinare per vari motivi: per la difficoltà del dimostrare l'abitudine o la ripercussione negativa richiesta dalla disposizione, per l'indeterminazione, ambiguità e imprecisione degli stessi elementi richiesti, per il nesso causale tra l'azione e la ripercussione negativa o per la disassociazione con i termini di volontarietà e colpevolezza.

19. La molestia per ragioni di razza o origine etnica, di religione o credo, di disabilità, di età o di orientamento sessuale e le molestie sessuali ai danni dell'imprenditore o delle persone che lavorano nell'impresa

La settima delle giuste cause di licenziamento disciplinare si riferisce alla *“molestia per ragioni di razza o origine etnica, di religione o credo, di disabilità, di età o di orientamento sessuale e le molestie sessuali ai danni dell'imprenditore o delle persone che lavorano nell'impresa”*.

Dall'analisi della lettera g) risalta la sua innessarietà perché non aggiunge niente di nuovo all'articolo 54.2 ET: questa causa sarebbe facilmente riconducibile ad altre lettere della stessa disposizione non cambiando nulla del suo testo a tutti gli effetti.

Giuridicamente questa causa è anche difettosa per non stabilire tutto ciò che dovrebbe. In primo luogo, è evidente che qualsiasi molestia avvenuta nell'ambito lavorativo e realizzata da un lavoratore è giusta causa di licenziamento, anche quando il soggetto passivo non sia strettamente l'imprenditore o una delle persone che lavora nell'impresa. Pertanto, il testo sbaglia quando menziona esplicitamente i soggetti passivi ai quali si può rivolgere la molestia tra i quali non si includono i clienti, gli utenti o i familiari dei lavoratori –impedendo di licenziare disciplinarmente per questa causa (sì per altra giusta causa) il lavoratore che li molesta, esternandosi un ulteriore sintomo della sua innessarietà–.

In secondo luogo, la vessazione che si qualifica letteralmente in questa lettera è la molestia per ragioni di razza o origine etnica, di religione o credo, di disabilità, di età o di orientamento sessuale. Tuttavia, per un miglior testo si sarebbe dovuta incorporare qualche clausola che disponesse: *“e qualsiasi altro tipo di molestia non espressa in questa disposizione”*.

20. Incertezza giuridica delle giuste cause di licenziamento disciplinare regolate espressamente dall'ordinamento giuridico spagnolo

Le sette giuste cause disciplinari citate nell'articolo 54.2 ET possiedono una caratteristica comune: l'incertezza giuridica. Tutto ciò che stato menzionato rende particolarmente complicato costituire e universalizzare una teoria precisa in materia di licenziamento disciplinare.

Per quello che riguarda le cause di estinzione è possibile rintracciare elementi comuni –l'analisi della gravità e della colpevolezza– ma è evidente che ogni caso concreto, anche comparando una stessa giusta causa di licenziamento, a pesare delle sue similitudini e analogie, indubbiamente possiederà delle specifiche circostanze che lo renderanno unico, specifico e differente, terminando per impedire qualsiasi similitudine o equivalenza nei fatti o nei comportamenti al momento della valutazione giuridica: in effetti, ogni situazione stimata e valutata dai tribunali sarà diversa a qualsiasi altra anche se si basa in uno stesso comma del licenziamento disciplinare.

Alla fine la legittimità o meno del licenziamento del lavoratore sarà risolta attraverso criteri di ragionevolezza in base alla stessa discrezionalità che l'ordinamento giuridico riconosce al giudice. La valutazione e l'analisi giudiziaria dovranno realizzarsi caso per caso, considerato individualmente, tenendo presente in modo particolare il contesto nel quale l'inadempimento dispiega le sue conseguenze e le circostanze attenuanti e aggravanti della stessa. In effetti, il risultato dipenderà dalle specifiche circostanze del caso e –in parte– dallo stesso soggettivismo del giudice: si limita la validità della causa al soggetto che conosce e giudica conformemente alla comprensione e alla conoscenza e tenendo conto della sua realtà specifica.

Queste conclusioni ci fanno raccomandare –essendo di vitale importanza– una buona difesa giuridica e processuale dell'avvocato con un'impeccabile stesura, descrizione e prova dei fatti che si intendono invocare nel processo.

21. La buona fede contrattuale come unica giusta causa di licenziamento disciplinare

Riteniamo che tutte le giuste cause di licenziamento disciplinare possono ricondurre a un'unica giusta causa che per la vastità della sua ampiezza può dare una risposta giuridica di miglior qualità a tutti i casi che possono verificarsi in una relazione lavorativa: ci riferiamo alla buona fede contrattuale.

La buona fede contrattuale del lavoratore, in piena connessione con la valutazione della gravità e della colpevolezza dell'impiegato, permette una necessaria razionalizzazione della regolazione normativa del licenziamento disciplinare evitando così un suo deterioramento eccessivo.

Ciò che è certo è che ogni causa disciplinare estintiva, senza interpretazione giudiziaria né necessario sforzo teorico, può essere giustificata dall'ampia e legittima buona fede, sostegno e base fondamentale dell'ordinamento giuridico spagnolo e della coscienza sociale. Si badi ai casi dove esiste eccessiva complessità o assenza di valutazione specifica di qualsiasi descrizione disciplinare tipica: in effetti, abbiamo visto e verificato –nel corso di questa ricerca– come sia normale che il licenziamento finisca per essere giustificato dalla buona fede contrattuale e non dalla causa particolare che lo regola.

Questa giusta causa di licenziamento comprende totalmente le insufficienze e mancanze del resto dei fondamenti pienamente vincolati allo sviluppo di un certo comportamento regolato rigorosamente.

La trasgressione della buona fede contrattuale è diventata un modello perfettamente elastico e adattabile, in grado di ricevere, concretamente, qualsiasi comportamento che violi l'interesse dell'impresa o attenti alle sue stesse norme.

Inoltre, si esamina e si giudica l'azione del lavoratore-essere umano che per definizione è irrazionale, rendendo praticamente impossibile –e non raccomandabile– stabilire un elenco o una teoria generale definitiva dove possano apparire tutte le disobbedienze possibili.

Essendo impossibile disciplinare tutte le cause definitive del licenziamento disciplinare o inadempimento contrattuale del lavoratore, insieme al fatto che non crediamo sia adeguato regolare solo alcuni casi specifici escludendo altri –cosa che di per sé crea confusione e vincola la giustificazione e la fundamentazione dell'inadempimento ad alcune determinate caratteristiche e requisiti della stessa causa di licenziamento– riteniamo conveniente la costituzione di una nuova disposizione disciplinare –tanto più quando la maggior parte dei licenziamenti finiscono per basarsi o possono facilmente giustificarsi in una sola causa– nella quale, insieme all'inadempimento contrattuale grave e colpevole del lavoratore –in base a criteri restrittivi e reali della gravità e colpevolezza dello stesso– e facendo menzione esplicita allo stesso principio di proporzionalità, qualsiasi giusta causa disciplinare venga basata sulla buona fede contrattuale e, a partire da qui, ragionare in ogni sentenza –individualmente considerata– sull'azione dell'impiegato, tra le quali si include, ovviamente, quelle enumerate all'articolo 54.2 ET –come mera lista esemplificativa– che, tuttavia, noi ritireremmo dalla stessa normativa per una sua esclusiva regolazione della negoziazione collettiva –considerandola più efficace essendo un testo specifico per un ambito lavorativo particolare–. Crediamo che sia un modo adeguato di eliminare

rigidità integrando, allo stesso tempo, sufficienti elementi di sicurezza giuridica ed economica.

Con questa proposta non pretendiamo decausalizzare il licenziamento disciplinare ma solamente vogliamo che il licenziamento venga utilizzato quando la relazione di fiducia tra il lavoratore e l'imprenditore sia inesorabilmente compromessa.

Non immaginiamo di far crescere o aumentare con questa proposta l'indeterminatezza concettuale anzi tutto il contrario: in questo modo, anche se siamo consapevoli della generalità dello stesso concetto di buona fede, l'indeterminatezza – almeno legislativa– del licenziamento sarà ridotta –anche se per l'ampiezza delle situazioni lavorative reali è praticamente impossibile– poiché se esiste un inadempimento contrattuale grave e colpevole che attenti al dovere fondamentale della buona fede e con la pertinente fondamentazione giuridica del caso analizzato specie dal giudice, non potendo ancora il giudice, semplicemente, rifarsi alla giusta causa stipulata nel momento in cui viene deregolamentata la stessa, di conseguenza, si richiederà all'operatore giuridico una profonda ed elaborata argomentazione delle caratteristiche che confermerebbero, in questo caso, la giusta causa unica e generale del licenziamento disciplinare: inadempimento, grave e colpevole, che attenti alla buona fede contrattuale.

In questo modo, a nostro giudizio, si creerebbe una maggiore sicurezza giuridica dovendosi valutare, in tutti i licenziamenti disciplinari, gli stessi elementi ma caso per caso, analizzati individualmente, senza vincolarsi ad alcune determinate giuste cause, permettendo al giudice di scegliere una sanzione disciplinare proporzionale all'azione commessa o realizzata dal lavoratore –principio di proporzionalità–, dovendo dichiararsi il licenziamento giustificato o legittimo se si riuniscono quelle caratteristiche disciplinari che dovranno essere analizzate ampiamente dal giudice.

Tuttavia, come limite all'uso indebito del licenziamento disciplinare, questa proposta ha senso solamente se si lega alla proposta *lege ferenda* delle conseguenze giuridiche del licenziamento illegittimo che illustreremo successivamente: in questo modo, intendiamo che l'estinzione disciplinare verrà utilizzata solamente –salvo irresponsabilità o imprudenza del datore di lavoro– quando alle azioni del lavoratore debba necessariamente corrispondere l'applicazione del rigore disciplinare.

E diciamo salvo irresponsabilità o imprudenza del datore di lavoro perché difendiamo una maggiore severità e rigore per l'imprenditore che desideri “corrompere” la figura giuridica dell'estinzione disciplinare utilizzandola per qualsiasi inadempimento minimo dell'impiegato o solamente quando aspira all'illegittimità del licenziamento disciplinare –licenziamento libero indennizzato– con il fine di liberarsi del lavoratore attraverso un risarcimento economico.

22. I limiti della formalità procedurali nel procedimento disciplinare estintivo

L'ordinamento giuridico del lavoro stabilisce limiti alla manifestazione del potere disciplinare dell'imprenditore con un elenco di requisiti formali imposti dalla stessa normativa e dai contratti collettivi applicabili.

Tra le formalità risalta quella della obbligatoria conoscenza del lavoratore dell'estinzione del contratto di lavoro. In effetti con la lettera di licenziamento si vuole favorire la conoscenza delle ragioni per le quali si decide licenziare l'impiegato.

Le formalità costituite dalla normativa sono più che giustificate per il fatto che il licenziamento del lavoratore costituisce un atto di volontà dell'imprenditore. Questa configurazione delle formalità procedurali non vuole diminuire il potere dell'imprenditore. Il suo obiettivo è quello di eliminare qualsiasi accenno di arbitrarietà trasformandosi il licenziamento disciplinare nello strumento con il quale ottenere il miglior funzionamento possibile dell'impresa.

Per questo motivo il licenziamento che rispetta le formalità procedurali richieste si erge a strumento adeguato per garantire la giustizia e migliorare l'immagine dell'imprenditore di fronte al personale dell'impresa.

23. La dichiarazione di legittimità o illegittimità del licenziamento disciplinare

In Spagna il licenziamento può essere qualificato come legittimo – giustificato–, illegittimo –invalido– o nullo con differenti effetti legati a ciascuna delle qualificazioni suddette. Al giudice spetta realizzare la qualificazione del licenziamento senza sottostare a ciò che la parte chiede. In effetti si acconsente affinché l'azione di licenziamento si risolva in conformità alle previsioni dell'articolo 55 ET –legittimità, illegittimità o nullità–.

La qualificazione di legittimità del licenziamento implica la ratifica della decisione dell'imprenditore di estinguere la relazione lavorativa dell'impiegato. Per la legittimità deve essere dimostrata la gravità e la colpevolezza dei fatti che si attribuiscono al lavoratore senza violare le garanzie formali legalmente o convenzionalmente previste. Dichiarata la legittimità dell'estinzione della relazione lavorativa si convalderà il licenziamento senza diritto a indennizzo.

La qualificazione dell'illegittimità del licenziamento –invalido– implica che la risoluzione del contratto di lavoro non è stata realizzata in conformità alla legge. L'illegittimità dell'estinzione della relazione lavorativa può stabilirsi per due tipi di ragioni: l'illegittimità materiale o sostanziale e l'illegittimità formale.

Per ragioni sostanziali si dichiara l'illegittimità del licenziamento quando la causa che giustifica l'estinzione non arriva costituire un inadempimento contrattuale sufficiente con il quale liberare il lavoratore dalla relazione lavorativa. Per ragioni di forma si è soliti dichiarare l'illegittimità del licenziamento quando si violano formalità legali o convenzionalmente richieste.

Dichiarata l'illegittimità del licenziamento l'imprenditore potrà optare tra la riammissione del lavoratore o il pagamento di un indennizzo equivalente a trentatré giorni di salario per anno di servizio fino a un massimo di ventiquattro mensilità. Risarcimento economico che permette prescindere dalla funzione garantista delle possibilità di difesa dell'impiegato fronte al provvedimento dell'imprenditore.

Attira la nostra attenzione come il legislatore conceda la facoltà di scegliere all'imprenditore inadempiente e non al lavoratore licenziato –in contraddizione con il principio generale che prevede che la persona lese deve essere chi possiede la facoltà di scegliere la modalità di esecuzione– permettendo confermare la esistenza radicata del licenziamento libero indennizzato o “*desistimiento del empresario pagado*”, che contraddice la stessa natura del diritto al lavoro riconosciuto nella Costituzione Spagnola, che solamente rimarrebbe garantita attraverso la riammissione forzosa del lavoratore anche nei casi di licenziamenti non legittimi.

In effetti traspare un mascheramento tecnico-giuridico con il quale giustificare, sotto il manto protettore di un risarcimento sostitutivo, la condiscendenza legale di un licenziamento libero comprato.

24. Il costo economico di un licenziamento legittimo è zero

È sbagliato affermare che il costo del licenziamento in Spagna è elevato. In materia di licenziamento disciplinare il conto economico per l'imprenditore è zero. Ci spieghiamo: un licenziamento disciplinare legittimo basato su una giusta causa, grave e colpevole, convaliderà l'estinzione del contratto di lavoro senza diritto a indennità né a “*salarios de tramitación*” –articolo 55.7 ET–. Pertanto il licenziamento disciplinare non prevede nessun costo economico.

Quindi, cos'è che ha un costo economico? L'arbitrarietà del licenziamento attuato dall'imprenditore. In effetti, l'arbitrarietà del licenziamento da parte dell'imprenditore, che degrada completamente l'efficacia reale del Diritto del Lavoro, è ciò che ha un costo economico. Il fatto che un atto illegittimo –come un licenziamento non giustificato– possa essere sostituito da un costo economico per l'imprenditore – indennità– costituisce una disfunzione totale del sistema.

Se del licenziamento dell'imprenditore non viene dimostrato l'inadempimento argomentato dal datore di lavoro o la sua forma non risulti legale –articolo 55.4 ET–, il licenziamento sarà illegittimo, implicando così il pagamento di un'indennità per rendere effettiva l'arbitrarietà dell'imprenditore, cosa che i nuovi approcci vogliono ridurre.

Ma, ovviamente, il punto di partenza non deve essere il costo di un licenziamento illegittimo o illecito bensì l'esatto contrario: licenziare legittimamente o – meglio– in modo non arbitrario e conforme alla legge, non ha nessun costo economico. Pertanto, l'approccio che si inquadra nella valutazione economica del licenziamento arbitrario è irrealistico e incorretto.

Tuttavia trattando ancora il costo economico di licenziare illecitamente ci si dimentica che la vera tutela di stabilità reale debba essere la riammissione del lavoratore. Pertanto, non solo ci siamo allontanati dal punto di partenza –licenziare legittimamente non costa denaro– ma ci siamo anche dimenticati del vero strumento che deve essere introdotto automaticamente a causa della non legittimità del licenziamento: la riammissione del lavoratore e non l'indennità. Ossia: si finisce per ammettere la possibilità di licenziare liberamente in cambio di un costo economico.

25. L'esigua indennità economica del licenziamento in Spagna

In altri ordinamenti giuridici –soprattutto europei– è normale che l'indennità economica del licenziamento venga stabilita dal giudice tenendo conto di determinati elementi che permettono stimare il danno reale causato all'impiegato.

Tuttavia in Spagna l'indennità economica del licenziamento illegittimo è tassata legalmente impedendo un risarcimento basato sui danni concreti causati dal licenziamento errato dal punto di vista formale o sostanziale.

Come aspetto positivo l'indennità tassata *ex lege* libera dal provare l'esistenza di danni causati dalla rottura del vincolo contrattuale. Come aspetto negativo non permette dimostrare la superiore quantità economica del danno reale che l'estinzione ha potuto causare al lavoratore.

Questa quantità economica con la quale il datore di lavoro vuole liberarsi del lavoratore possiede natura indennitaria –non salariale–. Risarcimento monetario che aspira a compensare la rottura del vincolo lavorativo senza giusta causa ma non il deterioramento o il danno che l'estinzione illegittima possa causare. In effetti non si vuole riparare il danno sofferto come conseguenza della perdita del posto di lavoro. Questa compensazione per l'esercizio del licenziamento arbitrario sostituisce il risarcimento danni cosa che beneficia l'imprenditore che vuole disfarsi del lavoratore in cambio di un'indennità economica.

A prima vista l'indennità economica per licenziamento in Spagna è più elevata rispetto alla maggior parte dei paesi vicini. Questa affermazione è vera se la comparazione si realizza in base ai sistemi di calcolo delle indennità tassate –salario per anni di servizio più indennità economica non tassata (che in Spagna non esiste per il licenziamento illegittimo)– la realtà è diversa, cosa che permette confermare la visione parziale e inefficace che esiste riguardo indennità per licenziamento.

Ciò che è certo è che se il calcolo della somma economica si realizza tenendo conto solamente dell'indennità tassata, la somma economica del licenziamento in Spagna risulta elevata in comparazione ad altri paesi. Ma se a questa compensazione tassata si somma il risarcimento per i danni causati all'impiegato licenziato –indennità basata sull'arbitrio o valutazione del giudice– la somma economica che sostiene il licenziamento libero in Spagna è inferiore –ancor di più per i lavoratori che a malapena possiedono l'anzianità la cui indennità può essere definita misera–.

È ovvio che l'indennità economica spagnola ignora i danni reali che può subire il lavoratore. Il sistema di indennità tassata consacra la sicurezza giuridica ma può provocare chiare ingiustizie per le ripercussioni che subirà l'impiegato.

26. Conseguenze dell'indennità tassata del licenziamento

I parametri che hanno come fine quello di quantificare l'indennità sono costituiti dal salario giornaliero del lavoratore e dagli anni di servizio nell'impresa. La quantità di questo salario giornaliero moltiplicato per trentatré giorni sarà la quantità dell'indennità corrispondente a ciascun anno intero di servizi. Somma che dovrà moltiplicarsi, a sua volta, per il numero di anni interi di servizio.

Tuttavia troviamo un limite massimo: l'importo indennitario risultante non potrà essere superiore a ventiquattro mensilità salvo che dal calcolo dell'indennità per il periodo anteriore al 12 febbraio 2012 –giorno successivo alla pubblicazione della riforma del lavoro– risultasse un numero di giorni superiore, nel cui caso, si applicherà questo come importo indennitario massimo, senza che, in nessun caso, possa essere superiore a quarantadue mensilità –il tempo precedente a suddetta data si moltiplicherà per quarantacinque giorni e non per trentatré giorni di salario per anno di servizio–.

Che l'indennità del licenziamento venga tassata incide nella sottoquotazione del licenziamento arbitrario dell'impiegato non valutandosi i danni effettivamente causati. Allo stesso modo non permette stimare la colpevolezza dell'imprenditore che proietta un licenziamento ingiusto che dovrebbe tradursi in una certa somma economica a beneficio del lavoratore licenziato.

D'altro canto, è vero che semplifica l'attività probatoria del lavoratore licenziato non dovendo dimostrare i danni che il licenziamento disciplinare gli abbia potuto causare. Semplifica anche il calcolo dell'indennità economica avendo rispettato direttamente il giudice le regole previste per la sua somma.

La compensazione tassata non vuole danneggiare intenzionalmente alcuni soggetti e beneficiarne altri –anche quando questa sia la conseguenza– bensì facilitare l'onere probatorio in cambio di una riduzione economica. Ciò a cui aspira il legislatore con questo importo economico tassato è compensare la perdita dell'impiego e non le conseguenze negative reali allontanandosi da un risarcimento per danni reale.

Perdere un posto di lavoro genererà danni differenti a seconda del lavoratore. Tuttavia, dobbiamo essere consapevoli del fatto che con questo sistema di indennità due lavoratori licenziati aventi uno stesso stipendio e una stessa durata della prestazione di servizi avranno indennità economiche uguali anche se i danni sono differenti.

Disapproviamo che l'elemento base per il calcolo dell'indennità giri intorno alla durata della prestazione di servizi. La conseguenza non sarà altro che un'indennità misera per quelli che posseggono esigua anzianità nell'impresa. Ha anche l'effetto negativo di disincentivare la mobilità lavorativa dell'impiegato: se il lavoratore cambia impresa automaticamente perderà i diritti acquisiti nell'indennità per licenziamento.

Avere una conoscenza esatta della somma economica di indennità comporta che l'imprenditore sia consapevole del costo economico di licenziare arbitrariamente. Questa conoscenza si traduce in una selettiva e premeditata scelta dei lavoratori che l'imprenditore preferisce licenziare cosa che concretamente comporta l'estinzione del vincolo contrattuale di quegli impiegati la cui indennità economica sia minima o inferiore. In altre parole, il datore di lavoro licenzierà quei lavoratori la cui prestazione di servizi nell'impresa sia di minor durata –e che collateralmente aumenterà la precarietà dei lavoratori–.

Ciò che è certo è che se l'imprenditore non fosse a conoscenza con anticipo del costo economico del licenziamento la protezione del posto di lavoro dell'impiegato avrebbe maggior considerazione. Magari sarebbe un modo di eliminare o almeno ridurre i licenziamenti disciplinari illegittimi per arbitrarietà o basati sugli interessi dell'imprenditore.

27. La proposta per il cambio del sistema spagnolo di indennità

Un punto cruciale del licenziamento è la determinazione di un'indennità adeguata. Materia molto delicata non conoscendosi il danno reale prodotto all'impiegato con l'estinzione del suo contratto di lavoro. Tuttavia, ci sono ragioni più che sufficienti per confermare che l'anzianità –periodo di prestazione di servizi– non è il criterio più opportuno per calcolare la totalità –o parte– dell'importo economico dell'indennità.

De lege ferenda crediamo che un giusto e corretto sistema per calcolare l'indennità sarebbe quello che include due quantità economiche: da un lato, una somma fissa per tutti i lavoratori licenziati illecitamente; e, dall'altro, una somma variabile ma tassata in funzione della durata dei servizi prestati nell'impresa. Pertanto, un sistema simile a quello attualmente vigente ma aggiungendo questo concetto economico prestabilito per qualsiasi licenziamento illecito: in questo modo, si continuerebbero a rispettare le conseguenze giuridiche positive del licenziamento tassato attuando il miglioramento delle sue ripercussioni negative.

Nonostante ciò, se si potesse modificare totalmente il sistema di retribuzione del licenziamento –molto complesso essendo pienamente radicato– forse sarebbe più opportuno –anche se più costoso nella sua determinazione– puntare su un sistema giudiziario arbitrario formato anche da due concetti economici: una somma economica basata sulla valutazione reale dei danni causati dall'impresa al lavoratore con un limite o clausola minima dell'indennità –ma non un tetto massimo con il fine di evitare l'effetto tassato e calcolato dell'indennità–; e una somma economica variabile ma tassata e calcolata in funzione della durata della prestazione dei servizi del lavoratore. Si potrebbe persino pensare per un maggior rendimento dell'impiegato a un sistema di licenziamento che conti anche il rendimento economico o gli obiettivi raggiunti dal lavoratore.

Qualsiasi cambiamento o riforma deve partire dalla mancanza di protezione o tutela lavorativa di un licenziamento disciplinare libero, decausalizzato e attuato dall'imprenditore senza controllo giudiziario previo –il licenziamento è eseguibile dal momento in cui decide l'imprenditore–. L'unico e reale limite esistente alla non attuazione di un licenziamento arbitrario e capriccioso –da qui la sua vitale importanza e la nostra proposta di grande cura e garanzia– si basa sull'indennità economica: una compensazione attualmente tassata e facilmente calcolabile in modo previo al licenziamento, fondata sugli anni di servizio e che non pretende una reale riparazione dei diritti e degli interessi violati dall'imprenditore.

28. L'auspicata armonia tra indennità tassata legalmente, indennità complementare e valutazione della colpevolezza dell'imprenditore nel licenziamento illegittimo o invalido

Il sistema oggettivo di indennità tassata conferisce sicurezza giuridica al sistema a fronte di impedire l'individualizzazione dei danni. Opzione legislativa totalmente legittima e che risponde a scopi di politica sociale. Sistema di indennità oggettiva del licenziamento illegittimo che impedisce renderla compatibile con il risarcimento danni. Ciò che è certo è che l'indennità lavorativa tassata non pretende risarcire i danni specifici che la stessa rottura possa causare –derivati dal diritto comune– bensì la rottura arbitraria del vincolo contrattuale –derivati dal diritto del lavoro–.

Tuttavia il fatto che nei licenziamenti nulli esista la possibilità di conferire indennità complementari è un argomento completamente trasportabile al licenziamento illegittimo o invalido esistendo danni che non vengono risarciti dall'indennità oggettiva tassata. *De lege ferenda* difendiamo che è totalmente fattibile attribuire indennità complementari a quelli tassati legalmente per risarcire i danni che in modo arbitrario l'imprenditore abbia potuto causare all'impiegato licenziato illegittimamente –a maggior ragione se la legge ammette indennità complementari nei licenziamenti nulli–.

In effetti quando si dichiara la nullità del licenziamento esiste la possibilità di richiedere un'indennità specifica complementare riparatrice dei danni causati al lavoratore attraverso la violazione del suo diritto fondamentale. Questa indennità dovrà essere stabilita dal giudice facendo riferimento alle circostanze del caso concreto in funzione del danno morale, della violazione del diritto fondamentale e dei danni addizionali derivati dal licenziamento lesivo.

Nel complesso, per il licenziamento nullo –non illegittimo– si articolano due forme di protezione: il danno derivato dalla perdita del lavoro e che ha un'indennità legalmente tassata da ET; e il danno derivato dalla violazione del diritto fondamentale. Ma questo indennità non deriva automaticamente dalla sentenza della lesione di un diritto fondamentale bensì che per la sua determinazione si deve dimostrare un danno effettivamente prodotto da detta lesione con una minima concretezza delle basi dell'indennità che si rivendica, cosa che ovviamente crediamo essere totalmente trasferibile al licenziamento illegittimo esistendo danni non risarciti con una mera indennità tassata.

Più complessa è la questione riguardante il fatto che il sistema indennitario oggettivo stabilito legalmente per il licenziamento illegittimo non tiene in conto la colpa dell'imprenditore nella sua azione estintiva. Un sistema indennitario che non tiene in considerazione che il comportamento colpevole –in questo caso dell'imprenditore– facilita la consumazione e la continuazione di azioni illecite e arbitrarie a danno della persona che deve sopportarle –in questo caso l'impiegato–.

È per questo che l'indennità tassata oggettivamente per il licenziamento illegittimo dovrebbe ammettere indennità complementari a maggior ragione quando il datore di lavoro ha agito in modo consapevole rispetto alla sua colpevolezza e arbitrarietà –dolosamente–. Crediamo che la colpevolezza debba avere –come minimo– un'esigua ripercussione economica sulla responsabilità patrimoniale di chi la esercita.

A questo proposito non crediamo che debba avere stessa traduzione economica l'azione dell'imprenditore che licenzia per azioni che non possiedono gravità sufficiente rispetto a quei comportamenti dell'imprenditore di natura pienamente dolosa e assenti di giustificazione.

Fino a tal punto può essere irragionevole il sistema di indennità che è possibile che la somma economica della quale deve rispondere l'imprenditore per un'azione pienamente abusiva e fraudolenta sia inferiore rispetto a quella che deve risarcire un altro imprenditore che licenzia per fatti soggetti a sanzione –cosa che suppone l'esistenza dell'inadempimento del lavoratore– ma non al licenziamento per non possedere gravità sufficiente: ciò accade perché il sistema di indennità si sostiene in virtù della durata della prestazione di servizi del lavoratore.

Questo tema deve essere affrontato con buon senso e cercando la giusta armonia tra la protezione dell'impiego e la protezione sociale: ad ogni modo, crediamo sia conveniente e giusto rendere possibile la richiesta di indennità complementare per il lavoratore ingiustamente licenziato dichiarandosi illegittimo o nullo il licenziamento.

Alla fine l'indennità tassata a causa del licenziamento illegittimo finisce per trasformarsi nel meccanismo di maggior protezione fronte ai licenziamenti arbitrari. Conferisce sicurezza giuridica ma gode di grande rigidità cosa che può finire per causare specifici favoritismi o ingiustizie. Alle volte maggiore flessibilità nel trattamento legale della somma economica può concedere maggior protezione all'impiego.

De lege ferenda l'indennità tassata a causa del licenziamento non deve censurare un eventuale responsabilità contrattuale dell'imprenditore: rendere compatibile entrambe le indennità in forma complementare –la compensazione oggettiva del lavoro e il risarcimento per danni– potrebbe essere una buona soluzione.

29. La dichiarazione di nullità del licenziamento disciplinare ai sensi dell'ordinamento giuridico spagnolo

La qualificazione di nullità si riserva per quei licenziamenti che attentano ai diritti fondamentali e alle libertà civili del lavoratore. In questi licenziamenti si ottiene una custodia rafforzata la cui conseguenza è la qualificazione di legittimità o di nullità del licenziamento disciplinare ripudiando automaticamente la possibilità di dichiarare l'estinzione illegittima o invalida.

Nella nullità del licenziamento disciplinare si differenziano due classi di diritti che possono essere violati: da un lato, il diritto alla non discriminazione degli articoli 14 della Costituzione Spagnola, 4.2.c) e 17.1 ET e 12 della Legge Organica della Libertà Sindacale; dall'altro, i rimanenti diritti fondamentali e libertà civili del lavoratore, cosa che suggerisce l'inclusione dei diritti compresi negli articoli 14 a 29 della Costituzione spagnola –cosa che di per sé permette includere la discriminazione–.

Ma saranno nulli anche i licenziamenti proiettati durante situazioni biologiche e/o familiari individualmente protette –licenziamenti durante la gravidanza, sospensione per maternità, adozione, affidamento o paternità, per rischi durante la gravidanza o l'allattamento al seno, per malattie causate dalla gravidanza, dal parto o dall'allattamento al seno, licenziamenti in altre situazioni tutelate dal legislatore per favorire la conciliazione tra la vita familiare e lavorativa degli impiegati (permesso, riduzione della giornata o congedo)– e i licenziamenti che ricadano sulle vittime di violenza di genere.

Si stabilisce così una struttura unitaria nella nullità del licenziamento disciplinare e oggettivo che, tuttavia, rimane fratturato quando si paragona con i licenziamenti collettivi dove ancora si mantiene la nullità dell'estensione per difetti di forma e del procedimento dell'atto di licenziamento cosa che permette di distinguere e confermare l'esistenza di un sistema dualista di nullità.

30. La necessaria differenza che dovrebbe esistere tra un licenziamento privo di gravità sufficiente e colpevolezza di un licenziamento privo di qualsiasi giusta giusta

Il licenziamento per frode alla legge si caratterizza per essere un licenziamento palesemente arbitrario, con causa inesistente o irreali, il cui fine è ottenere la dichiarazione di illegittimità dell'estinzione, cosa che permetterà al datore di lavoro di poter disfarsi del lavoratore tramite una semplice compensazione economica.

In base al *Código Civil*, gli atti realizzati in frode alla legge non impediranno la dovuta applicazione della norma che si era tentato di eludere. In conformità con questa affermazione se il licenziamento si è realizzato in frode alla legge dovrebbe accordarsi la nullità a pieno titolo dello stesso. La risposta fronte alla frode alla legge non deve permettere la consumazione del trasgressore di creare dolosamente le condizioni che permettono l'applicazione dell'ordine normativo più favorevole ai propri interessi.

Tuttavia, la giurisprudenza del lavoro rifiuta la possibilità di dichiarare la nullità radicale di un licenziamento per la sua natura fraudolenta. Giurisprudenza che non può essere condivisa poiché –come abbiamo commentato in altre occasioni– crediamo che sia conveniente differenziare gli effetti o conseguenze giuridiche di un licenziamento non basato sulla gravità e colpevolezza che richiede una giusta causa, da un altro licenziamento direttamente privo di giusta causa, meramente fittizio, assolutamente arbitrario e totalmente capriccioso, il cui unico obiettivo è lo svincolo da una relazione lavorativa che l'imprenditore non desidera più.

Per la sua considerabile gravità riteniamo che le conseguenze giuridiche di questo licenziamento dovrebbero essere di maggior trascendenza giuridico-economica rispetto alla semplice dichiarazione di illegittimità dello stesso –come minimo la dichiarazione di nullità del licenziamento e la conseguente riammissione del lavoratore–. Il modello più vicino può trovarsi nell'ordinamento giuridico italiano con la tutela reintegratoria con indennità limitata nei casi di inesistenza della ragione soggettiva o oggettiva giustificata, della giusta causa presunta o delle condotte punibili previste nei contratti collettivi o codici disciplinari.

Alla fine la qualificazione del licenziamento nullo per frode alla legge non ha un posto naturale nella legislazione spagnola del lavoro cosa che, purtroppo, fa sì che non rimanga ulterior rimedio se non quello di ricondurre i suoi effetti a quelli della qualificazione del licenziamento illegittimo non dimostrandosi la causa invocata dall'imprenditore.

31. Distinzione tra gli effetti della dichiarazione di illegittimità e di nullità

La sentenza sarà dichiarativa se conferma la legittimità del licenziamento. Sarà costitutiva se dichiara l'illegittimità –invalidità– del licenziamento –la cui conseguenza non è revocare l'atto di licenziamento bensì privare il licenziamento di taluni effetti giuridici–. Sarà dichiarativa e di condanna se dichiara la nullità del licenziamento –obbligando a riportare la situazione al momento precedente rispetto all'attuazione del licenziamento–.

Con l'illegittimità o invalidità del licenziamento il datore di lavoro possiede due opzioni: riammettere il lavoratore revocando l'atto di licenziamento –ricostituzione del contratto di lavoro– o confermare l'atto di licenziamento dovendo risarcire l'impiegato. Ma con la nullità del licenziamento si obbliga alla riammissione dell'impiegato privando di effetti l'atto estintivo –cosa che equivale a licenziamento inesistente–.

Pertanto, nel caso di licenziamento nullo l'estinzione del contratto di lavoro è esistita materialmente ma la dichiarazione di nullità la priva di efficacia giuridica cosa che comporta dal punto di vista giuridico che il licenziamento non è esistito. Al contrario, nel licenziamento illegittimo il licenziamento è esistito tanto materialmente quanto giuridicamente anche tenendo conto della sua natura ingiustificata.

La possibilità dell'imprenditore di optare tra la riammissione del lavoratore licenziato ingiustamente o risarcirlo in cambio di disfarsi di lui nei licenziamenti disciplinari illegittimi è un meccanismo confezionato a favore e a beneficio dell'imprenditore. Specificatamente è la forma lecita che possiede il datore di lavoro per ovviare al pagamento dell'indennità nei casi in cui questa sia eccessiva per la sua capacità economica: la realtà è che è uno strumento costituito e finalizzato ad aiutare l'imprenditore nella soluzione che più benefici ai suoi interessi particolari.

Nella sua qualificazione denominativa può anche differenziarsi tra stabilità obbligatoria –tipica del licenziamento illegittimo o invalido– e stabilità reale –tipica del licenziamento nullo–. Il vero equilibrio tra i poteri esistenti nella relazione lavorativa si raggiungerebbe con la stabilità reale che autorizza la riammissione del lavoratore licenziato senza che si permetta la sua sostituzione con un'indennità economica minima –stabilità obbligatoria–.

D'altra parte, *de lege ferenda*, la scelta tra la tutela reale e tutela obbligatoria dovrebbe essere del lavoratore: ossia, l'impiegato è colui il quale dovrebbe scegliere tra il reinserimento nell'impresa o l'indennità economica –non viceversa–: l'imprenditore non è quello che dovrebbe scegliere tra una o l'altra sanzione-.

32. Il potere economico dell'imprenditore di licenziare

Nel momento in cui l'illegittimità del licenziamento riconosce la facoltà dell'imprenditore a optare per la riammissione o per l'estinzione risarcita –rafforzata dopo la riforma del 2012 eliminando i “*salarios de tramitación*” qualora si scelga l'indennità– si prevede una struttura giuridica del licenziamento totalmente decausalizzata permettendo il licenziamento dell'impiegato senza giusta causa in cambio di una compensazione economica.

Di conseguenza la causalità ha smesso di essere la base o il sostegno della regolazione normativa del licenziamento. L'esigenza di una giusta causa è sostituita da un'indennità economica –ogni volta più ridotta–. Pertanto, il licenziamento disciplinare non è più causale. La causa che lo giustifica ha soltanto conseguenze sull'indennità economica.

Ma queste affermazioni sono anche trasportabili ai requisiti formali: i licenziamenti disciplinari privi di forma non implicano la nullità dello stesso bensì la sua illegittimità o invalidità. Se si incorre nella mancanza di formalità da parte

dell'imprenditore la conseguenza non è altro che l'illegittimità del licenziamento e il diritto di opzione normalmente dell'imprenditore.

In effetti il sistema ha costituito un potere dell'imprenditore di licenziare liberamente il lavoratore in cambio di una compensazione monetaria: potere dell'imprenditore che potremmo definire finemente come il potere economico estintivo imprenditoriale –o dell'imprenditore– o principio di libertà del licenziamento in cambio di una compensazione.

Si evidenzia che la struttura del licenziamento non è quella che sembra stabilirsi nella normativa: la causalità e la formalità sono realmente ridotte a una totale descausalizzazione del licenziamento disciplinare i cui principali elementi si sono monetizzati e sono stati sostituiti dal potere del denaro. Pertanto, giuridicamente è possibile sostituire i requisiti legalmente richiesti con una compensazione economica facilmente calcolabile in modo previo dall'imprenditore.

33. La fallacia del principio di causalità del licenziamento nell'ordinamento giuridico-lavorativo spagnolo

La vera tutela fronte al licenziamento non esiste: la realtà ci dimostra che la legge è estremamente debole e sostituibile in termini economici. Può affermarsi a chiare lettere che il licenziamento ha un prezzo; in altre parole, si può comprare con denaro. L'unico limite reale esistente al licenziamento disciplinare è la volontà dell'imprenditore, visto che anche quando non esista giusta causa né si siano rispettati i requisiti formali, dichiarandosi illegittimo il licenziamento, l'obiettivo di estinguere il contratto di lavoro dell'impiegato verrà consumato semplicemente con un costo economico addizionale. In ultima analisi il potere di licenziare –in modo libero ma risarcito– si sviluppa per volontà del datore di lavoro e con tolleranza della volontà normativa e legislativa.

Si scopre così che la legge spagnola gira intorno alla volontà unilaterale dell'imprenditore: si veda come, anche quando si siano disprezzati e violati i requisiti causali e formali dell'ordinamento giuridico, la facoltà di scegliere tra la riammissione o l'estinzione del contratto di lavoro è un'opzione alternativa della persona che estingue la relazione; in altri termini, di chi in modo individuale decide di smettere di disporre di un determinato impiegato per ragioni arbitrarie e ingiustificate.

Si evidenzia che l'efficacia dei requisiti legali –causali e formali– sono di scarsa rilevanza per l'imprenditore e per la sua volontà unilaterale di licenziare. Il sistema giuridico reagisce fronte a questa volontà in modo singolare: anche quando si fosse commesso un errore nel giustificare o formalizzare il licenziamento disciplinare del lavoratore, a parte le possibilità di rettifica esistenti, la legge concede l'opportunità di avere attraverso il pagamento di un costo economico addizionale –preventivamente calcolato dall'imprenditore e ogni volta meno cospicuo– la possibilità di mantenere l'efficacia della decisione estintiva attaccando chiaramente il principio di stabilità dell'impiego. Prevale, pertanto, la libertà di impresa o dell'imprenditore e il licenziamento non soggetto ad alcun limite –semmai solamente economico–. Ovviamente sono considerazioni che non possono rispettare la logica del Diritto del Lavoro e ancora meno quella del suo obbligo costituzionale –articolo 35 della Costituzione Spagnola–.

Effettivamente ci chiediamo se esiste il principio di causalità; e se è così, dobbiamo interrogarci sul suo totale lenocinio e degradazione. È un principio debole, praticamente inesistente; forse sarebbe positiva una rapida e immediata distruzione –la sua morte totale– affinché risorga con maggiore efficacia prima di continuare a mantenerlo nell'ordinamento con una minima e compromessa efficacia: ovviamente, il principio di causalità del licenziamento è ferito a morte e se continua ad esistere nel modo in cui attualmente resiste è perché risulta conveniente al legislatore e al datore di lavoro.

Riteniamo che non abbia senso mantenere il principio di causalità: risparmierebbero tempo e denaro se si esaurisse completamente; in cambio, richiederebbero un licenziamento libero risarcito –riconosciuto come tale nella stessa legislazione– ma con una somma economica più elevata –ad esempio, oltre l'indennità tassata dalla rottura arbitraria del vincolo lavorativo, introdurre la legittima indennità per danni causati al lavoratore licenziato illegittimamente o dall'attuazione colpevole del datore di lavoro così come abbiamo sostenuto precedentemente–.

Non ha senso camuffare il licenziamento libero in termini inoperanti e distorti per continuare a ridurre e diminuire –ancora di più se possibile– il costo economico dell'espulsione non giustificata di un lavoratore dall'impresa. Il principio di causalità deve rinascere ma soggetto al pieno sviluppo della personalità e del rispetto della dignità del lavoratore, valori costituzionali violati quando si attua un licenziamento illegittimo senza giusta causa in cambio di un costo economico stabilito nella legislazione in materia di lavoro.

34. L'unificazione della giusta causa e del giustificato motivo di licenziamento in Italia

Come proposta *lege ferenda* dell'ordinamento giuridico italiano, forse sarebbe più efficiente unire la giusta causa e il motivo soggettivo giustificato in una sola causa di licenziamento, ovviamente, senza preavviso, cosa che beneficerebbe l'imprenditore, poiché non dobbiamo dimenticare che ci troviamo di fronte al licenziamento di un lavoratore per suo stesso inadempimento. Rispetto a ciò, sarebbe eccessivo e troppo gravoso proporre un preavviso all'imprenditore per licenziare l'impiegato quando abbia commesso un'azione soggetta a licenziamento disciplinare anche quando la stessa non fosse gravissima.

Pertanto, difendiamo una teoria unitaria di licenziamento disciplinare italiano che faciliti la valutazione al giudice e all'imprenditore: ovviamente, ciò non vuol dire che si debba licenziare l'impiegato per qualsiasi causa; ma tutto il contrario.

In effetti, consideriamo che per un licenziamento più efficace, con maggiore sicurezza giuridica e con meno dosi di interpretazione giurisprudenziale, sarebbe conveniente unire il licenziamento per giusta causa e il licenziamento per giustificato motivo soggettivo in un'unica categoria eliminando completamente la sua dicotomia. Di conseguenza si razionalizzerebbe la stessa legislazione italiana in materia di licenziamento, a nostro giudizio, molto confusa, sezionata, inefficace e poco celere.

In questo modo, la linea divisoria tra il licenziamento disciplinare e il licenziamento per circostanze economiche, tecniche, organizzative e produttive –

licenziamento per giustificato motivo oggettivo– non sarebbe così fragile, cosa che permetterebbe differenziare anche le conseguenze del licenziamento illegittimo in sé. Riteniamo che un licenziamento disciplinare illegittimo, dove deve dibattersi l'esistenza o meno dell'inadempimento contrattuale grave del lavoratore, o esiste o non esiste –non possono esserci dubbi, né mezze misure al riguardo–, a differenza del licenziamento per circostanze oggettive, dove sì si può avere maggiore interpretazione e razionalizzazione nelle circostanze e nelle cifre e dati per i quali si sostiene lo stesso, cosa che poniamo in piena connessione con le conseguenze giuridiche del licenziamento illegittimo, poiché crediamo che sia molto più grave non poter giustificare, poiché inesistente, un licenziamento disciplinare –quindi, la responsabilità dell'imprenditore dovrebbe essere parecchio più severa, difendendo, in questo caso, la totale applicazione della tutela reale e piena– che non arrivare a risultati pertinenti e soggetti al licenziamento oggettivo – dove la conseguenza, forse, sempre che si giustifichi un minimo di equanimità, potrebbe essere la tutela obbligatoria (con una maggiore indennità economica); ovviamente in caso di inesistenza totale non c'è dubbio che si debba applicare anche la tutela reale–.

Con la tutela obbligatoria il legislatore italiano aspira a dare priorità a particolari esigenze imprenditoriali e organizzative invece di dare la precedenza a che il lavoratore raggiunga una stabilità reale. Cosa che a nostro giudizio non dovrebbe rientrare in un licenziamento disciplinare illegittimo.

35. I livelli di occupazione nell'impresa italiana in relazione alle conseguenze giuridiche della qualificazione del licenziamento

Non crediamo che sia corretto differenziare la tutela reale e la tutela obbligatoria basandosi sui livelli di occupazione dell'impresa: consideriamo che non sia un parametro rappresentativo accurato della capacità economica dell'impresa moderna.

In effetti, nel caso in cui il giudice riconosca un licenziamento illegittimo come annullabile o inefficace di qualsiasi formalità, senza giusta causa né giustificato motivo, e debba imporre degli obblighi determinati e conseguenze giuridiche al datore di lavoro, non possiamo considerare come parametro ragionevole i livelli di occupazione.

Non condividiamo l'idea che sia un ragionamento soddisfacente, giusto o equanime e ancora meno tenendo in conto le caratteristiche dell'impresa moderna. Vediamo un esempio: le conseguenze per le quali deve rispondere il datore di lavoro in un licenziamento illegittimo per non aver dimostrato sufficientemente la giusta causa o un giusto motivo soggettivo, cambia drasticamente se l'impresa, invece di avere sessanta lavoratori ne ha sessantuno; o da quindici a sedici lavoratori in qualsiasi sede, stabilimento, filiale, ufficio o dipartimento indipendente; o da cinque a sei lavoratori se si tratta di imprenditori agricoli. Nel complesso, per un semplice impiegato la differenza economica è esorbitante.

Ovviamente non crediamo che il livello di occupazione nell'impresa sia un criterio razionale e ancor meno giusto.

36. Le recenti riforme italiane

A partire dalla riforma Fornero, in Italia, il reinserimento del lavoratore nel posto di lavoro è passato dall'essere la conseguenza normale a qualcosa di anormale,

sostituendosi la riammissione dell'impiegato con un'indennità economica per anni lavorati –come accade in Spagna da tempo immemore–.

Tuttavia, si deve riconoscere che almeno con questa riforma si è ridotta la discrezionalità e l'interpretazione soggettiva dei tribunali al momento di fissare la somma economica delle eventuali indennità, cosa che permette confermare una maggiore stabilità e sicurezza giuridica –ribadiamo, solo rispetto alla quantità economica–, poiché prima di detta riforma non esisteva un modulo –certo e determinato– stabilito in relazione all'anzianità, cosa che permetteva al giudice fissare liberamente la quantità nel rispetto dei limiti.

Stabilità e sicurezza giuridica che con la riforma introdotta dal Decreto Legislativo 23/2015, del 4 marzo, vengono danneggiate, poiché non crediamo opportuno che debbano esistere due regimi differenti di indennità per uno stesso licenziamento per il semplice fatto di aver firmato il contratto di lavoro successivamente alla vigenza di detto Decreto Legislativo. Ovviamente, ciò produrrà la disapprovazione di molti settori giuridici a maggior ragione se si procede senza attenzione verso una maggiore flessibilità nel licenziamento.

Si riconferma una nostra affermazione quando, in questo stesso testo legislativo –Decreto Legislativo 23/2015, del 4 marzo–, nei licenziamenti per giustificato motivo oggettivo dei contratti celebrati a partire dalla sua vigenza, non esiste più la riammissione del lavoratore bensì solamente la conclusione della relazione lavorativa per estinzione risarcita. Logicamente ciò vorrà dire che la maggior parte dei licenziamenti individuali verranno gestiti in tal modo –anche se completamente inesistenti– cosa che produce un lecito richiamo della frode alla legge.

D'altro canto, e con l'obiettivo di risparmiare costi economici ed evitare il processo giudiziario, con quest'ultimo testo normativo si introduce la facoltà di conciliazione con cui le parti –si richiede il beneplacito di entrambi; ossia, lavoratore e imprenditore– possono arrivare a un accordo economico tassativamente regolato e modulato.

37. La critica al valore economico del licenziamento illegittimo italiano

È evidente come l'attuale valore economico dell'indennità non possieda effetti dissuasivi nei confronti del licenziamento, oltre a non essere una quantità proporzionale all'importanza della perdita dell'impiego per il lavoratore. Pertanto, crediamo che l'indennità economica debba essere superiore a quella attualmente stabilita.

Allo stesso modo, si mette nello stesso sacco, in modo cumulativo, da un lato, l'indennità per salari non percepiti e, dall'altro, l'indennità per danni causati all'impiegato dall'estinzione illegittima dell'imprenditore. Tuttavia, consideriamo che oltre alla riammissione –o, in sua mancanza, indennità per estinguere la relazione lavorativa illegittima– e ai salari non percepiti –“*salarios de tramitación*”– si debba aggiungere un'altra efficace e concreta indennità economica che risarcisca i danni che si siano potuti causare al lavoratore licenziato illegittimamente –o almeno che nelle tutele indennitarie non ci sia alcun limite massimo–.

Ciò che è vero è che la stabilità reale del posto di lavoro finire per cedere di fronte agli interessi del mercato odierno cosa che finisce per mercantilizzare lo stesso licenziamento e per rendere completamente flessibile la relazione lavorativa.

38. L'avvicinamento dell'Italia al licenziamento libero risarcito

Ciò che è chiaro è che le riforme del lavoro si sono prodotte basandosi sulla crisi economica sono venute per rimanere o –addirittura potrebbe affermarsi– per continuare il loro sviluppo e ampliamento.

Tanto in Spagna come in Italia si è prodotta e si sta producendo una vera ridefinizione del settore del Diritto del Lavoro: si veda con le riforme del lavoro in materia di licenziamento. Forse dobbiamo abituarci a questa cronaca di riforme negative poiché quanto prima non saranno le uniche. Ciò che è certo è che sempre si è diffidato dal termine –abominevole e così immensamente odiato– introdotto dagli stessi organismi dell'Unione Europea: invero, ci riferiamo alla “flexisicurezza”, concetto al quale affidiamo parte della responsabilità delle misure inefficaci di austerità e perdita dei diritti.

In ultima analisi, e purtroppo –poiché in Spagna il licenziamento libero ma risarcito si è instaurato da tempo–, l'Italia sembra avvicinarsi a un licenziamento libero minimamente risarcito la cui riammissione ci sarà solamente di fronte a casi di trasgressione dei diritti fondamentali e di discriminazione: nonostante ciò, crediamo che possa ancora fermarsi questa ecatombe o tragedia che è già debolmente iniziata, e diciamo detenersi, perché la situazione economica italiana prevede, una volta che si sia sbloccata la situazione politica –molto difficile oggi–, un lungo elenco di riforme imminenti tra le quali si include quella del lavoro che –preannunciamo e anticipiamo– sarà molto più intensa e grave delle precedenti.

La sensazione finale dello studio della figura giuridica del licenziamento in Italia ci porta a confermare che realmente non esistono regole. In altri termini, studiando l'ordinamento giuridico italiano si arriva alla conclusione che il licenziamento è un conglomerato di leggi e decreti aggiunti o costituiti in funzione del contesto economico, dove alla fine, tutto rimane all'interpretazione soggettiva del giudice –come anche in Spagna– con un sistema ogni volta meno protezionista del lavoratore. In conclusione non esiste un sistema razionalizzato relativo al licenziamento in Italia.

BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, A.: *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del Despido Disciplinario y su Valoración por la Jurisprudencia*, Navarra, Aranzadi, 1997.
- AGUILERA IZQUIERDO, R. y GARCÍA PIÑEIRO, N. P.: “La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido disciplinario”, en *Actualidad Laboral*, núm. 3, 2006.
- ALARCÓN CARACUEL, M. R.: “El despido nulo en el Estatuto de los Trabajadores y en el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral”, en AA. VV.: *I Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: los convenios colectivos y la extinción del contrato de trabajo en la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, Ministerio de Sanidad y Seguridad Social, 1981.
- ALARCÓN CARACUEL, M. R.: “Estado social y Derecho del Trabajo”, en ALARCÓN CARACUEL, M. R. (Coord.) *et al: Constitución y Derecho del Trabajo, 1981-1991: (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, Madrid, Marcial Pons, 1992.
- ALBIOL MONTESINOS, I.: *El despido disciplinario y otras sanciones en la empresa*, Bilbao, Deusto, 1990.
- ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al: Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, Valencia, Wolters Kluwer, 2010.
- ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Dir.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.
- ALBIOL MONTESINOS, I. y BLASCO PELLICER, A.: *Desempleo y despido en la reforma laboral del Real Decreto-Ley 5/2002*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L., JUÁNIZ MAYA, J. R., LÓPEZ GANDÍA, J., SALA FRANCO, T. y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.: *Las relaciones laborales. (Un estudio crítico de la Ley de Relaciones Laborales, del decreto-ley sobre medidas económicas y el decreto-ley sobre relaciones de trabajo)*, Valencia, Torres, 1977.
- ALEGRE NUENO, M.: *La impugnación del despido*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.
- ALEMÁN PÁEZ, F.: *Las comisiones paritarias*, Madrid, Civitas, 1996.
- ALESSI, C.: “Il licenziamento disciplinare nella giurisprudenza e nella contrattazione collettiva”, en *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, núm. 9, 1991.

- ALLEVA, P. G.: “L’ambito di applicazione della tutela reale contro i licenziamenti”, en CARINCI, F. y NAPOLI, M. (a cura di) *et al: La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, Napoli, Jovene, 1991.
- ALMANSA PASTOR, J. M.: *El despido nulo*, Madrid, Tecnos, 1968.
- ALMENDROS GONZÁLEZ, M. Á.: *La clasificación profesional del trabajador: tecnología, organización del trabajo y régimen jurídico*, Sevilla, Mergablum, 2002.
- ALMENDROS GONZÁLEZ, M. Á.: “Organización del trabajo, cualificación y clasificación profesional”, en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (Coord.) *et al: La negociación colectiva en España: un enfoque interdisciplinar*, Madrid, Cinca, 2008.
- ALMENDROS GONZÁLEZ, M. Á.: “Artículo 22. Sistema de clasificación profesional”, en MONEREO PÉREZ, J. L (Dir.) *et al: El nuevo estatuto de los trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Granada, Comares, 2012.
- ALMENDROS GONZÁLEZ, M. Á.: “Disposición Transitoria Séptima”, en MONEREO PÉREZ, J. L (Dir.) *et al: El nuevo estatuto de los trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Granada, Comares, 2012.
- ALMENDROS GONZÁLEZ, M. Á.: “Clasificación profesional y movilidad funcional. Alternativas de la negociación colectiva frente a la acción unilateral de la empresa”, en *Gaceta sindical: reflexión y debate*, núm. 25, 2015.
- ALMENDROS GONZÁLEZ, M. Á.: “Acción social en la empresa, negociación colectiva y crisis económica: un análisis de los beneficios sociales para empleados”, en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 31-32, 2017.
- ALONSO OLEA, M.: *El despido*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1957.
- ALONSO OLEA, M.: *La reclamación administrativa previa. Un estudio sobre la vía administrativa como presupuesto del proceso ante la Jurisdicción de Trabajo*, Sevilla, Instituto García Oviedo, 1961.
- ALONSO OLEA, M.: *De la servidumbre al contrato de trabajo*, Madrid, Tecnos, 1979.
- ALONSO OLEA, M.: “Jurisprudencia sobre la forma y la caducidad de la acción de despido”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 4, 1980.
- ALONSO OLEA, M.: “La extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador”, en *Revista de Política Social*, núm. 126, 1980.

- ALONSO OLEA, M.: *El trabajo como bien escaso y la reforma de su mercado*, Madrid, Civitas, 1995.
- ALONSO OLEA, M.: “Introducción general al despido y a sus causas”, en ALONSO OLEA, M. *et al: Estudios sobre el despido. Homenaje al Profesor Alfredo Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo*, Madrid, Universidad de Complutense, 1996.
- ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M^a. E.: *Derecho del Trabajo*, Madrid, Civitas, 2003.
- ALTES TARREGA, J. A.: “La naturaleza jurídica de los salarios de tramitación: ¿al fin una cuestión resuelta?”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 1998.
- ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Pactos indemnizatorios en la extinción del contrato de trabajo*, Madrid, Civitas, 1990.
- ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A.: “Informe sobre la regulación del despido en Europa”, en *Temas Laborales*, núm. 99, 2009.
- ÁLVAREZ VIGARAY, R.: *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Granada, Comares, 1986.
- ALZAGA RUIZ, I.: “La disminución voluntaria y continuada en el rendimiento de trabajo normal o pactado”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Madrid, Cinca, 2009.
- AMOROSO, G.: “Nuovo intervento delle Sezioni Unite in tema di licenziamento disciplinare nota a sentenze Cass. Sez. Unite, 26 Aprile 1994, nn. 3966, 3965”, en *Il Foro Italiano*, 1994, I.
- ARNAUD, A. J.: *Critique de la raison juridique, Oú va la sociologie du droit?*, Paris, LGDJ, 1981.
- ARRIGO, G.: “Apuntes críticos sobre la reciente reforma del mercado de trabajo italiano”, en *Revista de Trabajo*, núm. 11, 2013.
- ARUFE VARELA, A.: “Tres apuntes acerca del plazo para la realización de un nuevo despido previo con defectos de forma”, en GÁRATE CASTRO, J. (Coord.) *et al: Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario: estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor “honoris causa” por la Universidad de Santiago de Compostela*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1997.
- ASQUINI, A.: “Profili dell’impresa”, en *Rivista Diritto Commerciale*, núm. 41, 1943.
- ASSANTI, C.: *Le sanzioni disciplinari nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1963.

BIBLIOGRAFÍA

- ASSANTI, C.: “Studio sull’art. 7 della legge 20 maggio 1970, n°. 300”, en *Orientamenti della giurisprudenza del lavoro*, aprile-giugno, 1971.
- BACHMAIER WINTER, L.: *La asistencia jurídica gratuita*, Granada, Comares, 1997.
- BALLESTRERO, M. V.: *I licenziamenti*, Milano, Franco Angeli, 1975.
- BALLESTRERO, M. V.: “Giusta causa e giustificato motivo soggettivo dei licenziamento”, en CARINCI, F. y NAPOLI, M. (a cura di) *et al: La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, Napoli, Jovene, 1991.
- BARBAGALLO, C.: *Origini della grande industria contemporanea (1750-1850)*, Venezia, La Nuova Italia, 1923.
- BARBERO, A. y VUOLO, L.: *La modernización excluyente*, Buenos Aires, Losada, 1995.
- BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *Diligencia y negligencia en el cumplimiento. Estudio sobre la prestación de trabajo debido por el trabajador*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981.
- BARREIRO GONZÁLEZ, G. y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: “Salarios de tramitación: legitimación para reclamar frente al Estado”, en GÁRATE CASTRO, J. (Coord.) *et al: Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario: estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor “honoris causa” por la Universidad de Santiago de Compostela*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1997.
- BARRIOS BAUDOR, G. L.: “Calificación y efectos del despido disciplinario”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Madrid, Cinca, 2009.
- BAYLOS GRAU, A. P., CRUZ VILLALÓN, J., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a. F.: *Instituciones de derecho procesal laboral*, Madrid, Trotta, 1992.
- BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J.: “Artículo 56. Despido improcedente”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al: El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Granada, Comares, 2012.
- BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J.: *El despido o la violencia del poder privado*, Madrid, Trotta, 2009.
- BECK, U.: “Teoría de la modernización reflexiva”, en GIDDENS, A., BAUMAN, Z., LUHMANN, N. y BECK, U.: *Las consecuencias perversas de la modernidad. Modernidad, contingencia y riesgo*, Barcelona, Anthropos, 1996.

- BECK, U.: *Un nuevo mundo feliz. La precariedad del trabajo en la era de la globalización*, Barcelona, Paidós, 2000.
- BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *La caducidad en el Derecho Laboral*, Pamplona, Aranzadi, 1995.
- BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: “Indemnización por daños y perjuicios derivados de vulneración de derechos fundamentales”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 33, 2006.
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Compatibilidad de la indemnización por despido improcedente e indemnización de daños y perjuicios”, en PÉREZ AMOROS, F. (Dir.) *et al: La extinción del contrato de trabajo*, Albatece, Bomarzo, 2006.
- BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Redefinición de la indemnización por despido improcedente de los contratos preexistentes a la reforma de 2012”, en *Iuslabor*, núm. 2, 2015.
- BETTI, E.: *Teoría de la interpretación jurídica*, traducción de VERGARA BLANCO, A., Santiago, Universidad Católica de Chile, 2015.
- BETTI, E.: *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959.
- BIDÓN Y VIGIL DE QUIÑONES, J. I.: “Indisciplina y desobediencia en el trabajo”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, Madrid, Tecnos, 2004.
- BILBAO, A.: *Léxico de economía*, Madrid, Talasa, 1993.
- BLANCO MARTÍN, J. M.: “La regulación del despido disciplinario en la nueva legislación laboral”, en VALDES DAL-RÉ, F. (Dir.) *et al: La reforma del mercado laboral*, Valladolid, Lex-Nova, 1994.
- BLASCO PELLICER, A.: “Algunas consideraciones sobre el nuevo régimen jurídico de los salarios de tramitación”, en *Tribuna Social: Revista de seguridad social y laboral*, núm. 147, 2003.
- BLASCO PELLICER, Á.: *La extinción del contrato de trabajo en la reforma laboral de 2012*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- BLASCO SEGURA, B.: “El despido disciplinario en la nueva normativa laboral”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 5, 1981.
- BLOCH, M.: *La società feudale*, Torino, Giulio Einaudi, 1949.
- BOLLANI, A.: “Il licenziamento disciplinare”, en MAINARDI, S. (a cura di) *et al: Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Torino, Utet, 2012.

BIBLIOGRAFÍA

- BORRAJO DACRUZ, E.: “Indemnización o readmisión por despido improcedente”, en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.) *et al: El estatuto de los trabajadores. Puntos críticos*, Madrid, Edersa, 1980.
- BORRAJO DACRUZ, E.: “Experiencia catalana: predeterminación por pacto colectivo de empresa de las causas económicas y de producción en los despidos colectivos y plurales”, en *AL suplemento*, núm. 17, 1996.
- BORRAJO DACRUZ, E.: “Los salarios de tramitación: mito y realidad”, en *Actualidad Laboral*, núm. 1, 2003.
- BOZZAO, P.: “Jobs Act o Jobs Aid? Appunti per un’agenda del lavoro in tempo di crisi”, en *Federalismi: Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*, núm. 5, 2014.
- BOZZAO, P.: “I primi passi del Jobs Act: ambizioni, incertezze e difficili equilibri”, en *Federalismi: Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*, núm. 7, 2015.
- BUONCRISTIANI, D.: *Il licenziamento disciplinare: tecnica procedimentale ed impugnatoria. Profili comparatistici (Francia, Spagna, Germania)*, Padova, Cedam, 2012.
- BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J.: *El principio de prueba en el proceso civil Español*, Madrid, Montecorvo, 1989.
- BURRIEL RODRÍGUEZ, P.: “La teoría de la gravedad y culpabilidad en el despido disciplinario. Las cláusulas de blindaje en la relación laboral común”, en *Aranzadi Social: Revista doctrinal*, núm. 18, 2010.
- CABEZA PEREIRO, J.: “El despido tácito”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 64, 1994.
- CABEZA PEREIRO, J.: “La readmisión irregular en la doctrina más reciente de los Tribunales del Orden Social”, en CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: Presente y futuro de la Regulación del Despido*, Navarra, Aranzadi, 1997.
- CABEZA PEREIRO, J.: “La readmisión irregular en la doctrina más reciente de los tribunales de orden social”, en GÁRATE CASTRO, J. (Coord.) *et al: Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario: estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor “honoris causa” por la Universidad de Santiago de Compostela*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1997.
- CALVO GALLEGO, F. J.: *Contrato de trabajo y libertad ideológica. Derechos fundamentales y organizaciones de tendencia*, Madrid, Consejo Económico y Social, 1995.
- CAMMALLERI: *L’inefficacia del licenziamento. Tutela obbligatoria e diritto comune*, Palermo, Temilavoro, 2005.

- CAMPS RUIZ, L. M.: “Tratamiento laboral de los grupos de sociedades (y II)”, en *Actualidad Laboral*, núm.3, 1990.
- CANTARO, A.: *Il secolo lungo*, Roma, Ediesse, 2006.
- CARINCI, F.: “Complimenti, Dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro”, en *Il Lavoro nella giurisprudenza*, núm. 6, 2012.
- CARINCI, F.: “Il licenziamento inefficace per la riforma Fornero”, en *Il Lavoro nella giurisprudenza*, núm. 10, 2012.
- CARINCI, F.: “Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare”, en *Il lavoro nella giurisprudenza*, núm. 1, 2013.
- CARINCI, F.: “Ripensando il "nuovo" art. 18 dello Statuto dei lavoratori”, en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, núm. 3, 2013.
- CARINCI, F.: “È applicabile il novellato art. 18 ST al pubblico impiego privatizzato? (Una domanda ancora in cerca di risposta)”, en *Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, núm. 6, 2013.
- CARINCI, F.: “Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti ('a sensi della bozza del D.Lgs. 24 dicembre 2014')”, en *Il Lavoro nella giurisprudenza*, núm. 2, 2015.
- CARINCI, F.: “Dallo Statuto al Contratto a tutele crescenti: il cambio di paradigma”, en *Giurisprudenza italiana*, núm. 3, 2016.
- CARINCI, F., DE LUCA TAMAJO, R., TOSI, P. y TREU, T.: *Diritto del Lavoro: il rapporto di lavoro subordinato*, Torino, Utet giuridica, 2013.
- CARIOTA FERRARA, L.: *El negocio jurídico*, Madrid, Aguilar, 1956.
- CARMONA POZAS, F.: “El incidente de readmisión irregular”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, Madrid, ACARL, 1992.
- CARNELUTTI, F.: *Sistema de Derecho Procesal Civil*, traducción de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. y SENTÍS MELENDO, S., Buenos Aires, Uthea, 1944.
- CARNELUTTI, F.: *Teoría generale del diritto*, Roma, Edizioni Scientifiche Italiane, 1951.
- CARNELUTTI, F.: *La prueba civil*, traducción de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., Buenos Aires, Depalma, 1982.
- CARRO IGELMO, A. J.: *El despido disciplinario*, Barcelona, Bosch, 1984.

- CASALE, D.: “Potere disciplinare”, en *Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, núm. 6, 2006.
- CASALE, D.: “Abuso d’ufficio”, en *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, núm. 6, 2006.
- CASALE, D.: “I criteri di scelta nei licenziamenti collettivi”, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, num.4-5, 2007.
- CASALE, D.: “Il licenziamento del personale pubblico (dirigente) con quaranta anni di anzianità contributiva ex art. 72 del d.l. n. 112/2008”, en *Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, núm. 6, 2008.
- CASALE, D.: “Lavoro nelle p.a. e giurisprudenza della Corte di cassazione (rassegna maggio-agosto 2008) - Procedimento disciplinare”, en *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, núm. 3-4, 2008.
- CASALE, D.: “Il licenziamento per sopravvenuta inidoneità psicofisica permanente”, en CARINCI, F. y MAINARDI, S. (a cura di): *La terza riforma del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Milano, Ipsoa, 2011.
- CASALE, D.: “La rinnovata disciplina della malattia del dipendente pubblico”, en *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, núm. 3-4, 2012.
- CASALE, D.: “Malattia, inidoneità psicofisica e handicap nella novella del 2012 sui licenziamenti”, en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, núm. 2, 2014.
- CASALE, D. y LIMA, A.: “Istruttoria e irrogazione della sanzione disciplinare”, en MAINARDI, S. (a cura di) *et al: Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Torino, Utet, 2012.
- CASAS BAAMONDE, M^a. E.: “El despido disciplinario en la jurisprudencia de unificación de doctrina y la reforma legislativa de 1994”, en GÁRATE CASTRO, J. (Coord.) *et al: Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario: estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor “honoris causa” por la Universidad de Santiago de Compostela*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1997.
- CASAS BAAMONDE, M^a. E. y ALONSO OLEA, M.: “La improcedencia del despido (art. 56)”, en *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 100, 2, 2000.
- CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Naturaleza jurídica y garantía de pago de los salarios de tramitación: ¿punto y final al debate sobre dos viejas cuestiones?”, en *Aranzadi Social*, núm. 5, 2002.
- CEBRIÁN CARRILLO, A.: “Las prescripciones de las faltas laborales”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, Madrid, ACARL, 1992.
- CESTER, C.: “Il regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo”, en *Giurisprudenza italiana*, núm. 1, 2014.

- CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A. M^a.: “El proceso de despido: de la demanda a la sentencia”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al*: *El despido. Análisis y aplicación práctica*, Madrid, Tecnos, 2004.
- CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A. M^a.: “Despido nulo: La ejecución de la sentencia en sus propios términos”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al*: *El despido. Análisis y aplicación práctica*, Madrid, Tecnos, 2004.
- COHEN, D.: *Tres lecciones sobre la sociedad postindustrial*, Buenos Aires, Katz, 2007.
- COLLADO GARCÍA, L.: “Costos económicos derivados de la extinción del contrato: problemas jurídicos sobre cálculo de indemnizaciones”, en LILLO PÉREZ, E. (Dir.) *et al*: *Aspectos económicos de la jurisdicción social*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2005.
- COLOMBO, A., RIPA, A. y VARESI, A.: *Licenziamento. Gestione, procedura e casistica*, Milano, Ipsoa – Wolter Kluwer, 2014.
- CONDE MARÍN, E.: *La buena fe en el contrato de trabajo. Un estudio de la buena fe como elemento de integración del contrato de trabajo*, Madrid, La Ley, 2007.
- CREMADES, B.: *La sanción disciplinaria en la empresa*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1969.
- CRISTÓBAL RONCERO, R.: “Límites de la discusión en juicio de despido, del salario real o debido al trabajador. Comentario a la STSJ de Cataluña de 14 de Noviembre de 2001 (AS 2002, 234)”, en *Aranzadi social*, núm. 1, 2002.
- CRISTÓBAL RONCERO, R.: “La Reforma Laboral, a examen”, en *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 867, 2013.
- CRISTÓBAL RONCERO, R.: “RD 418/2014, de 6 de junio, por el que se modifica el procedimiento de tramitación de las reclamaciones al Estado por salarios de tramitación en juicios de despido (BOE 18-6-2014)”, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 167, 2014.
- CRISTÓBAL RONCERO, R. y DE NIEVES NIETO, N.: “La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido disciplinario (art. 54.2 d ET)”, en *Actualidad laboral*, núm. 2, 2005.
- CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1983.
- CRUZ VILLALÓN, J.: “Requisitos ordinarios: la carta de despido”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al*: *El despido. Análisis y aplicación práctica*, Madrid, Tecnos, 2004.
- CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ DÍAZ, P.: “Título II. Recurso de Suplicación”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al*: *Ley de la Jurisdicción Social*.

BIBLIOGRAFÍA

Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Granada, Comares, 2013.

- D'ANTONA, M.: *La reintegrazione nel posto di lavoro: art. 18 dello statuto dei lavoratori*, Padova, Cedam, 1979.
- D'ANTONA, M.: *Tutela reale nel posto di lavoro*, Roma, EGT, 1994.
- D'AVOSSA, E.: *Il potere disciplinare nel rapporto di lavoro: Il código, Il procedimento, l'esecuzione delle sanzioni, il licenziamento disciplinare, l'impugnazione delle sanzioni*, Ipsosa, 1989.
- DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1985.
- DE COSSÍO, A.: "El dolo en el derecho civil", en *Revista de Derecho Privado*, 1955.
- DE LA CRUZ PACHECO, V.: "Las consecuencias del despido sobre altas, bajas y cotizaciones en el sistema de la Seguridad Social", en AA. VV: *Estudios sobre el despido disciplinario*, Madrid, ACARL, 1992.
- DE LA OLIVA SANTOS, A.: "De la declinatoria", en DE LA OLIVA SANTOS, A., BANACLOCHE PALAO, J., VEGA TORRES, J., DÍEZ-PICASO GIMÉNEZ, I.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Aranzadi, 2001.
- DE LA PUEBLA PINILLA, A.: "Algunas reflexiones sobre la naturaleza salarial de las *stock options* (en torno a la sentencia de 5 de julio de 2000, del Juzgado de lo Social, núm. 30 de Madrid)", en *Revista Practica Social*, núm. 56, 2000.
- DE LA VILLA GIL, L. E.: "La formalización (carta y expedientes) del despido disciplinario", en AA. VV.: *Dieciséis Lecciones sobre causas de despido*, Madrid, Sección de publicaciones e intercambio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 1969.
- DE LA VILLA GIL, L. E.: *Problemas de estabilidad en el empleo*, Murcia, Escuela Social de Murcia, 1973.
- DE LA VILLA GIL, L. E. y PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: *Introducción a la economía del trabajo*, Madrid, Editorial Debate, 1977.
- DE LUGO Y REYMUNDO, L. B.: *Extinción del Contrato de Trabajo*, Madrid, Reus, 1945.
- DE NIEVES NIETO, N.: *La reclamación administrativa previa en los procesos de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- DE ROBERTIS, F. M.: *Il rapporti di lavoro nel diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1946.
- DE RUGGIERO, R.: *Istituzioni di diritto civile. Diritto delle persone, diritti reali e possesso*, Messina-Roma, Casa Editrice Giuseppe Principato, 1926.

- DELGADO UCELAY, I.: “Faltas repetidas e injustificadas de asistencia al trabajo”, en AA. VV: *Estudios sobre el despido disciplinario*, Madrid, ACARL, 1992.
- DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Sistema de derecho civil, Volumen I (Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica)*, Madrid, Tecnos, 1997.
- DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Despido y Jurisprudencia: la extinción del contrato de trabajo en la Unificación de Doctrina*, Valladolid, Lex Nova, 2002.
- DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “La reforma del despido en la Ley 35/2010”, en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R.: *La reforma del mercado de trabajo: Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, Valladolid, Lex Nova, 2010.
- DI CERBO, V. y SIMEOLI, D.: “Legge 15 luglio 1966 n. 604. Norme sui licenziamenti individuali”, en AMOROSO, G., DI CERBO, V. y MARESCA, A.: *Diritto del Lavoro. Lo statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*, Milano, Giuffrè, 2014.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, Bosch, 1963.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, Civitas, 1993.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del derecho civil patrimonial, II, Las relaciones obligatorias*, Madrid, Civitas, 1993.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen II. Las relaciones obligatorias*, Pamplona, Thomson-Civitas, 2008.
- DURÁN LÓPEZ, F.: “La prescripción de las faltas de asistencia o puntualidad de trabajador tras la LRL”, en *Revista de Política Social*, núm. 119, 1978.
- DURÁN LÓPEZ, F.: “El despido por circunstancias objetivas y la nueva ordenación del despido”, en *Revista de Política Social*, núm. 117, 1978.
- DURÁN LÓPEZ, F.: “El despido objetivo: causas, forma y efectos (arts. 52 y 53)”, en *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 100, 2, 2000.
- ENGISCH, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, Madrid, Guadarrama, 1967.
- ENGISCH, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, traducción de GARZÓN VALDÉS, E., presentación de GARCÍA SAN MIGUEL, L., edición al cuidado de MONEREO PÉREZ, J. L., Granada, Comares, 2001.

BIBLIOGRAFÍA

- ENGISCH, K.: *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*; estudio preliminar, epílogo y traducción de GIL CREMADES, J. J., edición al cuidado de MONEREO PÉREZ, J. L., Granada, Comares, 2004.
- ENNECCERUS, L. y LEHMAN, H.: *Derecho de obligaciones. Doctrina general*, Barcelona, Bosch, 1954.
- ESPOSITO, M.: “Arbitrato e sanzioni disciplinari nel pubblico impiego: logiche e modelli fra “passato” e “futuri” possibili”, en *Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, núm. 2, 2001.
- ESPOSITO, M.: “Processo penale e procedimento disciplinare nella normativa sul lavoro pubblico: diritto di difesa del dipendente e buon andamento delle amministrazioni pubbliche”, en *Rivista italiana di diritto del lavoro*, núm. 2, 2009.
- ESTEVE SEGARRA, A.: *Los salarios de tramitación*, Navarra, Aranzadi, 2009.
- FAVA, G.: *Potere disciplinare: orientamento giurisprudenziale e principi normativi*, Milano, Ipsoa, 2007.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: “Reclamación administrativa previa”, en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. (Coord.) *et al: Diccionario Procesal Social*, Madrid, Civitas, 1996.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: “Fijación de los hechos en el proceso de despido disciplinario: nulidad de actuaciones por alegación y prueba de hechos no aducidos en la carta de despido”, en GÁRATE CASTRO, J. (Coord.) *et al: Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario: estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor “honoris causa” por la Universidad de Santiago de Compostela*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1997.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: “La transgresión de la buena fe contractual”, en *Revista de Política Social*, número 138, 1983.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: “La prescripción de las acciones para la defensa de la libertad sindical”, en CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: III Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Jerez, 1985.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a. F.: *El poder disciplinario en la empresa*, Madrid, Civitas, 1991.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, A.: “Los recursos contra las sentencias de despido. Efectos de su interposición y de su estimación o desestimación”, en AA. VV: *Estudios sobre el despido disciplinario*, Madrid, ACARL, 1992.

- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: “El poder disciplinario en la organización de la empresa”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 23, 2000.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a. F.: “Indemnizaciones tasadas por daños con ocasión de la extinción del contrato de trabajo”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 29, 2005.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, S.: “La regulación de despido disciplinario en Italia”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Madrid, Cinca, 2009.
- FERRANTE, V.: “Forma e procedura del licenziamento. Il licenziamento disciplinare”, en BESSONE, M.: *Trattato di Diritto Privato*, Volume XXIV, en CARINCI, F. (a cura di) y MAINARDI, S. (Coord.): *Il lavoro subordinato. Tomo III. Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzie dei diritti*, Torino, G. Giappichelli, 2007.
- FERRANTE, V.: “Fondamento e natura del potere disciplinare”, en MAINARDI, S. (a cura di) *et al: Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Torino, Utet, 2012.
- FERREIRO REGUEIRO, C.: “Sobre la determinación de la responsabilidad, en el despido de un trabajador, de los grupos de empresas y de las empresas involucradas en una transmisión”, en GÁRATE CASTRO, J. (Coord.) *et al: Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario: estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor “honoris causa” por la Universidad de Santiago de Compostela*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1997.
- FIORAI, B.: “Sanzioni disciplinari nei confronti dei lavoratori”, en AA. VV.: *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, UTET, 1986.
- GAETA, G.: “Brevi note in materia di licenziamento disciplinare”, en *Rivista giuridica de lavoro e della previdenza sociale*, núm. 3, 2003.
- GALANTINO, L.: “Verso una disciplina unitaria del recesso del datore di lavoro”, en *Rivista di diritto de lavoro*, núm. 1, 1990.
- GALGANO, F.: *El negocio jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992.
- GALIANA MORENO, J. M.: “Algunas consideraciones sobre la improcedencia de despido por razones formales”, en GÁRATE CASTRO, J. (Coord.) *et al: Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario: estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor “honoris causa” por la Universidad de Santiago de Compostela*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1997.
- GÁRATE CASTRO, J.: “Las faltas de asistencia o puntualidad como incumplimiento contractual justificativo del despido disciplinario”, en *Revista de Política Social*, núm. 129, 1981.

BIBLIOGRAFÍA

- GÁRATE CASTRO, J.: “La voluntariedad como nota definitiva del despido por disminución del rendimiento”, en *Revista de Política Social*, núm. 130, 1981.
- GÁRATE CASTRO, J.: “La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, Madrid, ACARL, 1992.
- GÁRATE CASTRO, J.: *Los salarios de tramitación. Un estudio de las percepciones salariales unidas a la declaración de improcedencia o nulidad del despido*, Madrid, ACARL, 1994.
- GÁRATE CASTRO, J.: “Notas sobre la reducción del período de devengo de salarios de tramitación por aplicación del artículo 56, número 2, del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores”, en *Aranzadi social*, núm. 5, 1997.
- GÁRATE CASTRO, J.: “La reforma del régimen jurídico del despido; en particular de los salarios de tramitación”, en *Aranzadi Social*, núm. 1, 2003.
- GÁRATE CASTRO, J.: “La derogación, casi total, de una importante reforma del régimen jurídico del despido que nunca debió producirse. En particular, sobre el general restablecimiento, con algunos cambios, del precedente régimen jurídico de los salarios de tramitación”, en *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, núm. 251, 2003.
- GARCÍA BECEDAS, G.: “El despido como acto recepticio”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, Madrid, ACARL, 1992.
- GARCÍA BLASCO, J.: *El derecho de huelga en España: calificación y efectos jurídicos*, Barcelona, Bosch, 1983.
- GARCÍA BLASCO, J. y GONZÁLEZ LABRADA, M.: “Artículo 284 LRJS. Consecuencias del incumplimiento del empresario”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al: Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, Granada, Comares, 2013.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 2002.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: “El rendimiento debido en la relación de trabajo”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 3, 1980.
- GARCÍA MURCIA, J.: “Falta de diligencia y transgresión de la buena fe contractual”, en *Actualidad Laboral*, núm. 2, 1990.
- GARCÍA MURCIA, J.: *La reglamentación sectorial del trabajo. De la intervención pública a la autonomía colectiva*, Madrid, Civitas, 2001.

- GARCÍA NINET, I.: “El deber de obediencia en el contrato de trabajo (notas para un estudio)”, en *Revista de Derecho Privado*, núm. 10, 1979.
- GARCÍA NINET, J. I.: “Ofensas verbales o físicas al empresario o a otras personas del entorno empresarial”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, Madrid, ACARL, 1992.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “El despido en la jurisprudencia constitucional”, en GÁRATE CASTRO, J. (Coord.) *et al: Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario: estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor “honoris causa” por la Universidad de Santiago de Compostela*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1997.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y SASTRE IBARRECHE, R.: “Artículo 54. Despido disciplinario”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Granada, Comares, 1998.
- GARCÍA QUIÑONES, J. C.: “El depósito de la indemnización: mecanismo liberatorio de los salarios de tramitación”, en GETE CASTRILLO, P. (Dir.) y VALDÉS DAL-RE, F. (Dir.) *et al: Nuevo régimen jurídico del despido y del desempleo: análisis crítico de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre*, Madrid, Cinca, 2003.
- GARCÍA SALGADO, M^a. J.: “Determinar lo indeterminado: sobre cláusulas generales y los problemas que plantean”, en *Anuario de filosofía del derecho*, núm. 20, 2003.
- GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A.: *Los actos administrativos*, Madrid, Civitas, 1991.
- GAROFALO, D.: “Licenziamento e forma”, en CARINCI, F. (a cura di MISCIONE, M.) *et al: Diritto del Lavoro. Commentario*, Torino, Utet, 2007.
- GAUDU, F. y VATINET, R.: “Les contrats du travail. Contrats individuelles, conventions collectives et actes unilatéraux” en *Traité des contrats, sous la direction de Jacques Ghestin*, París, LGDJ, 2001.
- GHERA, E.: “Tutela reale e tutela obbligatoria: il licenziamento”, en *Lav. Dir.*, 1992.
- GIANNINI, M. S.: *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1988.
- GIL ALBURQUERQUE, R.: “La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido disciplinario: una figura tan necesaria como jurídicamente arriesgada”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Madrid, Cinca, 2009.
- GIL Y GIL, J. L.: “La caducidad de la acción de despido”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, Madrid, ACARL, 1992.

- GIL Y GIL, J. L.: *La prescripción de las faltas laborales*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1993.
- GIL Y GIL, J. L.: *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1994.
- GIL Y GIL, J. L.: *La prescripción y la caducidad en el contrato de trabajo*, Granada, Comares, 2000.
- GIL Y GIL, J. L.: “La noción del despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, Navarra, Aranzadi, 2004.
- GIL Y GIL, J. L. y SAGARDOY DE SIMÓN, I.: *La protección contra el despido disciplinario*, Madrid, Cinca, 2007.
- GIL Y GIL, J. L.: “La indemnización por despido improcedente”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Madrid, Cinca, 2009.
- GODINO REYES, M.: “Caducidad del despido”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Madrid, Cinca, 2009.
- GOERLICH PESET, J. M^a.: *La extinción del contrato de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.
- GOERLICH PESET, J. M^a.: *Los efectos de la huelga*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.
- GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Excepciones a la obligación empresarial de pagar la indemnización legal por despido improcedente”, en GÁRATE CASTRO, J. (Coord.) *et al: Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario: estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor “honoris causa” por la Universidad de Santiago de Compostela*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1997.
- GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Pactos de no concurrencia y de permanencia”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, 2000.
- GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, Navarra, Aranzadi, 2004.
- GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: *La causalidad del despido disciplinario*, Thomson Reuters, Navarra, 2009.
- GÓMEZ ÁLVAREZ, T.: “Despido improcedente: el pago por el Estado de los salarios de tramitación”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, Madrid, Tecnos, 2004.

- GÓMEZ BERNAL, M. T.: “Interpretación formalista y desproporcionada del agotamiento de la vía previa”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 66, 1994.
- GÓMEZ CABALLERO, P.: “El despido disciplinario: aspectos relativos a su formalización y calificación”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 1996.
- GÓMEZ GORDILLO, R.: “Aspectos generales del Despido Disciplinario”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, Madrid, Tecnos, 2004.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, Pamplona, Thomson Reuters, 2012.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “El despido tácito y su impugnación”, en *Revista de Política Social*, núm. 129, 1981.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Faltas de asistencia o puntualidad al trabajo; la repetición de las faltas y la aplicación de principio non bis in idem”, en *Revista de Política Social*, núm. 139, 1983.
- GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: “La noción de incumplimiento contractual grave y culpable en la jurisprudencia”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Madrid, Cinca, 2009.
- GONZÁLEZ VELASCO, J. y VIVES USANO, M^a. P.: “Aspectos del derecho de opción en los despidos disciplinarios”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, Madrid, ACARL, 1992.
- GONZÁLEZ VELASCO, J. y VIVES USANO, M^a. P.: “Despido, segundo empleo y enriquecimiento injusto”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 1997.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Los requisitos formales del despido individual”, en BORRAJO DACRUZ, E.: *El nuevo Estatuto de los Trabajadores: puntos críticos*, Valencia, Wolters Kluwer, 1995.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Disminución continuada y voluntaria en el rendimiento normal o pactado”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, Madrid, Tecnos, 2004.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Despido por acoso”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, Madrid, Tecnos, 2004.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2010.

BIBLIOGRAFÍA

- GRANDI, M. y PERA, G. (a cura di) *et al: Commentario breve allo Statuto dei lavoratori*, Padova, Cedam, 1985.
- GRASSO, B.: “Sulla distinzione tra prescrizione e decadenza” en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, núm. 2, 1970.
- GUASP DELGADO, J.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Aguilar, 1948, tomo I.
- GUERRERO OSTOLAZA, J. M^a.: “La desobediencia e indisciplina en el trabajo”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Madrid, Cinca, 2009.
- GUINDO MORALES, S.: “Despido por circunstancias objetivas: garantías formales y procedimentales (pagaré como instrumento variable para el abono de la indemnización: STS 536/2016, 21 de junio)”, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 192, 2016.
- GUINDO MORALES, S.: “Alcance actual de la restricción de acceso al empleo público por razón de la nacionalidad establecida en el artículo 45.4 del tratado de funcionamiento de la Unión Europea”, en *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 6, 2017.
- GUINDO MORALES, S.: “La condición de nacionalidad en el acceso a los empleos públicos: alcance actual de la excepción del artículo 45.4 TFUE”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: Libre circulación de trabajadores en la Unión Europea. Treinta años en la Unión: XXXV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Huelva, CARL, 2017.
- GUINDO MORALES, S.: “Normas europeas en materia de ocupación y protección social en relación con el ámbito local / Norme europee in materia di occupazione e protezione sociale in relazione con l’ambito locale”, en ÁLVAREZ CORTÉS, J. C. (Dir.) y VILA TIerno, F. (Coord.) *et al: Las políticas de empleo en el ámbito local: Especial atención a colectivos desfavorecidos: Jóvenes, mayores y discapacitados*, Málaga, Ameis, 2017.
- GUINDO MORALES, S.: “La mediación laboral como procedimiento de solución extrajudicial”, en CABRERA MERCADO, R. (Dir.) e QUESADA LÓPEZ, P. M. (Coord.) *et al: La mediación como método para la resolución de conflictos*, Madrid, Dykinson, 2017.
- GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: “Indemnización por despido declarado improcedente en contrato ya extinguido por otra causa: comentario a la STS 4^a de 13 de mayo de 2003”, en *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 2003.
- HART, H. L. A.: *El concepto de Derecho*, traducción de CARRIÓ, G. R., México, Editorial Nacional, 1980.

- HEPPLE, B.: "A right to Work", en *IFL*, núm. 10, 1981.
- HERRERA DUQUE, M^a. J.: "Los representantes de los trabajadores y el despido", en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Madrid, Cinca, 2009.
- HOSTECH, F.: *El derecho del despido en el contrato de trabajo*, Barcelona, Bosch, 1929.
- IBÁÑEZ JIMENEZ, J.: *Stock options. Regulación, economía, política retributiva y debate social*, Madrid, Dykinson, 2000.
- ICHINO, P.: "Il contratto di lavoro (III)", en CICU, A., MESSINEO, F. MENGONI, L. e continuato da SCHLESINGER, P.: *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, Giuffrè, 2003.
- IGARTUA MIRÓ, M^a. T.: "Ofensas verbales o físicas", en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, Madrid, Tecnos, 2004.
- IGARTUA MIRÓ, M^a. T.: "Despido improcedente: ejecución de la sentencia. Incidente de no readmisión", en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, Madrid, Tecnos, 2004.
- IGLESIAS CABERO, M.: "Transgresión de la buena fe contractual", en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, Madrid, ACARL, 1992.
- JAMES MORA, J.: "La dinámica de los despidos en España", en *Estudios Gerenciales*, núm. 98, 2006.
- KAHN-FREUND, O.: *Selected Writings*, Londres, Stevens & Sons, 1978.
- KALECKI, M.: "Political Aspects of Full Employment", en HUNT, E. K. y SCHWARTZ, J. G. (Eds.): *A Critique of Economic Theory*, Baltimore, Penguin Books, 1972.
- KALECKI, M.: "Aspectos políticos de la ocupación plena", en *Ensayos escogidos sobre la dinámica de la economía capitalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1977.
- KLEIN, M.: *El desistimiento unilateral del contrato*, Madrid, Civitas, 1997.
- LAHERA FORTEZA, J.: "Las paradojas del despido libre pagado (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2008, recurso 1689/2007)", en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 2009.
- LARENZ, K.: "Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts", en LARENZ, K., e IZQUIERDO MACÍAS-PICAVEA, M.: *Derecho Civil. Parte general*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1978.

- LARENZ, K.: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2001.
- LASSANDARI, A.: “Il licenziamento discriminatorio”, en BESSONE, M.: *Trattato di Diritto Privato*, Volume XXIV, en CARINCI, F. (a cura di) y MAINARDI, S. (Coord.): *Il lavoro subordinato. Tomo III. Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzie dei diritti*, Torino, G. Giappichelli, 2007.
- LASSANDARI, A.: “Fattispecie dai confini incerti e tentazioni creative nei licenziamenti per ragioni organizzative”, en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, núm. 3, 2009.
- LASSANDARI, A.: “L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento”, en *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, núm. 1, 2012.
- LASSANDARI, A.: “L'ordinamento perduto”, en *Lavoro e Diritto*, núm.1, 2015.
- LASSANDARI, A.: “La riforma del lavoro del Governo Renzi ed il sistema di relazioni sindacali”, en *Questione Giustizia*, núm. 3, 2015.
- LASSANDARI, A.: “La riforma del lavoro del Governo Renzi: il disegno e la realizzazione”, en *il Corriere giuridico*, núm. 6, 2015.
- LEGA, C.: *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1956.
- LÓPEZ AHUMADA, J. E.: “La proyección del carácter recepticio del despido sobre los despidos tácitos”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) et al: *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Madrid, Cinca, 2009.
- LÓPEZ ÁLVAREZ, M^a. J.: *El Expediente Disciplinario Laboral*, Pamplona, Aranzadi, 1999.
- LÓPEZ INSUA, B. M.: *El principio de igualdad de género en el derecho social del trabajo*, Murcia, Laborum, 2017.
- MACHERA, A. D.: “El poder disciplinario en las relaciones de trabajo”, en CESARINO JÚNIOR, A. F. et al: *Estudios de Derecho del Trabajo, en Memoria de Alejandro M. Unsain*, Buenos Aires, Ateneo, 1954.
- MAINARDI, S.: “Contestazione e diritto di acceso ai documenti connessi agli addebiti disciplinari”, en *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, núm. 2, 2001.
- MAINARDI, S.: “Il fondamento giuridico del potere disciplinare nell'evoluzione delle fonti di regolazione del lavoro privato e pubblico”, en MAINARDI, S.: *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico. Art. 2106*, en SCHLESINGER, P. y BUSNELLI, F.: *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, Giuffrè, 2002.
- MAINARDI, S.: “La definizione delle norme disciplinari”, en MAINARDI, S.: *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico. Art. 2106*, en

SCHLESINGER, P. y BUSNELLI, F.: *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, Giuffrè, 2002.

MAINARDI, S.: “Il procedimento disciplinare”, en MAINARDI, S.: *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico. Art. 2106*, en SCHLESINGER, P. y BUSNELLI, F.: *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, Giuffrè, 2002.

MAINARDI, S.: “I limiti sostanziali all’esercizio del potere: proporzionalità e recidiva”, en MAINARDI, S.: *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico. Art. 2106*, en SCHLESINGER, P. y BUSNELLI, F.: *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, Giuffrè, 2002.

MAINARDI, S.: *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, Milano, Giuffrè, 2002.

MAINARDI, S.: “Rapporto di impiego dei magistrati ed obblighi di correttezza e buona fede”, en *Giornale di Diritto Amministrativo*, núm. 3, 2003.

MAINARDI, S.: “L’estinzione del rapporto nella sistematica del Codice Civile. Dimissioni e risoluzione consensuale”, en BESSONE, M.: *Trattato di Diritto Privato*, Volume XXIV, en CARINCI, F. (a cura di) e MAINARDI, S. (Coord.): *Il lavoro subordinato. Tomo III. Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzie dei diritti*, Torino, G. Giappichelli, 2007.

MAINARDI, S.: “Il “dovere” del dirigente di sanzionare il demerito: il procedimento disciplinare”, en *Giurisprudenza italiana*, núm. 12, 2010.

MAINARDI, S.: “Introduzione”, en MAINARDI, S. (a cura di) *et al: Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Torino, Utet, 2012.

MAINARDI, S.: “Le sanzioni disciplinari conservative del rapporto di lavoro”, en MAINARDI, S. (a cura di) *et al: Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Torino, Utet, 2012.

MAINARDI, S.: “Prescrizione dei crediti retributivi del lavoratore tra vecchi e nuovi concetti di stabilità del rapporto di lavoro”, en *Giurisprudenza italiana*, núm. 4, 2013.

MAINARDI, S.: “Il campo di applicazione del D. LGS. N. 23/2015. Licenziamenti illegittimi, tutele crescenti”, en *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, núm. 1, 2015.

MAINARDI, S.: “Il licenziamento disciplinare per falsa attestazione di presenza in servizio”, en *Giornale di diritto amministrativo*, núm. 5, 2016.

MALO OCAÑA, M. Á.: “La evolución institucional del despido en España: una interpretación en términos de un accidente histórico”, en *Revista de Historia Económica - Journal of Iberian and Latin American Economic History*, núm. 1, 2005.

BIBLIOGRAFÍA

- MANCINI, G. F.: *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1957.
- MANCINI, G. F.: *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro. Individuazione della fattispecie recesso*, Milano, Giuffrè, 1962.
- MANCINI, G. F.: *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro. Il recesso straordinario*, Milano, Giuffrè, 1965.
- MARIA MASTINU, E.: “La procedimentalización sindical del ejercicio de los poderes y prerrogativas del empresario”, en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (Coord.) *et al: El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, Madrid, La Ley, 2005.
- MARÍN ALONSO, I.: “Despido nulo: supuestos y efectos”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, Madrid, Tecnos, 2004.
- MARÍN CORREA, J. M.: “La nueva movilidad geográfica”, en *Anuario Laboral*, 1995.
- MARÍN MORAL, I.: *La Indemnización por despido*, Pamplona, Aranzadi, 2006.
- MARTÍN SERRANO, A. L.: “La responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial por indemnizaciones por despido”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, Madrid, ACARL, 1992.
- MARTÍN VALVERDE, A.: “Ideologías jurídicas y contrato de trabajo”, en *Ideología y relaciones de trabajo*, Sevilla, Publicaciones Universidad de Sevilla, 1978.
- MARTÍN VALVERDE, A.: “Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución Española”, AA. VV.: en *Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la Constitución*, Madrid, 1980.
- MARTÍN VALVERDE, M.: “Estudio preliminar. La formación de derecho del trabajo en España”, en AA. VV.: *La legislación social en la historia de España: de la revolución liberal a 1936*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1987.
- MARTÍN VALVERDE, A.: “Modificaciones de la jornada y del horario de trabajo”, en DE LA VILLA GIL, L. E. (Coord.) *et al: Estudios sobre la jornada de trabajo*, Madrid, ACARL, 1991.
- MARTÍN VALVERDE, A.: “El efecto extintivo del acto del despido disciplinario”, en GÁRATE CASTRO, J. (Coord.) *et al: Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario: estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor “honoris causa” por la Universidad de Santiago de Compostela*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1997.
- MARTÍNEZ ABASCAL, V., PÉREZ AMOROS, F. y ROJO TORRECILLA, E.: “La modalidad procesal de despido y sus efectos en la legislación laboral: especial

atención al despido disciplinario por razones de fondo”, en ALARCÓN CARACUEL, M. (Coord.) *et al: Estudios sobre la Ley de Procedimiento Laboral de 1990*, Madrid, Marcial Pons, 1991.

MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: “La buena fe y el abuso del derecho. Su respectiva caracterización como límites en el ejercicio del Derecho”, en *Revista de Derecho Privado*, núm. 63, 1979.

MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: “La participación en huelga como causa de despido disciplinario: marco regulador”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, Madrid, ACARL, 1992.

MARTÍNEZ ROCAMORA, L. G.: “¿Despido verbal o abandono? La carga de la prueba sobre la causa real de extinción del contrato de trabajo. Comentario a la STSJ de Andalucía/Málaga, de 10 de noviembre de 2000”, en *Aranzadi Social*, núm. 4, 2001.

MARTINUCCI, G.: “Licenziamento per scarso rendimento: una nuova pronuncia della Cassazione”, en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, núm. 2, 1997.

MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2009.

MAZZIOTTI, F.: *I licenziamenti dopo la legge 11 maggio 1990, n° 108*, Torino, Utet, 1991. MAZZONI, G.: *La conquista della libertà sindacale*, Roma, Edizioni Leonardo, 1947.

MAZZIOTTI, F.: “Inefficacia del licenziamento e risarcimento del danno”, en AA. VV.: *Scritti in onore di G. Suppiej*, Padova, Cedam, 2005.

MELLA MÉNDEZ, L.: “Algunos criterios judiciales recientes sobre el concepto “años de servicio” para el cálculo de la indemnización por despido”, en GÁRATE CASTRO, J. (Coord.) *et al: Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario: estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor “honoris causa” por la Universidad de Santiago de Compostela*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1997.

MELLA MÉNDEZ, L.: *La formalización del despido disciplinario. Un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*, Granada, Comares, 1999.

MELLA MÉNDEZ, L.: “El acoso psicológico en el Derecho del Trabajo”, en *Tribuna Social*, núm. 145, 2003.

MENGONI, L.: “La stabilità dell’impiego nel diritto italiano”, en AA. VV.: *La stabilità dell’impiego nel diritto dei Paesi membri della C.E.C.A.*, Lussemburgo, Editore dal servizio pubblicazioni delle Comunità Europee, 1958.

MENGONI, L.: “Per una dogmatica dei diritti fondamentali”, en AA. VV.: *Giornate in onore di Angelo Falzea*, Milano, Giuffrè, 1993.

- MERCADER UGINA, J. R.: “Artículo 14”, en DE LA VILLA GIL, L. E. (Dir.) *et al: Ley de Procedimiento Laboral. Comentada y con jurisprudencia*, Madrid, La Ley, 2006.
- MIÑAMBRES PUIG, C.: “El despido disciplinario verbal y el convenio número 158 de la OIT”, en GÁRATE CASTRO, J. (Coord.) *et al: Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario: estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor “honoris causa” por la Universidad de Santiago de Compostela*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1997.
- MOLERO MANGLANO, C.: “El incidente de no readmisión”, en AA. VV: *Estudios sobre el despido disciplinario*, Madrid, ACARL, 1992.
- MOLERO MANGLANO, C.: “El acoso sexual: elementos sustantivos y problemas procesales: A propósito de la STC de 13 de diciembre de 1999”, en *Actualidad Laboral*, núm. 1, 2000.
- MOLINA NAVARRETE, C.: “Hacia una revisión constitucional de la buena fe contractual en las relaciones jurídico-aborales”, en *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1992.
- MOLINA NAVARRETE, C.: “Formalismo jurídico, democracia en la empresa y tutela de la persona: la nueva configuración legal del despido disciplinario sin forma”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 70, 1995.
- MOLINA NAVARRETE, C.: “La recalificación judicial del despido en fraude de ley: una nueva Edad Media en el derecho del trabajo post-moderno”, en CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: Presente y futuro de la Regulación del Despido*, Navarra, Aranzadi, 1997.
- MOLINA NAVARRETE, C.: “Error en el cumplimiento del trámite preprocesal y efectos suspensivos del plazo de caducidad”, en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 51, 1999.
- MOLINA NAVARRETE, C.: “Artículo 5. Deberes laborales”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al: El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Granada, Comares, 2012.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: “Aspectos laborales de los grupos de empresas”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 25, 1985.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los despidos colectivos en el ordenamiento interno y comunitario*, Madrid, Civitas, 1994.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

- MONEREO PÉREZ, J. L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, CES, Madrid, 1996.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
- MONEREO PERÉZ, J. L.: “La regulación comunitaria de la reestructuración de empresas como elemento necesario de la reforma del mercado de trabajo: la normativa sobre despidos colectivos”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.) *et al: La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral*, Granada, Universidad de Granada, 1996.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: “Notas sobre el significado atribuido a la prueba en los despidos discriminatorios o lesivos de derechos fundamentales”, en GÁRATE CASTRO, J. (Coord.) *et al: Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario: estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor “honoris causa” por la Universidad de Santiago de Compostela*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1997.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: “Nuevas tendencias del Derecho del Trabajo postconstitucional: el modelo de Constitución flexible del trabajo”, en MARTÍN JIMÉNEZ, R. y SEMPERE NAVARRO, A. V. (Coords.): *El modelo social en la Constitución Española*, Madrid Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2003.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: “Para una crítica de las “soluciones” iusliberales a la crisis económica en el Derecho del Trabajo”, en *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 20-21, 2009.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: *La política de empleo como instrumento de lucha contra la precariedad laboral*, Albacete, Bomarzo, 2011.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: *El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: “Protección en caso de despido injustificado (art. 30)”, en MONEREO ATIENZA, C. (Dir. y coord.) y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir. y coord.) *et al: La Europa de los derechos: estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: “Condiciones de trabajo justas y equitativas (art. 31)”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir. y coord.) y MONEREO ATIENZA, C. (Dir. y coord.) *et al: La Europa de los derechos: estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: “Libertad profesional y derecho a trabajar (art. 15)”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir. y coord.) y MONEREO ATIENZA, C. (Dir. y coord.) *et al: La Europa de los derechos: estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012.

BIBLIOGRAFÍA

- MONEREO PÉREZ, J. L.: “El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012”, en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 115, 2012.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: *Modernidad y capitalismo: Max Weber y los dilemas de la teoría política y jurídica*, Barcelona, El Viejo Topo, 2013.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: “El despido colectivo tras las sucesivas reformas laborales”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, Granada, Comares, 2014.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: “La intervención administrativa en los despidos colectivos”, en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 125, 2014.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: “El despido colectivo en la jurisprudencia de Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su incidencia en el Derecho interno”, en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 130, 2015.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Bormazo, 2017.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales. Estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico*, Albacete, Bomarzo, 2017.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: “La tutela de las incapacidades laborales frente al despido objetivo por ineptitud: un enfoque desde los derechos de las personas”, en AA. VV.: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Murcia, Laborum, 2017.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “La reconfiguración causal del despido colectivo: algunas reflexiones críticas”, en CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: Presente y futuro de la Regulación del Despido*, Navarra, Aranzadi, 1997.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: *El Despido Colectivo en el Derecho Español: estudio de su Régimen Jurídico*, Pamplona, Aranzadi, 1997.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “Artículo 177”, en MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N. y GALLEGO MORALES, A. J. (Dirs.) *et al: Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral*, tomo II, Granada, Comares, 2001.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “Artículo 178”, en MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N. y GALLEGO MORALES, A. J. (Dirs.) *et al: Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral*, tomo II, Granada, Comares, 2001.

- MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “El debate europeo sobre flexiseguridad en el trabajo (reflexiones en torno al “Libro Verde” de la Comisión de las Comunidades Europeas”, en *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 16, 2007.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “La reforma laboral: sentido político-jurídico y técnico”, en MONEREO PÉREZ, J. L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (Dir. y Coords.) *et al: La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, Granada, Comares, 2011.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “Extinción contractual en las diversas modalidades de contratación objeto de la reforma laboral”, en MONEREO PÉREZ, J. L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (Dir. y Coords.) *et al: La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, Granada, Comares, 2011.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “Artículo 179. Tramitación”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al: Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, Granada, Comares, 2013.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “Artículo 180. Medidas cautelares”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al: Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, Granada, Comares, 2013.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “Artículo 181. Conciliación y juicio”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al: Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, Granada, Comares, 2013.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “Artículo 182. Sentencia”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al: Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, Granada, Comares, 2013.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “Artículo 183. Indemnizaciones”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al: Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, Granada, Comares, 2013.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: *El derecho a la renta de inserción*, Granada, Comares, 1999.

- 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 MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), MOLINA NAVARRETE, C. (Dir.) y MORENO VIDA, M^a. N. (Dir.) *et al: Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, 2002.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: “El derecho a una redistribución equitativa de la riqueza. El derecho al empleo”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), MOLINA NAVARRETE, C. (Dir.) y MORENO VIDA, M^a. N. (Dir.) *et al: Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, 2002.
- MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), MOLINA NAVARRETE, C. (Dir.) y MORENO VIDA, M^a. N. (Dir.) *et al: Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, 2002.
- MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a. N.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Granada, Comares, 2017.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Forma y procedimientos del despido disciplinario (ET: arts. 55 y concordantes. Estudio especial del despido nulo)”, en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.) *et al: La reforma del Estatuto de los Trabajadores. El despido. Tomo II*, Madrid, Edersa, 1994.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Artículo 55. Forma y efectos del despido disciplinario”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Granada, Comares, 1998.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Artículo 55. Forma y efectos del despido disciplinario”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al: El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Granada, Comares, 2012.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Forma y efectos del despido disciplinario”, en MONEREO PÉREZ (Dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al: El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Granada, Comares, 2012.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a. N.: “Despido nulo”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, Granada, Comares, 2014.
- MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N. y GARCÍA VALVERDE, M^a. D.: “Artículo 105”, en MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N. y GALLEGO MORALES, A. J. (Dir.) *et al: Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral*, tomo I, Granada, Comares, 2001.

MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N. y GARCÍA VALVERDE, M^a. D.:
“Artículo 102. Modalidades procesales”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.),
GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.
(Coord.) *et al: Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y
sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, Granada, Comares, 2013.

MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N. y GARCÍA VALVERDE, M^a. D.:
“Artículo 103. Presentación de la demanda por despido”, en MONEREO
PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO
MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al: Ley de la Jurisdicción Social. Estudio
técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, Granada,
Comares, 2013.

MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N. y GARCÍA VALVERDE, M^a. D.:
“Artículo 104. Requisitos de la demanda por despido”, en MONEREO PÉREZ,
J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO
MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al: Ley de la Jurisdicción Social. Estudio
técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, Granada,
Comares, 2013.

MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N. y GARCÍA VALVERDE, M^a. D.:
“Artículo 105. Posición de las partes”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.),
GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.
(Coord.) *et al: Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y
sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, Granada, Comares, 2013.

MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N. y GARCÍA VALVERDE, M^a. D.:
“Artículo 106. Garantías del proceso”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.),
GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.
(Coord.) *et al: Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y
sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, Granada, Comares, 2013.

MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N. y GARCÍA VALVERDE, M^a. D.:
“Artículo 107. Hechos probados”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.),
GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.
(Coord.) *et al: Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y
sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, Granada, Comares, 2013.

MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N. y GARCÍA VALVERDE, M^a. D.:
“Artículo 108. Calificación del despido por la sentencia”, en MONEREO
PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO
MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al: Ley de la Jurisdicción Social. Estudio
técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, Granada,
Comares, 2013.

MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N. y GARCÍA VALVERDE, M^a. D.:
“Artículo 109. Efectos del despido procedente”, en MONEREO PÉREZ, J. L.
(Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ,
L. A. (Coord.) *et al: Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y
sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, Granada, Comares, 2013.

- MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N. y GARCÍA VALVERDE, M^a. D.: “Artículo 110. Efectos del despido improcedente”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al: Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, Granada, Comares, 2013.
- MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N. y GARCÍA VALVERDE, M^a. D.: “Artículo 111. Efectos del recurso contra la sentencia de declaración de improcedencia del despido”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al: Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, Granada, Comares, 2013.
- MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N. y GARCÍA VALVERDE, M^a. D.: “Artículo 112. Efectos del recurso contra la sentencia de declaración de improcedencia del despido de un representante legal o sindical de los trabajadores”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al: Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, Granada, Comares, 2013.
- MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N. y GARCÍA VALVERDE, M^a. D.: “Artículo 113. Efectos de la declaración de nulidad del despido”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al: Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, Granada, Comares, 2013.
- MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N., MÁRQUEZ PRIETO, A., ALMENDROS GONZÁLEZ, M. Á., DÍAZ AZNARTE, M^a. T., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y SALAS PORRAS, M^a.: *Manual de teoría de las relaciones laborales*, Madrid, Tecnos, 2011.
- MONEREO PÉREZ, J. L., OCHANDO CLARAMUNT, C. y MONEREO PÉREZ, M.: “Keynesianismo y políticas económicas y sociales: una aproximación crítica a las políticas de empleo”, en *Sistema: Revista de ciencias sociales*, núm. 155-156, 2000.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: “La libre circulación de trabajadores nacionales de los Estados miembros: discriminación por razón de nacionalidad e igualdad de condiciones laborales”, en *La Ley Unión Europea*, núm. 51, 2017.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: “Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y su cómputo para el despido colectivo en caso de posterior extinción contractual (Sentencias del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 2017, asunto C-429/16: Ciupa y otros y, C-149/16: Socha y otros)”, en *La Ley Unión Europea*, núm. 54, 2017.

- MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: “Derecho a un proceso justo o equitativo a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: especial incidencia en las condenas a España”, en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 34, 2017.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: “Derecho a un proceso equitativo”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir. y Coords.) *et al: La garantía multinivel de los Derechos Fundamentales en el Consejo de Europa*, Comares, Granada, 2017.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: “La «cosificación» del trabajador en la discriminación indirecta contra discapacitados en materia de absentismo laboral”, en *La Ley Unión Europea*, núm. 57, 2018.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: “La discriminación por razón de edad vinculada al momento de la jubilación del trabajador: la objetividad, la razonabilidad y el juicio de proporcionalidad”, en *La Ley Unión Europea*, núm. 58, 2018.
- MONTALVO CORREA, J.: “Delimitación jurídica del supuesto de despido colectivo”, en DE LA VILLA GIL, L. E. (Coord.) *et al: Reforma de la legislación laboral: estudios dedicados al profesor Manuel Alonso García*, Madrid, Marcial Pons: Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 1995.
- MONTERO AROCA, J. (Coord.) *et al: Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, Madrid, Civitas, 1993.
- MONTOYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1965.
- MONTOYA MELGAR, A.: “La estabilidad en el empleo en el Derecho del Trabajo de España”, en *Revista de Política Social*, núm. 118, 1978.
- MONTOYA MELGAR, A.: “La protección constitucional de los derechos laborales”, en AA. VV.: *Derecho del trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Madrid, CEF, 1980.
- MONTOYA MELGAR, A.: “Dirección y control de la actividad laboral”, en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.) *et al: Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, Edersa, 1985.
- MONTOYA MELGAR, A.: “Poder del empresario y movilidad laboral”, en *REDT*, núm. 38, 1989.
- MONTOYA MELGAR, A.: “El despido improcedente y sus efectos”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, Madrid, ACARL, 1992.
- MONTOYA MELGAR, A.: *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 2001.

BIBLIOGRAFÍA

- MONTOYA MELGAR, A.: “Estabilidad en el empleo, globalización económica y «flexiseguridad»”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Madrid, Cinca, 2009.
- MONTUSCHI, L.: *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1973.
- MONTUSCHI, L.: “Commento all’art. 7”, en GHEZZI, G., MANCINI, G. F., MONTUSCHI, L. y ROMAGNOLI, U. (a cura di) *et al: Commentario allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro italiano, 1979.
- MONTUSCHI, L.: “Potere disciplinare e rapporto di lavoro privato”, en *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, núm. 9, 1991.
- MORELO MARAÑÓN, M^a. L.: “Salarios de tramitación y régimen de despido”, en *Aranzadi Social*, núm. 5, 2003.
- MORENO VIDA, M^a. N.: “El debate sobre la flexiseguridad en Europa”, en AA. VV.: *Los mercados laborales y las políticas sociales en Europa: XX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2010.
- MORENO VIDA, M^a. N.: “La flexiseguridad en la ordenación de las políticas de empleo”, en GOERLICH PESET, J. M^a. y BLASCO PELLICER, Á. A. (Coord.): *Trabajo, contrato y libertad: estudios jurídicos en memoria de Ignacio Albiol*, Valencia, Universidad de Valencia, 2010.
- MORENO VIDA, M^a. N.: “Despido de alto directivo. Derecho al honor y a la propia imagen y transgresión de la buena fe contractual: SJS nº4 Alicante 15 Marzo 2012 (AS 2012, 216)”, en *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, núm. 4, 2012.
- MORENO VIDA, M^a. N.: “Medidas de flexibilización del mercado de trabajo: la “flexiseguridad” en el ordenamiento europeo e interno”, en MONEREO PÉREZ, J. L. y MÁRQUEZ PRIETO, A.: *La política y el derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo: Liber amicorum en honor de la profesora Rosa Quesada Segura*, Sevilla, CARL, 2016.
- MUGGIA, S.: “Brevi note sul licenziamento per scarso rendimento e Cass. 22 giugno 2000 n. 8515”, en *Notiziario di giurisprudenza del lavoro*, 2000.
- MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público en General*, Madrid, Civitas, 2004.
- MURCIA CLAVERÍA, A.: *El despido en España: una perspectiva histórica*, Granada, Comares, 2014.
- NANNIPIERI, L.: “Termini e forme della scelta del lavoratore per l’indennità sostitutiva della reintegrazione”, en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, núm. 2, 1998.

- NAPOLI, M.: *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano, Franco Angeli, 1979.
- NAVILLI, M.: “Problemi aperti in tema di posizioni organizzative: diritto all’attribuzione dell’incarico e irriducibilità della retribuzione”, en *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, núm. 1, 2004.
- NAVILLI, M.: “Il periodo di prova nel pubblico impiego privatizzato e l’obbligo di indicare per iscritto le mansioni da espletare”, en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, núm. 6, 2006.
- NIETO GUZMÁN DE LAZARO, L. F.: *Turno de oficio. Justicia Gratuita*, Madrid, La Ley, 2008.
- NOGLER, L.: *La regulación de los despidos individuales en la época de equilibrio entre los “principios” constitucionales: estudio a la luz del ordenamiento italiano*, A Coruña, Netbiblo, 2010.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: *La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo: una singular manifestación del deber de buena fe contractual*, Pamplona, Aranzadi, 1997.
- NORES TORRES, L. E.: “La embriaguez y la toxicomanía como causas de despido disciplinario”, en *Revista española de drogodependencias*, núm. 3 y 4, 2004.
- NÚÑEZ SAMPER, A.: “Evolución histórico-legislativa del despido sin causa”, en AA. VV.: *Estudios dedicados al profesor García Oviedo con motivo de su jubilación*, Sevilla, 1954.
- NÚÑEZ SAMPER, A.: “El nuevo régimen de despido y la jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo”, en *RT*, núm. 23, 1954.
- OFFEDDU, M.: “Attualità di una ricerca storica: probiviri industriali e licenziamenti”, en *Diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1981.
- OJEDA AVILÉS, A.: “La asimilación por el ordenamiento laboral de la caducidad de derechos”, en *Revista de Política Social*, núm. 95, 1972.
- OJEDA AVILÉS, A.: “El despido por bajo rendimiento: un análisis comparado”, en *Revista Laboral*, núm. 1, 1993.
- OJEDA AVILÉS, A.: *Compendio de Derecho Sindical*, Madrid, Tecnos, 2012.
- ORTEGA LOZANO, P. G.: “El despido disciplinario por indisciplina o desobediencia en el trabajo: artículo 54.2.b) del Estatuto de los Trabajadores”, en *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 8, 2016.
- ORTEGA LOZANO, P. G.: “El despido colectivo en el ordenamiento interno y comunitario. Interpretación valorativa y discrecional en el juicio de razonabilidad: los conceptos jurídicos indeterminados”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 7, 2017.

- ORTEGA LOZANO, P. G.: “El sistema extintivo dependiente de los costes empresariales: hacia un derecho de la economía laboral”, en *Revista del Colegio Oficial de Graduados Sociales de Granada*, núm. 24, 2017.
- ORTEGA LOZANO, P. G.: “La regulación comunitaria de los despidos colectivos como garantía de efectividad de la libre circulación de trabajadores”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: Libre circulación de trabajadores en la Unión Europea. Treinta años en la Unión: XXXV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Huelva, CARL, 2017.
- ORTEGA LOZANO, P. G.: “Configuración jurídica de la relación especial del personal de alta dirección: reforma del derecho de sociedades. Efectos de la transmisión de la empresa o del cambio de titularidad en el personal directivo”, en PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L. (Dir.), VALENZUELA GARACH, J. (Coord.) y PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, F. J. (Coord.) *et al: Reformas en Derecho de sociedades*, Madrid, Marcial Pons, 2017.
- ORTEGA LOZANO, P. G.: “El empleo durante la situación de baja por incapacidad temporal: finalización de la relación laboral por actuaciones que fragmentan la confianza deontológica”, en AA. VV.: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Murcia, Laborum, 2017.
- ORTEGA LOZANO, P. G.: “La mediación en el acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales (ASAC)”, en CABRERA MERCADO, R. (Dir.) y QUESADA LÓPEZ, P. M. (Coord.) *et al: La mediación como método para la resolución de conflictos*, Madrid, Dykinson, 2017.
- ORTEGA LOZANO, P. G.: “Las políticas ocupacionales en el mercado de trabajo europeo y español: Análisis jurídico de las medidas de contratación y emprendimiento para el ingreso de los jóvenes en el mercado de trabajo / Le politiche occupazionali nel mercato del lavoro europeo e spagnolo: Analisi giuridico delle misure di assunzione e imprenditoria per l'Inserimento dei giovani nel mercato del lavoro”, en ÁLVAREZ CORTÉS, J. C. (Dir.) y VILA TIerno, F. (Coord.) *et al: Las políticas de empleo en el ámbito local: Especial atención a colectivos desfavorecidos: Jóvenes, mayores y discapacitados*, Málaga, Ameis, 2017.
- ORTEGA LOZANO, P. G. y NAVARRO CONTRERAS, C. C.: “Extinción del contrato de trabajo del personal de alta dirección por voluntad del empresario: Despido disciplinario y cláusulas de blindaje”, en *Economist & Jurist*, núm. 198, 2016.
- ORTEGA LOZANO, P. G. y MOLINA SERRANO, P.: “La responsabilidad objetiva en el derecho sanitario a la luz de jurisprudencia: Lex Artis y doctrina del daño desproporcionado o resultado clamoroso”, in *Economist & Jurist*, núm. 24, 2016.
- ORTÍZ LALLANA, M^a. C.: *La ejecución de sentencias de despido*, Madrid, ACARL, 1995.

- ORTIZ LALLANA, M^a. C.: “Causas, forma y efectos del despido disciplinario”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, 2, 2000.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: “Las principales novedades de proceso ordinario y de las modalidades procesales: en especial, la de despido”, en ALARCÓN CARACUEL, M. (Coord.) *et al: Estudios sobre la Ley de Procedimiento Laboral de 1990*, Madrid, Marcial Pons, 1991.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: “La indisciplina o desobediencia en el trabajo”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, Madrid, ACARL, 1992.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: “La versión política 2012 de la reforma laboral permanente. La afectación del equilibrio del modelo laboral”, en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R. (Dirs.) *et al: Reforma Laboral 2012: análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma de mercado laboral*, Valladolid, Lex Nova, 2012.
- PATERNOSTRE, B.: *Le droit de la rupture du contrat de travail. Modes, congé et préavis*, Bruselas, De Boeck-Wesmael, 1990.
- PEDRAJAS MORENO, A.: *Despido y derechos fundamentales. Estudio especial de la presunción de inocencia*, Madrid, Trotta, 1992.
- PENDÁS DÍAZ, B.: *La extinción causal causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, Madrid, ACARL, 1992.
- PENSABENE LIONTI, G.: “El artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores italiano a la luz de las últimas reformas laborales”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, 2015.
- PERA, G.: “Commento all’art. 7”, en ASSANTI, C. y PERA, G. (a cura di) *et al: Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Padova, Cedam, 1972.
- PERA, G.: “Postilla di aggiornamento. Licenziamenti: I”, en AA. VV.: *Enciclopedia giuridica*, Volume XIX Libertà - Memoria, Tomo I Libertà - Luogotenenza, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, Fondata da Giovanni Treccani, 1988.
- PERA, G.: “Licenziamenti: I”, en AA. VV.: *Enciclopedia giuridica*, Volume XIX Libertà - Memoria, Tomo I Libertà - Luogotenenza, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, Fondata da Giovanni Treccani, 1988.
- PERELMAN, C. y VAN DER ELST, R.: *Les notions à contenu variable en droit*, Bruselas, Bruylant, 1984.
- PÉREZ-BENEYTO ABAD, J. J.: “Despido improcedente: supuestos y efectos. Especial referencia a los salarios de tramitación”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, Madrid, Tecnos, 2004.

BIBLIOGRAFÍA

- PÉREZ-BENEYTO ABAD, J. J.: “Despido procedente: efectos”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, Madrid, Tecnos, 2004.
- PÉREZ REY, J.: *El despido disciplinario*, Albacete, Bomarzo, 2013.
- PERSIANI, M.: “La tutela dell’interesse del lavoratore alla conservazione del posto”, en RIVA SANSEVERINO, L. y MAZZONI, G. (Dirs.) *et al: Nuovo trattato di diritto del lavoro*, Padova, Cedam, 1971.
- PISANI, C.: “Le fattispecie: giusta causa e giustificato motivo di licenziamento”, en BESSONE, M.: *Trattato di Diritto Privato*, Volume XXIV, en CARINCI, F. (a cura di) y MAINARDI, S. (Coord.): *Il lavoro subordinato. Tomo III. Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzie dei diritti*, Torino, G. Giappichelli, 2007.
- POLANYI, K.: *La gran transformación. Crítica del liberalismo económico*, Madrid, Ediciones de la Piqueta, 1989.
- POLO SÁNCHEZ, M^a. C.: “La posición de los delegados sindicales en el centro de trabajo: problemática actual tras la reforma laboral”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 1994, núm. 2.
- POQUET CATALÁ, R.: “Los salarios de tramitación en concurrencia con otras rentas”, en *Actualidad Laboral*, núm. 18, 2009.
- POQUET CATALÁ, R.: *El actual poder de dirección y control del empresario*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2013.
- POQUET CATALÁ, R.: “El límite de la desobediencia a las órdenes de empresario”, en *Iuslabor*, núm. 3, 2014.
- RABANAL CARBAJO, P.: “Desempleo y salarios de tramitación”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 74, 2008.
- RABANAL CARBAJO, P. F.: “La prescripción de las faltas laborales en la última jurisprudencia”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagarroy Bengoechea*, Madrid, Cinca, 2009.
- RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.: “Regulación del despido, protección de la estabilidad y políticas de empleo en los países de la CEE y en España”, en AA. VV.: *Hacia un modelo democrático de relaciones laborales*, Zaragoza, Instituto de Relaciones Laborales de la Universidad de Zaragoza, 1980.
- REGLERO CAMPOS, F.: *Lecciones de Responsabilidad Civil*, Navarra, Aranzadi, 2002.
- REVELLI, M.: *La política perdida*, Madrid, Trotta, 2008.

- RIVERO LAMAS, J. y GARCIA BLASCO, J.: “Artículo 58. Faltas y sanciones de los trabajadores”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al: El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Granada, Comares, 2012.
- RIVERO LAMAS, J. y MONEREO PÉREZ, J. L.: “Artículo 20. Dirección y control de la actividad laboral”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al: El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Granada, Comares, 2012.
- RIVERSO, R.: “Alla ricerca del fatto nel licenziamento disciplinare”, en AA. VV.: *Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro*, Catania, CSDLE Massimo D’Antona, 2012.
- RODRÍGUEZ ALCÁZAR, J.: “De la acumulación de acciones, procesos y recursos”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al: Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, Granada, Comares, 2013.
- RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA, J.: *De la rigidez al equilibrio flexible: el concepto de causas económicas y tecnológicas y su evolución legal*, Madrid, Consejo Económico y Social (CES), 1994.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Madrid, Dikynson, 1990.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Deficiencias del proceso social y claves para su reforma*, Madrid, Marcial Pons, 2001.
- RODRÍGUEZ RAMOS, M^a. J.: “Embriaguez habitual o toxicomanía”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, Madrid, Tecnos, 2004.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E.: *El poder disciplinario y la negociación colectiva*, Granada, Comares, 2008.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “Derecho a la prueba y proceso de despido”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 1990, núm. 1.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “El régimen jurídico del despido y el real decreto de 22 de julio de 1928”, en *Revista de Política Social*, núm. 74, 1967.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “La regulación de los despidos disciplinarios: despido causal y readmisión obligatoria en el marco legislativo

BIBLIOGRAFÍA

- européo”, en AA. VV.: *Hacia un modelo democrático de relaciones laborales*, Zaragoza, Instituto de Relaciones Laborales de la Universidad de Zaragoza, 1980.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Obediencia debida y desobediencia justificada”, en *Revista Laboral*, núm. 2, 1988.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Derecho, trabajo y despido”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 1997.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Derecho, Trabajo y Despido”, en CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: Presente y futuro de la Regulación del Despido*, Navarra, Aranzadi, 1997.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: “Sobre el contrato de trabajo único”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 2009.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: “El despido disciplinario y la "modernización" del derecho del trabajo”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Madrid, Cinca, 2009.
- RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.: “La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido”, en MONTOYA MELGAR, A. (Coord.), MARTÍN VALVERDE, A. (Coord.) y RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. (Coord.) *et al: Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, Madrid, MTSS (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social), 1990.
- ROMAGNOLI, U.: “Piccole imprese e grandi traumi”, en *Lavoro e Diritto*, núm. 4, 1990.
- ROMAGNOLI, U.: *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, Bologna, Il Mulino, 1995.
- ROMAGNOLI, U.: “¿Desde el estado de bienestar hacia el estado del malestar?”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 36, 2006.
- ROMAGNOLI, U.: “Y de pronto es ayer (sobre la precariedad de las relaciones laborales)”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 38, 2007.
- ROMÁN DE LA TORRE, M. D.: *El poder de dirección y contrato de trabajo*, Valladolid, Grapheus, 1992.
- ROMAN VACA, E.: “El despido disciplinario: aplicación judicial (y convencional) de la Reforma de 1994”, en CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: Presente y futuro de la Regulación del Despido*, Navarra, Aranzadi, 1997.
- ROMÁN VACA, E.: “Requisitos especiales: expediente sancionador, audiencia al delegado sindical y negociación colectiva”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, Madrid, Tecnos, 2004.

- ROMÁN VACA, E.: “Huelga y despido disciplinario”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, Madrid, Tecnos, 2004.
- ROMÁN VACA, E.: “Transgresión de la buena fe y abuso de confianza”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, Madrid, Tecnos, 2004.
- ROMANO, S.: *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sanzoni, 1945.
- RUBIO DE MEDINA, M^a. D.: *El despido disciplinario*, Barcelona, Bosch, 2000.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J. A.: “La disminución del rendimiento como causa de despido”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 33, 1968.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J. A.: *El despido laboral y los expedientes de crisis*, Bilbao, Deusto, 1969.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J. A.: “Causas del despido nulo”, en AA. VV: *Estudios sobre el despido disciplinario*, Madrid, ACARL, 1992.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J. A., DEL VALLE VILLAR, J. M. y GIL Y GIL, J. L.: *Prontuario de Derecho del Trabajo*, Madrid, Civitas, 2003.
- SAGARDOY DE SIMÓN, I.: “La forma del despido disciplinario”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Madrid, Cinca, 2009.
- SALA FRANCO, T.: “Movilidad funcional”, en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.) *et al: Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, Edersa, 1985.
- SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I.: *Derecho sindical*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989.
- SALCEDO BELTRÁN, M^a. C. y GARCÍA GONZÁLEZ, G.: “Extinción del contrato por despido disciplinario: aspectos sustantivos y procesales”, en ALFONSO MELLADO, C. L., RODRÍGUEZ PASTOR, G. E. y SALCEDO BELTRÁN, M^a. C. (Coords.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, J.: *Los plazos en el proceso de despido disciplinario*, Madrid, La Ley, 2010.
- SANTORO-PASSARELLI, F.: “Lavoro (Contrato di)”, en AZARA, A. y EULA, E. *et al: Novissimo Digesto Italiano*, IX, Torino, Utet, 1957.
- SARAZÁ GRANADOS, J.: *La transgresión de la Buena Fe Contractual y Figuras Afines*, Navarra, Aranzadi, 2014.

BIBLIOGRAFÍA

- SASTRE IBARRECHE, R.: “Artículo 54. Despido disciplinario”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al: El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Granada, Comares, 2012.
- SCIARRA, S.: *The evolution of Labour Law (1992-2003)*, Luxembourg, Office for official publications of the European Communities, 2005.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Despido disciplinario y preparación de la competencia desleal” en *Aranzadi Social*, núm. 5, 1991.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Interpretación del requisito procesal de haber agotado la vía previa *ratione temporis* (STCo 122/1993, de 19 abril)” en ALONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A. (Dirs.) *et al: Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Madrid, Civitas, 1994.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Problemas particulares sobre el poder disciplinario y las sanciones en la empresa”, en *Tribuna Social*, núm. 63, 1996.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.: “La reforma del despido en el Derecho español: balance y perspectivas de futuro”, en *Documentación laboral*, núm. 50, 1996.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Unificación de doctrina sobre los salarios de tramitación”, en GÁRATE CASTRO, J. (Coord.) *et al: Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario: estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor “honoris causa” por la Universidad de Santiago de Compostela*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1997.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.: “El despido por ofensas en la doctrina judicial gallega”, en *Aranzadi social*, núm. 5, 1999.
- SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, Navarra, Aranzadi, 2004.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Improcedencia (no nulidad) del despido de embarazada por empresa que ignora tal condición”, en *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 716, 2006.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Protección objetiva de la embarazada frente a su despido. Comentario a la STC de 21 julio 2008 (RTC 2008, 92)”, en *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*, núm. 14, 2008.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.: “El despido improcedente en la jurisprudencia unificada”, en GIL Y GIL, J. L. (Coord.) y DEL VALLE VILLAR, J. M. (Coord.) *et al: El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Madrid, Cinca, 2009.

- SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Desaparición del despido exprés y reducción de los costes del despido”, en *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 13, 2013.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.: “La permanente reforma del despido: últimos hitos”, en *Revista internacional de ciencias sociales*, núm. 32, 2013.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Encuentros y desencuentros sobre despido nulo”, en *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 870, 2013.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Nulidad de despido colectivo fraudulento”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2014.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.: “La indemnización por despido objetivo: error en el cálculo y tope máximo”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2016.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.: “¿Cómo comunicar la extinción derivada del despido colectivo pactado?”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2017.
- SEMPERE NAVARRO, A. V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *La indemnización por daños y perjuicios en el contrato de trabajo*, Pamplona, Aranzadi, 2003.
- SINZHEIMER, H.: *Crisis económica y el Derecho del Trabajo: cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, traducción de VÁZQUEZ MATEO, F., Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1984.
- SMURAGLIA, C.: *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1967.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: *La terminación del contrato de trabajo*, Bolonia, Real Colegio de España, 1967.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: *Las nuevas relaciones laborales y la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, Círculo de empresarios, 1980.
- TASCÓN LÓPEZ, R.: “La indemnización adicional en los casos de extinción del contrato de trabajo tras la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva”, en *Actualidad Laboral*, núm. 10, 2009.
- TOLOSA TRIBIÑO, C.: *Despido: comentarios, jurisprudencia, formularios*, Pamplona, Dapp, 2010.
- TOROLLA GONZÁLEZ, F. J.: “El despido verbal discriminatorio”, en GÁRATE CASTRO, J. (Coord.) et al: *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario: estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor “honoris causa” por la Universidad de Santiago de Compostela*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1997.

- TREMOLADA, M.: *Il licenziamento disciplinare*, Padova, Cedam, 1993.
- TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.: “El despido disciplinario”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, Granada, Comares, 2014.
- TRINONI, G.: *L'obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1982.
- TUDELA CAMBRONERO, G.: “Horario flexible: reflexiones críticas sobre su concepto y posibilidades de implantación”, en DE LA VILLA GIL, L. E. (Coord.) *et al: Estudios sobre la jornada de trabajo*, Madrid, ACARL, 1991.
- TUDELA CAMBRONERO, G.: “Los expedientes disciplinarios como garantía de los representantes de los trabajadores”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, Madrid, ACARL, 1992.
- TULLINI, P.: *Contributo alla teoría del licenziamento per giusta causa*, Milano, Giuffrè, 1994.
- TULLINI, P. y LUNARDON, F.: “Giusta causa e giustificato motivo di licenziamento”, en CARINCI, F. (a cura di MISCIONE, M.) *et al: Diritto del lavoro. Commentario*, Torino, Utet, 1998.
- VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: “Embriaguez habitual y toxicomanía”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, Madrid, ACARL, 1992.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Movilidad funcional y derechos económicos”, en AA. VV.: *Estructura Salarial*, Madrid, CEOE, 1987.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Prólogo”, en RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M^a. L.: *El incidente de no readmisión*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1989.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Comentario al artículo 96 LPL”, en CAMPOS ALONSO, M. A., RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L., SALA FRANCO, T., SALINAS MOLINA, F., y VALDÉS DAL-RÉ, F.: *La ley de Procedimiento Laboral*, Bilbao, Deusto, 1990.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La Ley de Bases de Procedimiento Laboral. Aspectos más sobresalientes de una reforma procesal anunciada”, en CRUZ VILLALÓN, J. y VALDÉS DAL-RÉ, F.: *Lecturas sobre la reforma del proceso laboral*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “El cómputo de los años de servicio a efectos de la indemnización por despido improcedente”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 1996.
- VALDES DAL-RÉ, F.: “Problemas aplicativos de la ordenación del arbitraje en conflictos colectivos previstos en el ASEC”, en *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2000.

- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Itinerarios circulares del Derecho del Trabajo: del despido libre al despido indemnizado”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 2001.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “El Derecho del Trabajo en la segunda República”, en *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 2006.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Artículo 80. Forma y contenido de la demanda”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al: Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, Granada, Comares, 2013.
- VALDÉS DAL-RÉ, F. y GARCÍA QUIÑONES, J. C.: “Artículo 81. Admisión de la demanda”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Coord.) *et al: Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, Granada, Comares, 2013.
- VALLEBONA, A.: *L'onere della prova nel diritto de lavoro*, Padova, Cedam, 1988.
- VALLEBONA, A.: *Istituzioni di Diritto del Lavoro*, Padova, Cedam, 2012.
- VALVERDE ASENCIO, A. J.: “Faltas repetidas e injustificadas”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al: El despido. Análisis y aplicación práctica*, Madrid, Tecnos, 2004.
- VASSALLI, G.: *La potestà punitiva* Torino, Utet, 1942.
- VIDA SORIA, J.: “Suspensión del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”, en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.) *et al: La reforma del Estatuto de los Trabajadores. El despido. Tomo II*, Madrid, Edersa, 1994.
- VIDAL MARTÍNEZ, J.: *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982*, Madrid, Montecorbo, 1984.
- VISCONTI, A.: *Note sulla condizione degli operai agli albori della industria libera in Lombardia nel sec. XVIII*, Ferrara, SAIG, 1946.
- VIVERO SERRANO, J. B.: “El despido disciplinario por incumplimiento de los servicios mínimos en caso de huelga en los servicios esenciales”, en *Actualidad laboral*, núm. 3, 1998.
- VON TUHR, A.: *Tratado de las obligaciones*, Madrid, Reus, 1934.
- WEBER, M.: *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1977.
- WEIL, S.: *La condición obrera*, Buenos Aires, El Cuenco de Plata, 2010.

- WITTGENSTEIN, L.: *Investigaciones filosóficas*, Barcelona, Instituto de Investigaciones Filosóficas UNAM, 1988.
- ZANGARI, G.: *Potere disciplinare e licenziamento*, Milano, Giuffrè, 1971.
- ZOLI, C.: “Note sul giustificato motivo obiettivo di licenziamento”, en *Rivista italiana di diritto del lavoro*, núm. 2, 1982.
- ZOLI, C.: “Sulla nozione di licenziamento disciplinare”, en *Giustizia Civile*, núm. 9, 1984.
- ZOLI, C.: “Arresto del lavoratore, impossibilità della prestazione e licenziamento”, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, num. 2, 1986.
- ZOLI, C.: *La tutela delle posizioni “strumentali” del lavoratore*, Milano, Giuffrè, 1988.
- ZOLI, C.: “Revoca del licenziamento e libertà del lavoratore di optare immediatamente per l’indennità sostitutiva della reintegrazione”, en *Rivista italiana di diritto del lavoro*, núm. 2, 1998.
- ZOLI, C.: “Il mobbing: brevi osservazioni in tema di fattispecie ed effetti”, in *Lavoro nella Giurisprudenza*, num. 4, 2003.
- ZOLI, C.: “Mobbing e rapporto di lavoro tra possibili soluzioni e problemi aperti”, in IZZO, U. (a cura di) *et al: Dialoghi sul danno alla persona*, Trento, Università degli Studi di Trento, 2006.
- ZOLI, C.: “I licenziamenti per ragioni organizzative: unicità della causale e sindacato giudiziale”, en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, núm. 1, 2008.
- ZOLI, C.: “Fidelizzazione del lavoratore”, en PEDRAZZOLI, M. (a cura di) *et al: Lessico Giuslavoristico*, Bologna, Bononia University Press, 2010.
- ZOLI, C.: “Licenziamenti collettivi e gruppi di imprese: la procedura di informazione e consultazione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia”, en *Rivista italiana di diritto del lavoro*, núm. 2, 2010.
- ZOLI, C.: “La legge n. 183/2010: le novità in materia di licenziamento”, en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, núm. 4-5, 2011.
- ZOLI, C.: “La legge n. 183/2010: le novità in materia di licenziamento”, en AA. VV.: *Libertà, lavoro e sicurezza sociale in memoria ed onore della Prof.ssa Giuliana Ciocca*, Macerata, Working Papers, núm. 2, 2011.
- ZOLI, C.: “Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo tra reintegra e tutela indennitaria”, en *Rivista italiana di diritto del lavoro*, núm. 3, 2013.
- ZOLI, C.: “Clausole di fidelizzazione e rapporto di lavoro”, en *Rivista italiana di diritto del lavoro*, núm. 5, 2013.

ZOLI, C.: “Il controllo giudiziario e gli atti di esercizio del potere direttivo: il trasferimento del lavoratore e il mutamento delle mansioni”, en *Diritto delle Relazioni Industriali*, núm. 3, 2014.

ZOLI, C.: “I licenziamenti per giustificato motivo oggettivo dalla legge n. 604 del 1966 al d.lgs. n. 23 del 2015”, en FERRARO, G. (a cura di) *et al: I licenziamenti nel contratto “a tutela crescenti”*, Padova, Cedam, 2015.

ZOLI, C.: “L'esercizio del potere disciplinare: profili procedurali e processuali”, en *Azienditalia. Il personale*, núm. 12, 2015.

ZORRILLA RUIZ, M. M^a: “Despido procedente y protección por desempleo”, en AA. VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, Madrid, ACARL, 1992.

