



FACULTADE DE RELACIÓNS LABORAIS

TRABALLO DE FIN DE GRAO

GRAO EN RELACIÓNS LABORAIS E RECURSOS HUMANOS

ASPECTOS PRINCIPALES DEL DESPIDO DISCIPLINARIO

Autor/a: Lorena Blanco Búa
Titor/a: Yolanda Maneiro Vázquez

Santiago de Compostela

Ano académico 2015 / 2016 - Oportunidade de XULLO

TRABALLO DE FIN DE GRAO

GRAO EN RELACIÓNS LABORAIS E RECURSOS HUMANOS
POLA UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

**ASPECTOS PRINCIPAIS DO DESPIDO
DISCIPLINARIO**

**ASPECTOS PRINCIPALES DEL DESPIDO
DISCIPLINARIO**

**MAIN ISSUES ABOUT DISCIPLINARY
DISMISSAL**

Autor/a: Lorena Blanco Búa

SINATURA

Titor/a: Yolanda Maneiro Vázquez

Santiago de Compostela

Ano académico 2015 / 2016 - Oportunidade de Xullo

INDICE

BREVE RESUMEN	5
INTRODUCCIÓN.....	6
1. MARCO NORMATIVO Y CONCEPTO	7
2. LAS CAUSAS DEL DESPIDO DISCIPLINARIO	9
2.1. FALTAS REPETIDAS E INJUSTIFICADAS DE ASISTENCIA O PUNTUALIDAD AL TRABAJO	9
2.2. LA INDISCIPLINA O DESOBEDIENCIA EN EL TRABAJO	15
2.3. LAS OFENSAS VERBALES O FÍSICAS AL EMPRESARIO O A LAS PERSONAS QUE TRABAJAN EN LA EMPRESA O A LOS FAMILIARES QUE CONVIVAN CON ELLOS.....	19
2.4. LA TRANSGRESIÓN DE LA BUENA FE CONTRACTUAL	24
2.5. LA DISMINUCIÓN CONTINUADA Y VOLUNTARIA EN EL RENDIMIENTO DE TRABAJO NORMAL O PACTADO.....	29
2.6. LA EMBRIAGUEZ HABITUAL O TOXICOMANÍA SI REPERCUTEN NEGATIVAMENTE AL TRABAJO	36
2.7. EL ACOSO POR RAZÓN DE ORIGEN RACIAL O ÉTNICO, RELIGIÓN O CONVICCIONES, DISCAPACIDAD, EDAD Y ORIENTACIÓN SEXUAL Y EL ACOSO SEXUAL O POR RAZÓN DE SEXO AL EMPRESARIO O A LAS PERSONAS QUE TRABAJAN EN LA EMPRESA.....	42
3. LOS REQUISITOS FORMALES DEL PROCEDIMIENTO.....	50
3.1 CONTENIDO DE LA CARTA.....	50
3.1.1. NOTIFICACIÓN	51
3.1.2. HECHOS.....	53
3.1.3. FECHA	54
3.2 FORMALIDADES DE LOS DESPIDOS DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES	55
3.3 FORMALIDADES DE LOS DESPIDOS DE LOS TRABAJADORES AFILIADOS A UN SINDICATO	57
3.4 EL DESPIDO FORMALMENTE INCORRECTO.....	58
4. CALIFICACIÓN DEL DESPIDO DISCIPLINARIO.....	60
4.1 EL DESPIDO PROCEDENTE	61
4.2. EL DESPIDO IMPROCEDENTE.....	62
4.3 EL DESPIDO NULO	68
4.3.1. DESPIDO NULO POR VIOLACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS	70

A. EL DESPIDO NULO CUYO ORIGEN SE ENCUENTRA EN LA VULNERACIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES LABORALES INESPECÍFICOS.....	70
a. Despidos discriminatorios	72
a') Enfermedad y discapacidad.....	73
b') Discriminación por motivos ideológicos	77
b. Despido nulo por menoscabo de la intimidad o dignidad del trabajador. Especial alusión al acoso laboral.....	80
c. Despido nulo por vulneración de la garantía de indemnidad	82
B. DESPIDO NULO CUYO ORIGEN SE ENCUENTRA EN LA VULNERACIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES ESPECÍFICOS.....	84
a. Despido nulo por lesión del derecho de libertad sindical	84
b. Despido nulo por lesión del derecho a huelga.....	88
4.3.2. DESPIDO NULO POR VULNERACIÓN DE LAS NORMAS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL	89
4.3.3. EFECTOS DE LA NULIDAD DEL DESPIDO.....	97
A. READMISIÓN	97
B. LOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN.....	98
CONCLUSIONES.....	100
BIBLIOGRAFÍA.....	102
WEBGRAFÍA.....	105

ABREVIATURAS

ART: Artículo

CE: Constitución Española, 1978

DLRT: Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo

ET: RD-Leg. 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores

IT: Incapacidad Temporal

L: Ley

LCT: Decreto de 26 de enero de 1944 por el que se aprueba el Texto Refundido del Libro I de la Ley de Contrato de Trabajo

LEC: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

LOLS: Ley Orgánica, 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical

LRJS: Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social

LPL: Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral

OIT: Organización Internacional del Trabajo

OMS: Organización Mundial de la Salud

P: Página

RD-L: Real Decreto Ley

ROJ: Repertorio Oficial de Jurisprudencia

RPDC: Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de procedimiento de los despidos colectivos y de suspensión de contratos y de reducción de jornada.

SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STCT: Sentencia Tribunal Central de Trabajo

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TS: Tribunal Supremo

TJCE: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

BREVE RESUMEN

Este trabajo consistirá en poner de manifiesto el poder sancionador del empresario y reflejar como esta causa extintiva del contrato de trabajo que es el despido disciplinario debe ceñirse a una serie de requisitos y características para que tenga validez.

Además habrá que hablar de la reforma laboral de 2012 la cual afectó en gran medida a aspectos del despido.

Aunque el despido disciplinario no haya sido de las modalidades extintivas que más modificaciones sufrieron, lo cierto es que la rebaja en la indemnización y del tope indemnizatorio en relación con el despido improcedente son cuestiones de interés en este trabajo debido a que supusieron en gran medida un abaratamiento del despido.

En resumen, con este trabajo podremos ver como el trabajador goza de “protección” en algunos casos frente al poder sancionador del empresario, ya que por ejemplo, como veremos, con la exigencia de que los hechos que motivaron la extinción del contrato deban figurar de forma clara y comprensible en la carta de despido se está procurando que no se produzca la indefensión del trabajador.

También veremos las formalidades de los despidos de los representantes de los trabajadores y de los delegados sindicales las cuales se imponen de algún modo para protegerlos de despidos abusivos.

INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo es el análisis del despido disciplinario, tanto de sus requisitos formales, como sus causas y la posible calificación de este, en atención a los requisitos y circunstancias para que este despido produzca efectos.

Además también hay que hacer referencia a la Reforma de la legislación laboral del año 2012, ya que mediante la aprobación del Real Decreto- ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que dio lugar a la posterior ley 3/2012 de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, el Gobierno se proponía facilitar la contratación, con especial atención a los jóvenes y a los parados de larga duración, potenciar los contratos indefinidos frente a los temporales y que el despido sea el último recurso de las empresas en crisis, además de acabar con la rigidez del mercado de trabajo y sentar las bases para crear empleo estable.

Mediante esta reforma se modificaron entre otras cosas aspectos relevantes tanto del despido colectivo como del disciplinario, este último, objeto de nuestro estudio y por lo tanto en este trabajo haremos referencia a dichas modificaciones introducidas por la Reforma Laboral.

El trabajo se estructura de la siguiente forma: en primer lugar haremos unas referencias al marco normativo y al concepto, luego las distintas causas que pueden dar lugar a que se produzca dicho despido y los requisitos para poder aplicar cada causa en cada caso, a continuación un análisis en profundidad de los requisitos formales haciendo referencia a la carta de despido, las particularidades de los despidos de representantes de los trabajadores y de trabajadores afiliados a un sindicato y por último las formas en las que se pueden calificar un despido.

1. MARCO NORMATIVO Y CONCEPTO

Podemos definir el despido como la acción de anular un contrato de trabajo por decisión unilateral del empresario y expulsar al trabajador de su puesto de trabajo. Existen varios tipos de despidos regulados en el ordenamiento jurídico español como son el despido objetivo, colectivo, etc. pero el que ocupa nuestro ámbito de estudio es el despido disciplinario.

El despido disciplinario se encuentra regulado en los artículos 49.1, 54 y 55 ET y en los arts. 108 y 124 LRJS.

El art. 49.1 k) ET determina que el contrato de trabajo se extinguirá por el despido del trabajador. En este mismo sentido, el art. 54.1 del mismo texto legal, referido al despido disciplinario concreta que “el contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador”.

Hay que decir que quien proceda a extinguir el contrato de trabajo ha de ser necesariamente uno de los contratantes, el empresario, es decir es una decisión unilateral de este. Por lo tanto, la regulación sobre el despido no es aplicable a aquellos mecanismos extintivos basados en el muto acuerdo.

Este art. 54 ET no opera automáticamente, si no que legitima al empresario para extinguir la relación laboral. Esto quiere decir que el empresario puede permitir dicho incumplimiento, continuando por lo tanto el contrato de trabajo. Es facultad suya decidir si despide o no al trabajador.

No todos los incumplimientos del contrato de trabajo por parte del trabajador deben sancionarse con el despido disciplinario, si no que como aclara el ET en el art. 54, los incumplimientos habrán de ser: contractuales, graves y culpables. Es decir, para que el empresario pueda sancionar al trabajador con el despido es necesario que la conducta de este último sea contraria a las obligaciones derivadas del contrato de trabajo y que el incumplimiento sea grave y culpable.¹

- **Contractual:** En el sentido de que el despido disciplinario es una extinción por el incumplimiento por parte de un trabajador de sus obligaciones establecidas en su contrato de trabajo y no se trata solamente de obligaciones establecidas

¹ J.L. MONEREO PÉREZ, C. MOLINA NAVARRETE, M.N. MORENO VIDA, *Manual de Derecho del trabajo*, Comares, Granada, 2014. P. 609

en el contrato, si no que derivan del contrato en su acepción de mecanismo que da origen a una relación laboral. Se trata de incumplimiento de obligaciones laborales establecidas en el propio contrato, en el Convenio Colectivo, en la normativa laboral o en otras normas extra-laborales que tengan repercusión en la prestación del trabajo. Lo que no debe hacer el empresario es sancionar comportamientos ajenos a la relación laboral o que no tengan relación con el desarrollo de la misma.²

Las causas contractuales se encuentran reguladas en el art. 54.2 ET y serán mencionadas en el siguiente apartado.

- **Grave:** el incumplimiento contractual mencionado ha de ser grave, es decir ha de tratarse de un incumplimiento de suficiente entidad como para justificar la extinción de la relación laboral.³

Esta gravedad se exige expresamente del artículo 54 del Estatuto de los trabajadores. Así se puede considerar debido a palabras como “repetidas”, “continuada”, etc. También decir, que en algunas causas, ya resulta implícita su gravedad como por ejemplo en: “ofensas verbales o físicas” (art. 54.2 c)).

Para graduar la gravedad del incumplimiento no sólo debe atenderse a criterios objetivos, sino que hay que tener en cuenta todas las circunstancias que concurren y la realidad social en la cual se producen los hechos, debiéndose realizar un análisis individualizado de cada conducta y entrar a valorar las características y circunstancias personales de cada trabajador.

La llamada teoría gradualista ha declarado reiteradamente que al ser la sanción por despido la más trascendente y de mayor gravedad que puede imponer el empresario en virtud de su poder disciplinario, dicha sanción ha de responder a exigencias de proporcionalidad y adecuación entre el hecho cometido y la sanción impuesta teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes y con una tarea individualizadora de la conducta del trabajador para determinar si procede o no la sanción del despido.⁴

- **Culpable:** La conducta sancionable del trabajador ha de ser causada por dolo o negligencia por parte del trabajador, siendo inexcusable dichas conductas. Esto también se puede deducir del artículo 54 del ET. Este requisito de culpabilidad debe concurrir acumulativamente con el de gravedad. Hay que

² J. GORELLI HERNÁNDEZ Y T. GÓMEZ ÁLVAREZ, *El Despido Disciplinario*, Difusión jurídica, Madrid, 2008. P.15

³ J. GORELLI HERNÁNDEZ Y T. GÓMEZ ÁLVAREZ, *El Despido Disciplinario*, Cit. P. 16

⁴ A. GONZALEZ GONZALEZ, *El Despido. Análisis Práctico de los Aspectos Sustantivos y Procesales*, Lex Nova, Valladolid, 2012. P. 29

tener en cuenta que no es necesario que la culpabilidad sea dolosa sino que es admisible la falta de diligencia en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo. Solamente las conductas negligentes reiteradas y las imprudencias inexcusables revisten una especial gravedad para ser consideradas incumplimientos del deber de diligencia.

Como regla general la jurisprudencia señala que las conductas reguladas en el art. 54 ET no operan automáticamente si no que cada una de ellas debe analizarse en profundidad en el momento que se haya producido y con los efectos que causa y en cada caso se evaluará la adecuación entre la sanción impuesta y el hecho imputado en función del principio de proporcionalidad.⁵

2. LAS CAUSAS DEL DESPIDO DISCIPLINARIO

Las causas que motivan un despido disciplinario, se encuentran reguladas en el artículo 54 ET. Los trabajadores pueden ser sancionados con el despido conforme a la graduación de faltas y sanciones reguladas en los convenios colectivos.

Con la reforma laboral de 2012, las causas del despido disciplinario no han sufrido ninguna modificación. El empresario sigue recurriendo a esta modalidad cuando considera que el trabajador comete faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad; indisciplina, desobediencia u ofensas verbales al empresario o compañeros en el trabajo; transgresión de la buena fe contractual o abuso de confianza; disminución continuada y voluntaria del rendimiento del trabajo; embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo; o acoso al empresario o compañeros por motivos raciales, religiosos, sexuales o de discapacidad.

2.1. FALTAS REPETIDAS E INJUSTIFICADAS DE ASISTENCIA O PUNTUALIDAD AL TRABAJO

El principal deber laboral de un trabajador es cumplir con las obligaciones de su puesto de trabajo, como señala el art. 5 ET, y se considerará que vulnera este aspecto

⁵ A. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *El Despido, Análisis Práctico de los Aspectos Sustantivos y Procesales*, Cit. P.29

en los casos en los que el trabajador no asiste al trabajo o lo hace de forma impuntual cuando se requiere su prestación laboral.

➤ ABSENTISMO

El ET no ofrece ninguna definición de lo que debe entenderse por absentismo. No obstante, en el mismo, se contemplan en diferentes preceptos estatutarios las faltas de asistencia del trabajador, concretamente, en el art. 52.d) como causa de despido objetivo, en el 54.2 a) como causa de despido disciplinario, en el 38 referente a vacaciones, en el 37.3 en relación con los permisos de trabajo, en el 45 sobre suspensión del contrato de trabajo, o en el 20.4 cuando, dentro del poder de dirección del empresario, regula la facultad de este último para verificar el estado de enfermedad o accidente del trabajador que sea alegado por éste para justificar sus faltas de asistencia al trabajo, mediante reconocimiento a cargo de personal médico. La razón de ser de todas estas previsiones legales halla su razón de ser, obviamente, en contrarrestar los perniciosos efectos sobre la productividad.⁶

A efectos de este trabajo, lo que interesa es analizar esta causa en base al despido disciplinario y por tanto nos remitiremos al art. 54.2 a) ET. Lo que se pretende evitar es que el trabajador se ausente de manera repetida e injustificada a su puesto de trabajo.

➤ FALTAS DE PUNTUALIDAD

Tanto las ausencias al trabajo como las faltas de puntualidad, cuando son injustificadas conllevan una infracción de este deber, y por tanto, pueden dar lugar a sanción. Con lo cual es importante diferenciar entre ausencia y falta de puntualidad.

Las faltas de puntualidad son definidas como aquellas detracciones parciales del tiempo de trabajo al comienzo, durante o al final de la jornada laboral mientras que la ausencia al puesto de trabajo es aquella inasistencia al puesto de trabajo que se prolonga durante toda la jornada laboral.

El retraso en la llegada o la anticipación en la salida del puesto de trabajo no puede computar como inasistencia, si no como falta de puntualidad.⁷

⁶ R. POQUET CATALÀ, *La configuración del absentismo laboral como causa extintiva tras la reforma laboral de 2012*, Actualidad Laboral, nº 11, [online], Sección de estudios, Quincena del 1 al 15 de junio de 2012, tomo 1, Editorial: LA LEY, P. 1281

⁷ A. GONZALEZ GONZALEZ, *El Despido. Cuestiones prácticas, jurisprudencia y preguntas con respuesta*, Lex Nova, 2009. P. 32

Si el empresario durante la relación laboral tolera faltas de puntualidad sin imponerle por ello una sanción, no puede posteriormente y sin previo aviso sancionar por ello al trabajador, ya que estaría atentando contra el principio de buena fe.

Las faltas de asistencia al trabajo no operan como causa de despido, objetiva y automáticamente, sino que han de ser analizadas en su realidad en el momento en que se han producido y con los efectos que comportan, sin desconocer el factor humano, criterios todos ellos que se utilizan para, en su caso, poder atemperar las consecuencias negativas de una conducta aislada de inasistencia, cuando pueden compensarse con otras circunstancias que, pese a mantener la falta de justificación de la ausencia, reduzcan la gravedad de la misma, así como que para la determinación del número de faltas de asistencia y puntualidad, operantes como causa de despido deben tenerse en cuenta las normas convencionales o reglamentarias.⁸

Para que esta causa de despido sea considerada una falta grave e injustificable, deben ser más de una, es decir que se cometan estas faltas de forma reiterada⁹, de manera repetida e injustificada. Estos requisitos también los podemos apreciar en la jurisprudencia, por ejemplo en la STSJ de Las Palmas de Gran Canaria de 7 de diciembre de 2015¹⁰ que dice que las faltas de asistencia y puntualidad al trabajo para que sean causa de despido, han de ser repetidas e injustificadas; teniendo en cuenta que estas faltas no operan objetiva y automáticamente, sino que han de ser estudiadas en su realidad de forma específica y singular en cada caso y con los efectos que causan. Hay que señalar que por causas justificadas han de entenderse las ausencias independientes de la voluntad del trabajador, de las que no es en forma alguna culpable, al estar motivadas por circunstancias que le impiden acudir al trabajo. Por el contrario, son faltas injustificadas aquellas para las que no existe precepto legal reglamentario o circunstancia de indudable valor, moral o social, que disculpe la asistencia.

En cuanto a esta característica de la repetición hay cierta discusión en relación con el principio non bis in ídem, de manera que si hay repetición de la falta hay reincidencia y esta reincidencia está contemplada en algunos convenios colectivos y se permite sancionar dos veces la misma conducta sin que haya vulneración del principio non bis in ídem. La jurisprudencia entiende que cuando a un trabajador se le despide por

⁸ STSJ de Cantabria de 4 de marzo de 2016 (Rec. 149/2016)

⁹ F.J. GOMEZ ABELLEIRA, *La Causalidad del Despido disciplinario*, Aranzadi, Navarra, 2009. P. 125; I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *Manual de Derecho del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. P.633

¹⁰ (ROJ 3891/2015)

reincidencia, lo que se castiga no es la conducta sino la persistencia en el incumplimiento.¹¹

En el ET no recoge un número mínimo de faltas para entender que sea motivo de despido, hay que atender a lo recogido en la negociación colectiva. En todo caso, la jurisprudencia ha entendido que debe ser siempre más de una, y además también se debe atender a las advertencias previas que el empresario le haya hecho al trabajador sobre las consecuencias de su comportamiento¹². La STSJ de Las Palmas de Gran Canaria de 7 de diciembre de 2015¹³ también señala en el mismo sentido, que en el ET no se recoge el número de inasistencias o impuntualidades que darán lugar al despido y que hay que acudir a lo dispuesto en el convenio colectivo aplicable y en su defecto, a los criterios generales de apreciación de las sanciones, más concretamente, a los de apreciación de la gravedad requerida para que procede el despido.

Analizando la negociación colectiva, en lo que respecta a las faltas de puntualidad se puede ver como hay distintas formas de computarlas a efectos de calificación en leves, graves o muy graves.

Así, hay convenios colectivos que atienden únicamente al número de impuntualidades, como por ejemplo el Convenio colectivo del sector de la construcción¹⁴, mientras que otros miran tanto las impuntualidades como el tiempo de retraso de cada impuntualidad como sucede con el Convenio colectivo estatal del sector de las industrias lácteas y sus derivados¹⁵ y otros tiene en cuenta el número de impuntualidades y a la vez la suma de los minutos de todas ellas como es el caso del Convenio colectivo de Aluminios Inalum S.L¹⁶.

En cuanto a las faltas de asistencia, la negociación colectiva no trata su cómputo de una forma especial sino que simplemente una ausencia es equivalente a una jornada laboral entera.

En ambos casos, hay convenios colectivos que son más restrictivos y otros más permisivos. Una vez tipificada la conducta del trabajador como infracción leve, grave o

¹¹ STSJ de Canarias de 19 de febrero de 2013 (Rec. 1363/2012)

¹² A. ARADAS GARCÍA, *El despido disciplinario*, 2016, < <http://www.cuestioneslaborales.es/el-despido-disciplinario/#faltas>> (30 de enero de 2016)

¹³ (Rec. 1046/2015)

¹⁴ Resolución de 28 de febrero de 2012 de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el V Convenio colectivo del sector de la construcción.

¹⁵ Resolución de 25 de abril de 2013, de la Dirección General de empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal del sector de las industrias lácteas y sus derivados.

¹⁶ Resolución de 20 de noviembre de 2007, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Aluminios Inalum, S.L.

muy grave, se tiene que mirar la sanción que le corresponde y es por ello por lo que los convenios colectivos dividen las clases de sanciones atendiendo a la gravedad de la infracción. Por lo tanto también habrá sanciones leves, graves y muy graves. Las sanciones que aparecen generalmente en los convenios colectivos y que tienen una importancia fundamental en el sistema de sanciones son las amonestaciones, la suspensión de empleo y sueldo y el despido disciplinario. Después en cada convenio colectivo podemos encontrarnos otras como pueden ser el traslado forzoso, limitaciones o prohibiciones a ascensos, etc. Por ejemplo el Convenio colectivo de la Federación farmacéutica SCCL¹⁷ establece como falta muy grave el traslado forzoso del sancionado a distinta localidad sin derecho a indemnización alguna.

La mayoría de los convenios colectivos establecen como infracción leve la comisión de tres faltas de puntualidad o un día de ausencia en el plazo de un mes, y consecuentemente se le atribuye una sanción consistente en una amonestación verbal o escrita o una suspensión de empleo y sueldo de hasta dos días como puede verse por ejemplo en el Convenio colectivo de los registradores de propiedad y mercantiles y su personal auxiliar¹⁸.

En el caso de las infracciones graves, como pueden ser dos faltas de asistencia injustificadas en un mes, algunos convenios colectivos determinan como sanción la suspensión de empleo y sueldo de hasta 15 días, como se puede ver por ejemplo en el Convenio colectivo del sector de la construcción ya mencionado anteriormente.

Finalmente se computan como faltas muy graves, más de 10 faltas de puntualidad en seis meses o más de 20 en un año, y faltar 3 días consecutivos o 5 días alternos al mes, previéndose una sanción de suspensión de empleo y sueldo de hasta 60 o 90 días, el traslado forzoso temporal o indefinido, la inhabilitación para el ascenso temporal o definitiva, o el despido disciplinario como podemos ver por ejemplo en el Convenio colectivo de la Federación farmacéutica SCCL ya mencionado que establece como falta muy grave la inhabilitación por un periodo de tiempo no superior a 5 años para ascender de Puesto de trabajo o Grupo profesional, no pudiendo por tanto presentarse a ningún concurso-oposición.

En cuanto a la calificación de las faltas de asistencia al trabajo originadas por la no reincorporación tras el alta médica o la denegación de la incapacidad permanente

¹⁷ Resolución de 23 de diciembre de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Federación Farmacéutica, SCCL.

¹⁸ Resolución de 26 de septiembre de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de los registradores de la propiedad y mercantiles y su personal auxiliar.

como constitutivas de infracción laboral hay que señalar que lo que justifica la ausencia del trabajador es su real y efectiva situación de incapacidad para trabajar, con conocimiento y posibilidad de control por el empresario. La concesión de la baja médica da derecho al trabajador a ausentarse del trabajo por el periodo de duración de la baja de manera que no puede considerarse que exista infracción del deber de laboral de asistencia. Aunque también la concesión de esta baja genera para el trabajador el deber de comunicarla formalmente al empresario en el plazo de tres días. Con el alta médica se terminaría la situación de IT lo que permitiría al empresario poner fin a la suspensión del contrato por esta causa, aunque el trabajador decida impugnar el alta por considerarse incapaz de trabajar. Por lo tanto, el despido disciplinario por inasistencia del trabajador dada el alta médica resulta en principio procedente; pero esto no significa que no exista posibilidad de justificar la ausencia al trabajo o la no reincorporación del trabajador con posterioridad a su alta médica.¹⁹

Igualmente esto también se puede ver en la STSJ de Cantabria de 4 de marzo de 2016²⁰ cuando dice que: “La consecuencia inmediata derivada de la situación de IT es la suspensión del contrato de trabajo, y ello comporta que de un lado que la Ley exonera a las partes de sus obligaciones recíprocas de trabajar y de remunerar el trabajo (art. 45 ET), y por otro se reconoce al trabajador “el derecho de reincorporación al puesto de trabajo que le ha sido reservado” (art. 48 ET). Pues bien, uno de los modos de finalizar la suspensión del contrato de trabajo por IT será la extensión del parte de alta médica por curación. El parte de alta presupone el éxito del tratamiento médico prescrito, y, aunque residualmente pueda seguir necesitando asistencia sanitaria, ello no es un obstáculo para extender el alta siempre que haya desaparecido la incapacidad para trabajar. Una vez extendida el alta médica la reincorporación del trabajador a la empresa constituye un derecho y un deber. El plazo de reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo no está previsto en el art. 45 ET; más de no hacerlo en un plazo razonable el trabajador incurre en abandono del puesto de trabajo o en ausencias injustificadas del mismo sancionables disciplinariamente”

En el supuesto de huelga se consideraría falta de asistencia estar en el puesto de trabajo, pero sin realizar las funciones propias del puesto. No se considerarán causa de despido las faltas de asistencia o puntualidad toleradas por la empresa sin más

¹⁹ F.J. GOMEZ ABELLEIRA, *La causalidad del despido disciplinario*, Cit. P. 141

²⁰ (Rec. 149/2016)

efecto que el descuento del salario correspondiente al tiempo no trabajado. Lo que sí podría considerarse como despido sería el incumplimiento de los servicios mínimos.²¹

Un claro ejemplo de falta de asistencia y puntualidad se ve reflejado en la STSJ de Cataluña de 22 de diciembre de 2014²²

El tribunal supremo viene entendiendo que las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo que tipifica el art. 54.2. a) del ET como causa de despido, ofrecen normalmente cotas de gravedad en tanto que afectan a deberes básicos como es la prestación del débito laboral, pero tales faltas de asistencia al trabajo, así como las de puntualidad, no operan como causa justa de despido objetiva y automáticamente, sino que han de ser analizadas en su realidad en el momento en que se han producido y con los efectos que causan, estando justificada la falta de asistencia al trabajo por razón de enfermedad cuando se presenta parte de baja por incapacidad laboral transitoria aunque sea tardíamente.

En el caso concreto de esta sentencia, el despido sería procedente, ya que el trabajador no acudió al trabajo después de cursarse el parte de alta de la incapacidad temporal en que el trabajador se hallaba y al no aportar el trabajador ningún justificante que permitiese calificar la asistencia como justificada, la acción sancionadora sería correcta. Si se hubiese comunicado convenientemente la justificación médica podría llegar a ser improcedente, pero al no acreditarse esta ni siquiera “ex post” este modo de actuar sería constitutivo de causa legal de despido que fue alegada por la empresa en la carta de despido que le fue remitida en conformidad a lo establecido en el art. 54 ET.

2.2. LA INDISCIPLINA O DESOBEDIENCIA EN EL TRABAJO

El artículo 54.2 b) ET determina como causa para el despido disciplinario la “indisciplina o desobediencia en el trabajo”. Conducta que constituye un incumplimiento de las obligaciones del contrato de trabajo nacidas de la relación laboral entre empresario y trabajador.

En el art. 38 CE se garantiza la libertad de empresa, lo que significa que se reconoce que el empresario, como titular de la empresa, tiene un conjunto de potestades bajo su

²¹ A. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *El Despido. Análisis Práctico de los Aspectos Sustantivos y Procesales*, Cit. P. 32.

²² (Rec. 5985/2014)

poder de dirección que le facultan para determinar el contenido de la prestación laboral pactada y para arbitrar los mecanismos necesarios para que ésta se cumpla. Este poder de dirección también se encuentra recogido en el ET en el art. 20, el cual viene a recoger de nuevo la obligación del trabajador de realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario y también el art. 5 c) ET condiciona esa obediencia a que las órdenes del empleador sean adoptadas en el ejercicio regular de su poder de dirección.²³

Por lo tanto, dentro de los deberes básicos del trabajador está el de cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas, así como cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia (art. 5 ET).

Los trabajadores están sometidos a las órdenes e instrucciones del empresario y desobedecerlas con la suficiente trascendencia y gravedad puede traer como consecuencia el despido disciplinario.²⁴

Por tanto, existe indisciplina o desobediencia cuando el trabajador incumpla las órdenes o instrucciones impartidas por el empresario en el ejercicio legítimo de su poder de dirección. Serían por tanto órdenes dictadas por el empresario y que guarden relación con el desenvolvimiento de la relación laboral entre empresa y trabajador.²⁵

Además la indisciplina y la desobediencia, no son términos análogos. La indisciplina se refiere a la actuación contraria del trabajador respecto a las reglas contenidas en una norma laboral, sin que su cumplimiento haya sido impuesto directamente por el empresario, mientras que la desobediencia se produce cuando el trabajador se manifiesta contrario a las órdenes e instrucciones del empresario.²⁶

Además la jurisprudencia, ha definido la indisciplina como “la inobservancia de las reglas que garantizan la normalidad y eficacia de la actividad laboral en orden a la producción” y la desobediencia consiste en “la falta de cumplimiento de las órdenes

²³ POQUET CATALÀ, RAQUEL; *El límite de la desobediencia a las órdenes del empresario*, Disponible en: <<http://www.raco.cat/index.php/IUSLabor/article/viewFile/283446/372904>>

²⁴ A. ARANDAS GARCIA, *El despido disciplinario*, 2015, <<http://www.cuestioneslaborales.es/el-despido-disciplinario/#faltas>> (30 de enero de 2016)

²⁵ J. GORELLI HERNÁNDEZ Y T. GOMEZ ALVAREZ, *El Despido disciplinario*, Cit. P.74

²⁶ R. AGUILERA IZQUIERDO, *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*. Cizur Menor: Aranzadi, 1997. P. 125; R. POQUET CATALÀ, *El límite de la desobediencia a las órdenes del empresario*. Disponible en: <<http://www.raco.cat/index.php/IUSLabor/article/viewFile/283446/372904>>

dictadas por los jefes laborales dentro de sus legales atribuciones para la ejecución de la tarea”²⁷.

De cualquier forma para que la desobediencia y la indisciplina puedan ser calificadas como sanción han de tratarse de incumplimientos graves y culpables y ha de ponerse en relación con las circunstancias concretas del hecho y especialmente con la finalidad perseguida. Ello supone un juicio de proporcionalidad entre el despido y la infracción ya que la simple desobediencia que no encierra una actuación exageradamente indisciplinada no puede ser castigada rigurosamente con el despido.²⁸

El deber de obediencia según el ET y la jurisprudencia no es absoluto, ya que debe existir espacio para la desobediencia legítima. Sin embargo, esta desobediencia legítima, por exigencias de la buena fe debe considerarse *ultima ratio* ya que primeramente se habrá de presentar la correspondiente queja o reclamación, de forma que si hay tiempo suficiente entre la comunicación de la orden y la fecha de su cumplimiento para abordar la cuestión de legalidad no es ajustado a derecho que el trabajador incumpla la orden antes de reclamar.²⁹

Esto es lo que se conoce como la doctrina jurisprudencial del “solve et repete”, mediante la cual se le impone al trabajador la obligación de acatar una orden, que se presume legal del empresario para posteriormente impugnarla si la estima ilegal. Aunque “en principio toda orden sobre el trabajo dictada por el empresario o sus delegados debe cumplirla el trabajador sin perjuicio de impugnarla si la cree lesiva o abusiva, salvo, como declara la sentencia 8 de junio de 1982 si concurren circunstancias de peligrosidad, ilegalidad u otros análogos, que justifiquen la negativa, porque si el empresario se excede de los límites de autoridad que tiene marcados por las normas legales, puede el trabajador desobedecer legítimamente sin incurrir en infracción”.³⁰

Es decir, cuando la orden empresarial se exceda de las exigencias legales o convencionales, no nos encontraremos ante indisciplina o desobediencia injustificada, si no ante una causa justificada que impide que el despido sea declarado procedente. Por tanto, el trabajador puede negarse a cumplir aquellas órdenes del empresario que

²⁷ STS de 7 de marzo de 1986 (326/1986)

²⁸ M. RODRIGUEZ-PIÑEIRO, *Obediencia debida y desobediencia justificada*, Relaciones Laborales, Sección editorial, 1988, P. 11, tomo 1, editorial LA LEY

²⁹ F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, *La causalidad del despido disciplinario*, Cit. P. 170.

³⁰ M. RODRIGUEZ-PIÑEIRO, *Obediencia debida y desobediencia justificada*, Relaciones Laborales, Sección editorial, 1988, P. 11, tomo 1, editorial LA LEY

se impartan con manifiesta arbitrariedad, abuso de derecho o aquellas que vulneren derechos fundamentales, así como aquellas que impliquen riesgo para la salud o seguridad del trabajador.³¹ Sin embargo, el trabajador deberá obedecer todas las órdenes empresariales que se presuman legítimas, denunciando posteriormente, si lo estima oportuno, las eventuales irregularidades del orden empresarial.³²

El tribunal Supremo ha sostenido en la STS de 19 de julio de 2010³³ que en esta causa de despido hay que volver a mencionar la doctrina de la proporcionalidad entre el hecho imputado y la conducta o sanción, manifestando que una simple desobediencia que no encierra una actitud exageradamente indisciplinada, que no se traduzca en un perjuicio para la empresa o en la que concurra una causa incompleta de justificación, no puede ser sancionada con la extinción del contrato de trabajo.

Los requisitos jurisprudenciales para determinar la existencia de indisciplina y desobediencia son los siguientes: gravedad, culpabilidad y falta de justificación.

- Gravedad: Deberá ser grave en el sentido de que una simple desobediencia que no encierre una situación exageradamente indisciplinada no podrá ser objeto de un castigo como el despido.
- Culpabilidad: Culpable en el sentido que sea realizada de forma consciente por el trabajador, con dolo y sea evidente una voluntad clara, y firme de incumplir los deberes laborales.
- Falta de justificación: En el sentido de que, si existiese alguna causa de justificación, aún, cuando esta sea incompleta, ha de merecer un castigo el trabajador más leve y no el despido.³⁴

Un claro ejemplo de indisciplina y desobediencia se ve reflejado en la STSJ de Galicia de 12 de abril de 2013³⁵. En el caso enjuiciado, el trabajador fue despedido por la empresa porque se negaba a cumplir sus obligaciones laborales y tras reiteradas advertencias de que mejorase su actitud este realizaba una parte muy reducida de la producción asignada. Fue trasladado de puesto en dos ocasiones y al continuar con la misma actitud fue sancionado con 5 días de suspensión de empleo y sueldo por la comisión de una falta muy grave de indisciplina y desobediencia, hasta que finalmente

³¹ A. GONZALEZ GONZALEZ, *El despido. Cuestiones prácticas, jurisprudencia y preguntas con respuesta*. Cit. P. 38

³² A. GONZALEZ GONZALEZ, *El Despido. Análisis práctico de los Aspectos sustantivos y procesales*. Cit. P. 33

³³ (rec. 2643/2009)

³⁴ J. GORELLI HERNÁNDEZ Y T. GÓMEZ ÁLVAREZ, *El Despido Disciplinario*. Cit. P. 76-77

³⁵ (Rec. 269/2013)

fue despedido por la misma razón, aún, cuando el mismo había hecho saber a la empresa en varias ocasiones su imposibilidad de realizar el trabajo debido a sus problemas de salud, solicitando una nueva valoración del puesto y presentando denuncias a la Inspección de Trabajo.

Es doctrina jurisprudencial reiterada que para valorar la gravedad de la falta debe tenerse en cuenta el principio gradualista que rige en nuestro derecho de trabajo y que impide sancionar de forma desproporcionada a su gravedad las faltas en que pudiere haber incurrido el trabajador.

Sobre el concepto jurídico de la indisciplina y desobediencia en el trabajo, la jurisprudencia ha venido declarando que para que se erija en justa causa de despido debe manifestarse:

a) como resistencia decidida, persistente y reiterada al cumplimiento de órdenes precisas, emanadas del empresario en el ejercicio normal y regular de sus facultades de dirección, que el trabajador está obligado a obedecer, y prestar la suficiente gravedad y trascendencia.

b) que el trabajador con intención dolosa o culpable y con plena conciencia, quebrante los deberes de indisciplina y obediencia, implícitos en toda prestación de servicios.

En el comportamiento del demandante no concurren los requisitos de resistencia, decidida, persistente y reiterada ni de desobediencia trascendente, grave y culpable, que exige la jurisprudencia para que tal conducta sea causa de despido, pues como ha declarado la juzgadora de instancia, existe una causa justificativa, la salud del trabajador, que en principio, esta indiciariamente avalada por informes médicos y por las distintas adaptaciones a su puesto de trabajo concurría una causa incompleta de justificación, que hace que la conducta imputada en la carta de despido no alcance la gravedad suficiente para ser castigada con la máxima sanción del despido.

2.3. LAS OFENSAS VERBALES O FÍSICAS AL EMPRESARIO O A LAS PERSONAS QUE TRABAJAN EN LA EMPRESA O A LOS FAMILIARES QUE CONVIVAN CON ELLOS

La empresa, además de como unidad económica de producción, ha de entenderse también como una comunidad humana en la cual las personas que forman parte de

ella realizan su trabajo. Por lo tanto es importante que haya un buen clima de convivencia entre las personas que trabajan en ella, fundado principalmente en el respeto ajeno. Por ello el incumplimiento de los deberes básicos del trabajador, junto al quebranto contractual ha de considerarse también perjudicial para la empresa con resultados negativos en el resto de sus compañeros. Así está justificado el art. 54.2 e) en el que se considera como conducta sancionable mediante el 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”.

Es importante diferenciar a efectos de esta causa de despido entre ofensas verbales y físicas. Por ofensas verbales se entienden las expresiones, orales o escritas que envuelven una ofensa moral para la persona que la sufre o recibe, mientras que es constitutiva de ofensa física el injusto ataque de una persona a otra, materialmente, al hacerla objeto de una agresión que mortifique o lesione su integridad corporal.³⁶

Además en cuanto a las ofensas verbales, el hecho de insultar a una persona supone una ofensa hacia su persona y un desprecio a su dignidad, y cualquier falta de respeto hacia otro compañero de trabajo es cuanto menos reprochable y sancionable. También dice la jurisprudencia que debe haber unas exigencias mínimas de comportamiento que se imponen “a todos los hombres de la empresa integrados, en una conducta respetuosa hacia los demás, guardándoles las atenciones y consideraciones que en cuanto personas le son inherentes. Tales exigencias quedan incumplidas en cuanto se agravie, insulte o amenace, puesto que se producen ofensas que afectan a la dignidad humana y atentan a los sillares en que se apoya la convivencia y el orden que son fundamentales en la vida empresarial. (...). El orden y la disciplina son atendidos como el respeto mutuo y recíproco de los que dirigen la empresa y de los que en ella trabajan, y la exigencia de respeto mutuo es consecuencia de la dignidad inmanente a la naturaleza humana, con lo cual, de un primer análisis parece extraerse la conclusión de que todos los argumentos jurisprudenciales están unidos y vienen a expresar la misma idea, aunque en unos casos se ponga el acento en la disciplina laboral y en otros en el respeto mutuo o en la dignidad: cuando se ofende física o verbalmente a alguna de las personas con la que se está unido en virtud del vínculo laboral

³⁶ J. M. GONZALEZ DEL RÍO, “Extinción por despido disciplinario del deportista”, *El deportista profesional ante la extinción del contrato de trabajodeportivo*, edición nº 1, Editorial LA LEY, Madrid, Febrero 2008

desaparece el mutuo respeto que debe existir entre todos los miembros de la empresa y ello afecta al orden y la disciplina reinante en la misma y a la dignidad humana”³⁷

En cuanto a las ofensas físicas, la jurisprudencia entiende que para apreciar la existencia de ofensa física sancionable no es preciso que se produzca una agresión que dé lugar a un contacto físico y que las ofensas físicas siempre son calificadas como graves resulten o no lesiones de la actuación del agresor, bastando el mero intento de agresión. Como señala la STSJ de 18 de octubre de 2012³⁸, “las agresiones físicas son siempre graves en el ámbito laboral, como lo son también en la convivencia social, por lo que la empresa tiene derecho a despedir al trabajador que ha agredido físicamente a otro (...)”.

Además en relación a la forma de tratar esta causa de despido del art. 54.2 c) pueden surgir dudas y por ello la doctrina jurisprudencial ha sentado las siguientes pautas interpretativas³⁹.

- 1- “Esta causa de despido tiene su fundamento en la transgresión grave de la indispensable armonía en que deben desenvolverse las relaciones entre quienes integran la empresa y se encuentran por ello obligados a mantener un mutuo respeto”⁴⁰.
- 2- “Las palabras o frases pronunciadas por un trabajador cuando en ellas se funda la empresa para despedirle, han de valorarse teniendo en cuenta que el alcance de los vocablos o expresiones en cuestión no ha de deducirse de su puro significado semántico o estrictamente gramatical, sino de la aceptación que tengan en el lenguaje ordinario o coloquial, atendiendo al contexto que les enmarca, y conforme al lenguaje vulgar, vivo, y de comunicación ordinaria, pues solo así cabrá precisar si tiene entidad y gravedad suficiente para merecer la máxima sanción que entraña el despido, debiendo estarse en todo caso para valorar su gravedad y alcance, al contexto social en que se producen”⁴¹.
- 3- “También ha de distinguirse entre los supuestos en que las ofensas se vierten en presencia del ofendido, o en ausencia del mismo, pues las injurias verbales pronunciadas en presencia de quien las recibe, especialmente si es el jefe

³⁷ STSJ de Madrid de 18 de octubre de 2012 (Rec. 3978/2012) en la cual se hace referencia a la STSJ de Andalucía de 5 de julio de 1999 (Rec. 902/1999)

³⁸ (Rec. 3978/2012)

³⁹ STSJ de Extremadura de 12 de junio de 2012 (Rec. 203/2012)

⁴⁰ Como señala también en el mismo sentido la STSJ de Andalucía de 22 de mayo de 2014 (Rec. 509/2014)

⁴¹ Igualmente en la STSJ de Andalucía de 10 de enero de 2013 (Rec. 2468/2012)

inmediato, obviamente son merecedoras del despido, en cuanto que siempre implican un agravio a la propia dignidad y honor y ha de presumirse el “animus iniurandi” en quien está obligado por específicos vínculos de respeto hacia su superior jerárquico; siendo muy distinta la gravedad si la ofensa se produce fuera de su presencia, pues entonces han de examinarse las circunstancias concretas que concurren en cada caso, sin olvidar que el lenguaje coloquial está plagado de expresiones habituales, reveladoras de mal gusto y poca educación, especialmente con compañeros con quienes discuten, critican y comentan las incidencias del trabajo, que no tienen otra trascendencia que un esporádico desahogo, sin ánimo de injuriar a quien se dirigen”.⁴²

Como norma general, es suficiente una sola ofensa, ya sea física o verbal, para justificar la procedencia del despido, siempre que se acredite la gravedad y culpabilidad exigibles por parte del empresario.

La gravedad hace referencia a la índole o importancia de la obligación laboral quebrantada y al grado en que el trabajador la ha quebrantado y por eso se dice que construye elementos de índole objetiva, mientras que la culpabilidad se asienta en el reproche que, atendidas las circunstancias del caso, afecta subjetivamente al trabajador. La concurrencia de ambos requisitos resulta imprescindible para que el despido merezca el calificativo de procedente y para su apreciación han de ponderarse todos los aspectos objetivos y subjetivos, concurrentes en la conducta, teniendo en cuenta los antecedentes, las circunstancias personales y de índole profesional de su autor así como las circunstancias coetáneas para precisar si la conducta del trabajador es sancionable o no.⁴³

Esta conjunción de elementos subjetivos y objetivos del incumplimiento y demás elementos circunstanciales, es lo que la doctrina y los tribunales denominan la teoría gradualista, mediante la cual se exige que se tengan en cuenta tanto a efectos exculpativos como agravatorios las circunstancias del caso en concreto, de tal forma que hechos idénticos pueden ser tratados de forma distinta según las circunstancias subjetivas y objetivas concurrentes en cada caso, ya que debe haber proporcionalidad entre la sanción impuesta y el hecho cometido.⁴⁴

⁴² STS 9 junio de 1986 (Rec. 3187/1986)

⁴³ STSJ de Asturias de 27 de julio de 2012 (Rec. 1117/2012) en la cual hace referencia a la constante doctrina del Tribunal Supremo.

⁴⁴ STSJ de Asturias de 27 de julio de 2012 (Rec. 1117/2012).

También es importante añadir que hay ciertos comportamientos que se pueden valorar como atenuantes, como pueden ser la existencia de una provocación previa, la falta de ánimo de ofender, así como las disculpas inmediatas después de la ofensa.⁴⁵

Para que las ofensas verbales por parte del trabajador puedan configurarse como un auténtico incumplimiento contractual, se exige la existencia de intencionalidad o *animus injuriandi*, lo que puede excluirse cuando la actitud del trabajador y su intencionalidad sea principalmente crítica o jocosa. Sin embargo, hay ocasiones en las que si la conducta del agresor es objetivamente adecuada para ofender o causar daño físico o moral, su intención subjetiva, por ejemplo de bromear, resulta casi irrelevante.⁴⁶

La jurisprudencia entiende que cuando las ofensas se realizan por escrito se ha tenido ocasión de reflexionar no pudiendo justificarse como un acaloramiento temporal.

Cuando se trate de personas jurídicas deben afectar a sus dirigentes o suponer un desprestigio de la empresa como entidad. Cuando se trate de ofensas a los compañeros de trabajo deberán incluirse en esta categoría todos los trabajadores de la empresa y no solamente los del centro de trabajo y estos conflictos deberán derivar necesariamente de la relación de trabajo y no de problemas ajenos a la relación laboral. Además, en estos casos ha de analizarse cada caso en concreto, tanto a efectos agravatorios como exculporios teniendo en cuenta en particular todos los aspectos subjetivos y objetivos concurrentes en cada caso, y teniendo en cuenta los antecedentes y circunstancias coetáneas que definen la relación laboral como una relación continuada en el tiempo, de tal manera que hechos idénticos pueden ser tratados de forma distinta según las circunstancias subjetivas y objetivas concurrentes. En el caso de ofensas verbales a familiares se exige la convivencia con alguna de las personas protegidas, no concretándose el grado de parentesco o de convivencia exigible.⁴⁷

Según la STS Madrid, de 20 de abril de 2005⁴⁸, el ejercicio de la libertad de expresión no puede justificar sin más el empleo de expresiones o apelativos insultantes, injuriosos o vejatorios que exceden del derecho de crítica y son claramente

⁴⁵ A. GONZALEZ GONZALEZ, *El despido. Cuestiones prácticas, jurisprudencia y preguntas con respuesta*. Cit. P.

⁴⁶ F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, *La causalidad del despido disciplinario*. Cit. P. 209

⁴⁷ A. GONZALEZ GONZALEZ, *El Despido. Análisis Práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, Cit. P. 35-36

⁴⁸ (Rec. 6701/2003)

atentatorias para la honorabilidad de aquel cuyo comportamiento o manifestaciones se critican.

Ejemplo de esta causa, la STSJ de Castilla-La Mancha de 16 de febrero de 2015⁴⁹. En el caso de autos, el actor venía prestando servicios para la empresa demandada, con la categoría profesional de oficial de 2º, el día 7 de abril de 2014, incumplió la orden recibida por el gerente de la empresa a fin de que llevase a reparar una determinada pieza a un concreto taller, llevándolo a otro distinto, tras lo cual, y ese mismo día entró en el despacho del gerente y comenzó a insultarle, con expresiones como; “hijo de puta, ladrón, sinvergüenza”, iniciándose una pelea con el hijo de dicho gerente que se encontraba presente, en el curso de la cual el trabajador le golpeó en la cara y en el cuello. Dichos hechos determinaron su despido al calificarse la conducta del trabajador como constitutiva de una falta grave de ofensas verbales y físicas al empresario y al hijo de este.

Para que las ofensas de un trabajador, verbales o físicas, al empresario o a las personas que trabajan en la empresa, sean calificables como incumplimiento grave y culpable, no es preciso que se trate de una conducta reiterada, pues basta con una ofensa siquiera aislada, que, eso sí, debe valorarse en sí misma y en conjunción con todas las circunstancias que la precedieron o que le fueron coetáneas. En este caso no existe constancia alguna de que con anterioridad a las ofensas verbales dirigidas por el actor al Gerente y a la agresión a su hijo, hubiese mediado provocación suficiente, tendente a perturbar la serenidad y el ánimo de aquel, hasta el punto de poder justificar la conducta ofensiva desplegada por este, necesariamente deberá concluirse apreciando que el trabajador, con su actuación, vulneró los deberes de convivencia y consideración debida hacia el indicado Gerente y hacia el hijo de este, y ello a través de una actitud de menosprecio al honor de la persona y su integridad física, lo que supone una conducta de la suficiente gravedad y culpabilidad para legitimar la aplicación de la sanción de máxima gravedad en el ámbito laboral como es el despido.”

2.4. LA TRANSGRESIÓN DE LA BUENA FE CONTRACTUAL

Esta causa está regulada en el art. 54.2 d) ET cuando dice que es causa de despido disciplinario la “*Transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de*

⁴⁹ (Rec. 879/2015)

confianza en el desempeño del trabajo". Se trata de una de las causas principales del despido por causa disciplinaria usada especialmente por la versatilidad y amplitud de su contenido.

La transgresión de la buena fe se configura como la ruptura de los deberes de lealtad, fidelidad, confianza y cumplimiento de las normas de conducta que rigen la relación laboral, a través del incumplimiento de las normas generales de aplicación o de la normativa impuesta por el empresario, utilizando éstos en beneficio propio la confianza depositada en el sujeto infractor.⁵⁰

Según doctrina reiterada y en concreto como se señala en la STS Madrid de 19 de julio de 2010⁵¹, la transgresión de la buena fe contractual así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo están tipificadas como causa de despido ya que la buena fe es consustancial al contrato del trabajo. En cuanto por su naturaleza sinalagmática genera derechos y deberes recíprocos. El deber de mutua fidelidad entre empresario y trabajador es una exigencia de comportamiento ético y jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual y la deslealtad significa siempre una conducta totalmente contraria a la que habitualmente ha de observar el trabajador respecto de la empresa.

Esta causa se fundamenta principalmente en el art. 20.2 del ET cuando dice "El trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe". También en el art. 5 ET en el que se regulan los deberes laborales básicos de los trabajadores.

La transgresión de la buena fe es un concepto jurídico indeterminado que exige la oportuna individualización en cada caso⁵². Pueden señalarse como elementos básicos constitutivos de tal concepto jurídico los siguientes:

1º- El requisito imprescindible que ha de concurrir es que el trabajador cometa el acto con plena conciencia de que la conducta afecta al elemento espiritual del contrato, consistiendo esa transgresión en la eliminación voluntaria de los valores éticos que deben inspirar al trabajador en el cumplimiento de los deberes básicos que el nexo laboral le impone.⁵³

⁵⁰ J. SARAZÁ GRANADOS, *La transgresión de la Buena Fe contractual y Figuras Afines*, Aranzadi, 2014. P.43

⁵¹ (Rec. 2643/2009)

⁵² STSJ de Galicia de 12 de junio de 2012 (Rec. 1060/2012)

⁵³ STSJ de Madrid de 22 de febrero de 2012 (Rec. 5306/2012)

2º- La significación y alcance del acto o actos concretos determinantes del despido han de situarse entre todas las demás circunstancias concurrentes para que puede prevalecer el equilibrio, presupuesto de la justicia, atendiendo al momento en que se producen los hechos y los efectos que causan.⁵⁴

3º- Es imprescindible conjugar la conducta y sus antecedentes con la transgresión y gravedad del despido para que exista adecuación entre el acto y la sanción.⁵⁵

4º- Entre los datos a tener en cuenta a estos efectos, cobra especial relieve la naturaleza dolosa o culposa de la infracción⁵⁶, pues si bien la expresión “culpable” que emplea el art. 54 ET es un término genérico que abarca a una y otra, es fundamental para calificar de grave la conducta de aquella naturaleza, para que de esta forma puede hacerse efectivo el valor constitucional de la justicia que exige, a su vez, como uno de los principales presupuestos, la proporcionalidad y el equilibrio.⁵⁷

Al hablar de transgresión de la buena fe contractual hay que hacer especial referencia a la buena fe. Esta puede definirse como un criterio de valoración de conductas con el que deben cumplirse las obligaciones, y que se traduce en directivas equivalentes a la lealtad, honorabilidad, probidad y confianza. La buena fe tiene carácter recíproco y obliga por igual a las dos partes contratantes.⁵⁸

Debe además concebirse como moral social, formadora de criterios inspiradores de conductas que conducen al adecuado ejercicio de los derechos y fiel cumplimiento de los deberes. En el ordenamiento jurídico se encuentra plasmada en el Título Preliminar del Código Civil en el que se precisa que “los derechos deberán ejercitarse conforme a las reglas de la buena fe” (art. 7.1), pone fin al fraude de ley (art. 6.4) y niega amparo o abuso de derecho o al ejercicio antisocial del mismo (art. 7.2); y en el ámbito contractual del Código la buena fe se encuentra regulada en el art. 1258 según el cual, “los contratos obligan no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado sino

⁵⁴ STSJ de Madrid de 1 de marzo de 2013 (Rec. 6291/2012)

⁵⁵ STSJ de La Rioja de 16 de septiembre de 2011 (Rec. 336/2011)

⁵⁶ M. IGLESIAS CABERO, *Transgresión de la buena fe contractual: requisitos y efectos en orden al despido (1)*, Actualidad Laboral, Nº 12, Sección Sentencias Ejemplares, Diciembre 2013, Ref. 451, pág. 1556, tomo 1, Editorial LA LEY.

⁵⁷ Igualmente en la STSJ de Canarias de 7 de marzo de 2006 (AS 1351/2006) nos señala como requisitos de la transgresión de la buena fe los siguientes: “a) La comisión de un concreto acto con voluntaria consciencia de que el mismo quebranta los valores éticos que han de inspirar el cumplimiento de los deberes esenciales del contrato, b) el alcance del acto o comportamiento transgresor en atención a las circunstancias concurrentes y a los efectos que causa, c) la conexión que necesariamente ha de existir entre la gravedad de la transgresión y la propia sanción en que el despido consiste y para que exista adecuación entre acto y determinación correctora”.

⁵⁸ J. GORELLI HERNÁNDEZ Y T. GOMEZ ÁLVAREZ, *El despido disciplinario*, Cit. P.111; STS de 26 de febrero de 1991

también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”. También el ET la ha incluido en sus preceptos: somete las prestaciones recíprocas de empresarios y trabajadores a sus exigencias (art. 20.2) y faculta para la extinción del contrato, al empleado si se le modifican las condiciones de trabajo sustancialmente y de tal suerte que se perjudique su formación o se menoscabe su dignidad (art. 50.1 a)) y al empleador cuando la conducta de aquél comporte transgresión de la buena fe contractual.⁵⁹

Además de la buena fe, la jurisprudencia también interpreta que en esta causa de despido del art. 54 no cabe establecer graduación alguna y que la transgresión de la buena fe y abuso de confianza son faltas que se entienden cometidas aunque no se acredite la existencia de lucro personal ni haber causado daños a la empresa y con independencia de la mayor o menor cuantía de lo defraudado, pues basta para ello el quebrantamiento de los deberes de fidelidad y lealtad. La causa es que la no aplicación de la teoría gradualista contribuirá a una mayor seguridad jurídica para los empresarios ante situaciones en las que los trabajadores incurren en graves incumplimientos de la buena fe contractual que hacen inviable la continuación de la relación laboral con los mismos. Cuando la confianza entre la empresa y el trabajador se ve quebrantada es lógico que la empresa pueda proceder a la consiguiente extinción de la relación laboral del trabajador no viéndose condenada a mantener un vínculo con un trabajador en el que ha perdido totalmente su confianza u optar por la vía de la salida indemnizada, obviamente injustificada para el supuesto de un trabajador que ha venido defraudando a la empresa reiteradamente en el tiempo y ocultando su actitud incumplidora.⁶⁰

Esta conducta también se valora en la negociación colectiva que, a través de los convenios colectivos, recogen fielmente el mismo patrón y lo sancionan de igual modo, con el despido disciplinario, aunque en algunos casos también se permite otro tipo de

⁵⁹ N. PALOMAR LICERAS, *Sobre la transgresión de la buena fe contractual a efectos de determinar la legalidad de un ulterior despido disciplinario del trabajador, con especial referencia a la Sentencia nº 242/13 de TSJ de Andalucía (Sala de lo Social) de 30 de enero de 2013*, *Revista Aranzadi de Derecho de deporte y entretenimiento*, [online], Aranzadi SA, Cizur menor, num. 39/2013, 2013, [9/3/2016], Acceso: <Base de datos de Aranzadi>.

⁶⁰ M. GUITART CARRERO, *Aplicación de la teoría gradualista a despido fundamentado en una transgresión de la buena fe contractual. (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 29 de abril de 2009)*, 2010. *Anuario laboral para abogados. Los casos más relevantes en 2009 de los grandes despachos*, [online], edición nº 1, Editorial LA LEY, Madrid, Mayo 2010, [fecha de consulta: 16 de marzo de 2016] Disponible en <laleydigital360>

sanción como la suspensión de empleo y sueldo del trabajador por un periodo de tiempo prolongado.⁶¹

La doctrina jurisprudencial ha matizado que “en dicho incumplimiento se puede incurrir, tanto de forma intencionada, dolosa, con ánimo deliberado y conocimiento consciente de faltar a la lealtad depositada en el trabajador por quien le ha empleado, como negligencia o descuido imputable al mismo, imponiéndose pues una diligencia y lealtad exigible como mayor rigor de acuerdo con el cargo desempeñado y confianza depositada en quien lo ocupa, sin que para apreciar este tipo de faltas sea necesario que se acredite la existencia de un lucro personal ni haber causado daño a la empresa y con independencia de la mayor o menor cuantía de lo defraudado en su caso, pues, basta para ello el quebrantamiento de los deberes de fidelidad y lealtad”⁶².

Algunos de los supuestos que se pueden incluir en esta causa de despido son: la concurrencia desleal con el empresario, las actividades que sean incompatibles con la situación de IT, las actividades que sean incompatibles con el trabajo, el abuso de confianza y la infidelidad en el manejo de bienes de la empresa, el abandono del puesto de trabajo que desorganiza injustificadamente el funcionamiento de la empresa, el uso del ordenador para fines particulares y la extralimitación de funciones y la negligencia en el desempeño de las funciones encomendadas por la empresa.⁶³

Un ejemplo, la STSJ de Madrid de 22 de febrero⁶⁴. En el caso de autos, la empresa detectó un error en el precio, una rebaja en el precio de uno de sus productos. Una vez detectado el error se procedió a comprobar los pedidos que se habían realizado de dicho producto y se constató que el trabajador se había vendido a sí mismo el producto al que el mismo había rebajado el precio. Debido al comportamiento del trabajador, que atentó contra los principios de lealtad y honradez exigibles en la relación laboral y quebrada la confianza e incurso su conducta en el art. 54.2 d) el trabajador fue despedido.

La transgresión de la buena fe contractual es un concepto jurídico indeterminado que exige la oportuna individualización en cada caso, si bien la jurisprudencia ha venido matizando los elementos básicos de tal concepto jurídico:

a) Que el trabajador cometa el acto con plena conciencia de que su conducta afecta al elemento espiritual del contrato, consistiendo esta transgresión en la eliminación

⁶¹ J. SARAZA GRANADOS, *La Transgresión de la Buena Fe Contractual y Figuras Afines*. Cit. P. 44

⁶² STSJ de Extremadura de 28 de julio de 2006.

⁶³ F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, *La causalidad del despido disciplinario*, Cit. P. 204

⁶⁴ (Rec. 5306/2011)

voluntaria de los valores éticos que deben inspirar al trabajador en el cumplimiento de los deberes básicos que el nexo laboral impone.

b) La significación y alcance del acto o actos concretos determinantes del despido que han de situarse entre todas las demás circunstancias concurrentes para que pueda prevalecer el equilibrio presupuesto de la justicia atendiendo al momento en que se producen los hechos y a los efectos que causan.

c) Es imprescindible conjugar la conducta y sus antecedentes con la transgresión y gravedad del despido para que exista adecuación entre el acto y la sanción.

d) Entre los datos a tener en cuenta a estos efectos cobra especial relieve la naturaleza dolosa o culposa de la infracción.

En este caso, en base a estos criterios el Tribunal estimó que el trabajador había transgredido la buena fe contractual concurriendo justa causa de despido, con la gravedad y culpabilidad que son exigibles.

2.5. LA DISMINUCIÓN CONTINUADA Y VOLUNTARIA EN EL RENDIMIENTO DE TRABAJO NORMAL O PACTADO

Esta causa de despido ha sufrido pocas variaciones a lo largo del tiempo, y más concretamente desde el año 1931 hasta la regulación actual contenida en el ET.

El Código de Trabajo RDL de 28 de agosto de 1926 en su art. 21 establecía: “se estimarán justas causas a favor del patrono para dar por terminado antes del plazo de vencimiento las siguientes: 1. La falta repetida a las condiciones propias del contrato”. La Ley de Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931 consagra ya el concepto que ha pervivido hasta nuestros días y establecía en el art. 89: “Los contratos individuales de trabajo terminarán por las causas siguientes: 1. Las consignadas válidamente en el contrato” y en el mismo precepto punto 6 se establecía como causa de despido disciplinario: “La disminución voluntaria y continuada del rendimiento normal del trabajo”. El Decreto de 5 de enero de 1939 sobre faltas de trabajo en su art. 1 consideraba como infracción laboral: “La falta de rendimiento debido en el trabajo”. La Ley de Contrato de Trabajo de 26 de enero de 1944, Texto refundido, Libro 1 reproduce exactamente los términos de la Ley de 1931 e igual hace la Ley de Relaciones de Trabajo de 4 de marzo de 1977 en su art. 33 f), hasta llegar al Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Ley 8/1988 de 10 de marzo que en su art. 54.2 e)

altera un poco la redacción de las leyes anteriores y modifica el orden de factores de los requisitos “voluntario” y “continuado”, añadiendo a el rendimiento “normal”, el “pactado”.

Con esto podemos ver como los cambios políticos e ideológicos que han ido surgiendo a lo largo del tiempo no han tenido ningún valor en la configuración legal de esta causa de resolución del contrato de trabajo.⁶⁵

El contrato de trabajo no solo implica un intercambio de trabajo por salario, sino que, además, esa prestación debe ser productiva para el empresario obteniendo un resultado de esa prestación, por lo tanto el trabajador no sólo debe prestar su trabajo, si no que a través del mismo ha de alcanzar un determinado rendimiento. Por lo tanto, el rendimiento es una obligación del trabajador que forma parte de la relación contractual, de manera que su incumplimiento, si es voluntario y tiene la intensidad suficiente, puede justificar la extinción del contrato de trabajo.⁶⁶

La STCT de 13 de mayo de 1985, con carácter de doctrina reiterada cita las Sentencias de 24 y 25 de mayo de 1983 y señala: “el incumplimiento contractual de que se está tratando se comete siempre que el bajo rendimiento sea virtualmente continuo durante un cierto tiempo y no conste se deba a circunstancias ajenas a la voluntad del sancionado y que constituya una disminución efectiva, si se compara con otra forma de rendir, que ha de ser, bien la que resulte legalmente exigible, bien la que se haya venido teniendo por normal y no sancionable en el trabajador aquel”.⁶⁷

Esta causa de despido disciplinario está regulada en el art. 54.2 ET y se configura como la extinción por un incumplimiento del trabajador que consiste en la disminución continuada y voluntaria del rendimiento normal o pactado.⁶⁸

También podemos se pueden ver estas notas características en jurisprudencia más reciente, por ejemplo en la STSJ de Cataluña de 18 enero de 2005⁶⁹, nos dice que para apreciar la existencia de bajo rendimiento, como causa de resolución del contrato

⁶⁵ C. BRIONES GONZÁLEZ, *La disminución del rendimiento en el trabajo, como causa de despido disciplinario*, Relaciones Laborales, Sección Comentarios de jurisprudencia, 1991, pág. 533, tomo 2, editorial LA LEY.

⁶⁶ J.L. MONEREO PÉREZ, C. MOLINA NAVARRETE, M. N. MORENO VIDA, *Manual de derecho del trabajo*, Comares, Granada, 2014.

⁶⁷ C. BRIONES GONZÁLEZ, *La disminución del rendimiento en el trabajo, como causa de despido disciplinario*, Relaciones Laborales, Sección Comentarios de jurisprudencia, 1991, pág. 533, tomo 2, editorial LA LEY.

⁶⁸ J. GORELLI HERNÁNDEZ Y T. GÓMEZ ÁLVAREZ, *El Despido disciplinario*, Cit. P.143-144

⁶⁹ (Rec. 4227/2004)

de trabajo, es necesario que concurren las notas de voluntariedad o intencionalidad del sujeto, así como las de reiteración y continuidad.

La disminución del rendimiento en el trabajo como causa de despido disciplinario exige para ser efectiva, los requisitos generales comunes a las otras causas de despido que ya hemos mencionado anteriormente y además una serie de requisitos propios.

Los requisitos específicos de la causa de despido analizada los sintetiza la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo (STCT) de 20 de enero de 1983 y son los siguientes: “a) efectiva disminución del rendimiento con cuantificación de su diferencia con la actividad normal exigible; b) continuidad en la conducta; c) voluntariedad”.

- La disminución del rendimiento ha de ser continuado: la gravedad de la conducta del trabajador viene determinada por la continuidad, la cual deberá prolongarse por un periodo de tiempo determinado. Se excluyen las disminuciones que sean esporádicas, ocasionales o aisladas.⁷⁰
- El incumplimiento debe ser voluntario y culpable: El único incumplimiento admisible sería el culpable, el que se realiza de forma voluntaria. Cuando el rendimiento sea menor por causas ajenas a la voluntad del trabajador no podría constituirse en causa de despido. La voluntariedad en la disminución del rendimiento debe entenderse como el comportamiento del trabajador destinado a originar un perjuicio a la empresa.⁷¹
- La disminución del rendimiento debe producirse sobre el normal o pactado. En el art. 20 del ET dice que: “El trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue. En el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, 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”. Por lo tanto, el rendimiento puede establecerse tanto en pactos de carácter individual como colectivo, entendiéndose que el rendimiento normal y pactado se identifica con el rendimiento debido. Siempre se exige la necesidad de un parámetro comparativo para decidir sobre la existencia o no de una disminución en el rendimiento. Para que ese parámetro comparativo sea aceptable como término comparativo, ha de quedar excluido que se haya producido algún cambio

⁷⁰ I. GARCÍA- PERROTE ESCARTÍN, *Manual de derecho de trabajo*, Cit. P. 637

⁷¹ F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, *La causalidad del despido disciplinario*, Cit. P. 156

relevante entre el tiempo pasado tomado como comparación y el tiempo presente tomado como fundamento del despido.⁷²

Puede distinguirse, según la jurisprudencia, entre un bajo rendimiento subjetivo y un bajo rendimiento objetivo.

El bajo rendimiento subjetivo es aquel que es medido tomando como punto de referencia el rendimiento del trabajador en periodos anteriores y el objetivo es el que resulta de la comparación con el obtenido, en circunstancias idénticas por los compañeros de trabajo.

Como ejemplos del criterio subjetivo puro se puede mencionar la STCT de 21 de noviembre de 1974: “Disminución del rendimiento que cada uno de los productores venía consiguiendo con anterioridad y normalmente sin relación alguna con los que como mínimos, normales o máximos se señalan en las normas reglamentarias y en los convenios colectivos”. Es decir se utiliza como elemento de comparación el rendimiento que tenía el mismo trabajador en un período anterior.

Por otra parte el criterio objetivo es defendida por ejemplo en una STS de 10 de octubre de 1980, que defiende que la tesis objetiva pura se sostiene en que mientras que el trabajador mantenga su rendimiento dentro del nivel pactado como normal en el convenio “su conducta no es sancionable cualquiera que sea la causa de la oscilación del rendimiento”. En el mismo sentido nos dice la STCT de 18 de mayo de 1987 que: “no puede reputarse de falta laboral gravísima, merecedora de la más grave sanción prevista en el ordenamiento, la conducta del trabajador que se mantiene en cuanto al rendimiento dentro de los límites contractualmente previstos”

Con todo esto, el criterio jurisprudencial más común, es la determinación del bajo rendimiento atendiendo en primer lugar al criterio subjetivo y en caso de que sea imposible se acude al criterio objetivo. Esto lo podemos ver en las STS de 22 de octubre de 1996: “Por rendimiento normal debe entenderse el que normalmente y en el mismo tiempo realiza otro trabajador, siendo esto así cuando no haya más medio de comparación propio, pues habiéndolo, por ser conocido el rendimiento propio anterior, a él habrá que estarse”.⁷³

⁷² A. GONZALEZ GONZALEZ, *El despido. Análisis prácticos de los aspectos sustantivos y procesales*. Cit. P. 43; F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, *La causalidad del despido disciplinario*, Cit. P. 154

⁷³ C. BRIONES GONZALEZ, *La disminución del rendimiento en el trabajo, como causa de despido disciplinario*, Relaciones Laborales, Sección comentarios jurisprudencia, 1991, tomo 2, editorial LA LEY

Por lo tanto, sintetizando lo anterior⁷⁴, la constatación de la disminución del rendimiento debe hacerse a través de un elemento de comparación dentro de condiciones homogéneas, bien con respecto a un nivel de productividad previamente delimitado por las partes (rendimiento pactado), o bien en función del que deba ser considerado debido dentro de un cumplimiento diligente de la prestación de trabajo conforme al art. 20.2 ET.⁷⁵

Como ejemplo del elemento comparativo lo podemos ver en esta sentencia mencionada de 2005⁷⁶ en la cual queda probado que el trabajador en los años 1998 y 1999 mantuvo un nivel de ventas similar al de sus dos compañeros que hacen el mismo trabajo, con un promedio de 67.800 euros mensuales, descendiendo progresivamente en los años 2000, 2001, 2002 y 2003, a medias mensuales de 32.000 euros, 19.000 euros y 11.700 euros, hasta el punto en que en esta última anualidad tan solo alcanzó un 17% de las ventas obtenidas en los años 1998 y 1999, mientras que sus compañeros han tenido diversas oscilaciones pero se mantienen siempre por encima de una media de ventas de 30.000 euros.

Lo que la ley tipifica como justa causa de despido es la prolongada conducta del trabajador que rinde menos porque ya no se esfuerza como antes y sus resultados no alcanzan el nivel exigible. La médula del incumplimiento por lo tanto no es el mal resultado, sino la actitud deliberada o desidiosa del trabajador en la prestación de sus servicios, cambiante respecto a la que anteriormente mantenía, inferior a la exigible, sostenida en el tiempo, y de una notable entidad en tanto que lesiona injustificadamente unas expectativas razonables del empresario sobre los frutos que ha de obtener de su trabajo⁷⁷.

Puede haber circunstancias que no justifican el bajo rendimiento y otras que sí lo justifican según la jurisprudencia.

⁷⁴ STSJ de Cataluña de 18 de enero de 2005 (Rec. 4227/2004)

⁷⁵ También otras sentencias hacen insisten en el elemento comparativo, así por ejemplo la STSJ de Cataluña de 13 de noviembre de 2007 (AS 5887/2007) dice: “los despidos con causa en una disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del trabajo normal o pactado, debe atenderse a las circunstancias del caso en concreto (situación del sector, trayectoria de la empresa y del trabajo) y a elementos de comparación del rendimiento actual con el anterior; habiéndose utilizado por parte de la jurisprudencia, diversos sistemas: la costumbre, el rendimiento del trabajador medio, de otros compañeros o el rendimiento anterior del propio trabajador; añade que concurre esta causa de despido cuando los objetivos fijados en el contrato como mínimos no se cumplen, siempre y cuando no resulten abusivos”. Igualmente en las STSJ de Asturias 12 de septiembre de 2003 (Rec. 365/2003), STSJ de Cataluña de 30 de julio de 2002 (Rec. 3642/2002) y STSJ de Madrid de 5 de marzo de 2002 (Rec. 4886/2001)

⁷⁶ STSJ de Cataluña de 18 de enero de 2005 (Rec. 4227/2004)

⁷⁷ STSJ de País Vasco de 18 de diciembre de 2001 (Rec. 2464/2001)

Algunas causas que no pueden ser justificativos del bajo rendimiento pueden ser las siguientes⁷⁸:

- Los incumplimientos empresariales en materia de cotización a la Seguridad Social.
- El haber sido impuesta al trabajador una sanción anterior, que le hizo caer en una actitud de pasividad en el trabajo que no rebasa la mitad del efectuado por sus compañeros.
- La falta de pago de parte del salario ya que frente a ella podría accionar pero nunca disminuir su capacidad productiva.
- El abono de la prima de productividad en el periodo de bajo rendimiento, ya que puede deberse a una liberalidad del empresario.
- Rechazo por parte de la empresa de pretensiones de mejoras salariales.
- Tolerancia de la empresa, no implica en modo alguno intención de modificar el contrato y autorizar al trabajador para que obtenga el rendimiento que arbitrariamente el mismo señale.
- Estar en fase de ejecución provisional de Sentencia
- Ser representante legal, por el contrario, por razón de su cargo de garantía en la empresa venía obligado a observar aquella diligencia a que antes se ha hecho mención para merecer el cargo y mantener el necesario prestigio.

También la responsabilidad por el bajo rendimiento podría llegar a atenuarse hasta el punto de no admitirse como causa de despido disciplinario en los casos siguientes⁷⁹:

- Cuando el trabajo encomendado no es el habitual del trabajador y por lo tanto carecía de destreza exigible a quienes constantemente se dedican a esas tareas.
- Cuando la disminución viene influida por la repetición de cambios en el puesto de trabajo.
- Enfermedad o dolencia del trabajador.
- Silicosis de primer grado
- Deficiencias en las instalaciones tanto sanitarias como de ventilación
- La empresa no proveía de fondos al actor para que pudiera llevar a cabo sus desplazamientos como viajante

⁷⁸ C. BRIONES GONZALEZ, *La disminución del rendimiento en el trabajo, como causa de despido disciplinario*, Relaciones Laborales, Sección de comentarios jurisprudencia, 1991, tomo, 2, Editorial LA LEY

⁷⁹ C. BRIONES GONZALEZ, *La disminución del rendimiento en el trabajo, como causa de despido disciplinario*, Relaciones Laborales, Sección comentarios jurisprudencia, 1991, tomo 2, editorial LA LEY

- Trabajo en cadena cuando la ejecución de la labor estuvo restringida por la pasividad del operario que le seguía en la cadena.
- El empresario no proveyó al trabajador de las hojas de control del rendimiento.

También en los convenios colectivos en ocasiones se hace referencia al nivel de productividad y rendimiento exigible para un trabajador, así por ejemplo en el Convenio colectivo del sector de la construcción⁸⁰, en su art. 42 dice: “La obtención de los rendimientos normales que se establezcan en las tablas aplicables en cada caso, será requisito necesario para tener derecho a la percepción de los salarios estipulados en las tablas salariales del convenio colectivo provincial o, en su caso, de comunidad autónoma correspondiente, salvo lo dispuesto en el apartado siguiente. Será considerada disminución voluntaria del rendimiento no alcanzar los rendimientos fijados en la tabla de rendimientos normales aplicable, en su caso, salvo causa justificada que, de darse, implicará el derecho a la percepción íntegra del salario estipulado para el rendimiento normal correspondiente”.

Un ejemplo de esta causa de despido la podemos ver en la STSJ de Galicia, de 19 de junio⁸¹. En el caso de autos la trabajadora afectada por el despido disciplinario tenía un contrato con la empresa en el cual se le fijaban dos objetivos: la efectiva realización de llamadas a los registros de bases de datos, y ventas y sobre volumen de llamadas. La trabajadora alcanzó una media de campaña de 95% en abril, de 86% en mayo y de 64% en junio de 2012. En ventas alcanzó en abril 106%, en mayo 88% y en junio 87%. Con lo cual la empresa alegó infracción del art. 54.2 ET señalando que es causa procedente de despido disciplinario el no alcanzar el trabajador un determinado nivel de rendimiento.

Pero el Fundamento de derecho tercero de esta sentencia resolvió que ese mero dato objetivo por sí solo no es suficiente como para sustentar la causa de despido disciplinario alegado ya que son tres los requisitos que han de concurrir para la apreciación de tal causa:

- a) Disminución de rendimiento normal o pactado, que implica, aparte de la gravedad del incumplimiento y su continuidad que su realidad pueda apreciarse a través de un elemento de comparación que opere dentro de condiciones homogéneas, bien con respecto de un nivel de productividad previamente delimitado por las partes (rendimiento pactado) o en función del que deba

⁸⁰ Resolución de 28 de febrero de 2012 de la Dirección General de empleo, por la que se registra y publica el V Convenio colectivo del Sector de la Construcción.

⁸¹ (Rec. 881/2013)

considerarse debido dentro de un cumplimiento diligente de la prestación de trabajo conforme al art. 20.2 ET (rendimiento normal), y cuya determinación 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.

- b) Que el incumplimiento sea continuo, no bastando a tal efecto disminuciones de rendimiento esporádicas, ocasionales o aisladas.
- c) Que tal disminución sea voluntaria y culpable.

En el caso enjuiciado no consta que la actora pactase con la empresa la realización de determinados objetivos, sino que, tal como se deduce del hecho probado tercero, los acordó unilateralmente el cliente y los trasladó a la empresa demandada, y ésta se los impuso también unilateralmente a la trabajadora, fijando unos porcentajes de cumplimiento, cuya falta de impugnación por la demandante no basta para deducir el compromiso de la misma de asumirlos, desconociéndose también si otros trabajadores cumplieron o no esos porcentajes de trabajo, pues nada consta -como antes dijimos- sobre elementos comparativos con otros trabajadores, o de la comparación de la etapa actual de la actora, con otra previa

2.6. LA EMBRIAGUEZ HABITUAL O TOXICOMANÍA SI REPERCUTEN NEGATIVAMENTE AL TRABAJO

El art. 54.2 f) ET recoge como causa hábil para proceder al despido por causas disciplinarias “a la embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo”.

La embriaguez habitual constituye justa causa de despido en nuestro ordenamiento laboral desde la Ley de 6 de noviembre de 1941 por la que se modificó el art. 89 Ley de Contrato de Trabajo el 21 de noviembre de 1931. De esta forma pasa sin ninguna modificación a la LCT de 1944 y de ésta al Real Decreto Legislativo de las Relaciones de Trabajo. El ET, por su parte, introduce algunas novedades al ampliar y completar esta causa a través de dos elementos, por un lado incorpora junto al tradicional concepto de embriaguez, la noción de toxicomanía, debido a la relevancia social y jurídica que este fenómeno ha alcanzado en nuestros días; y por otro exige

expresamente que la embriaguez o toxicomanía repercutan negativamente en el trabajo, de modo que en otro caso dichas conductas devienen irrelevantes.⁸²

➤ EMBRIAGUEZ Y ALCOHOLISMO. DIFERENCIACIÓN

Hay que aclarar que al hablar de embriaguez, se plantea la cuestión de su posible diferenciación respecto de la expresión “alcoholismo” (que aunque no se hace referencia a él expresamente en el ET está íntimamente relacionado con el concepto del que trata). En lenguaje común, las dos expresiones se entienden diferentes, ya que se le otorga al alcoholismo un componente patológico y parece irrelevante a los efectos aquí planteados. Pero hay que decir que aunque el alcoholismo no estaba recogido ni en la legislación anterior ni en la actual como causa de despido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene equiparando ambos estados, pese a conocerse el alcoholismo como enfermedad. La STS de 3 de junio de 1963 vino a sentar una importante doctrina jurisprudencial en la materia y supuso un punto de inflexión en el tratamiento del alcoholismo a efectos de su consideración como causa de despido disciplinario del trabajador alcohólico. Anteriormente a esta sentencia, en resoluciones que se habían llevado a cabo al respecto sobre la materia, se podía ver como en las situaciones de embriaguez y alcoholismo, este último salía beneficiado porque al ser considerado una enfermedad no se consideraba como causa de despido. Pero a partir de la sentencia antes mencionada y hasta hoy, ambos comportamientos (embriaguez y alcoholismo) se convierten en un único comportamiento merecedor de la resolución contractual por incumplimiento. Hay que añadir que esto encuentra justa causa en que aunque ambas situaciones tengan distinto diagnóstico, pronóstico y tratamiento diferentes, en el área del Derecho laboral no se puede establecer distinción entre ellas a efectos de rescisión del contrato de trabajo ya que ambas provocan un perjuicio para la empresa.⁸³

➤ TOXICOMANÍA

En cuanto a la toxicomanía, tiene el mismo tratamiento que la embriaguez a efectos de causa justificativa de despido disciplinario, aunque el hecho de que una aislada prueba analítica haya tenido resultado positivo a la cocaína, no es determinante de la adicción del sujeto a la droga en cuestión, teniendo que señalar que forma parte de la composición de determinados fármacos cuya ingestión puede producir similar

⁸² STSJ de Andalucía de 9 de junio de 2000 (Rec. 462/2000) y en idéntico sentido la STSJ de Aragón de 12 de marzo de 2001 (Rec. 141/2001).

⁸³ F. GARCÍA-NÚÑEZ SERRANO, *La embriaguez habitual o toxicomanía como causa de despido disciplinario*, Actualidad Laboral, nº 22, Sección de Monografías de Jurisprudencia, Quincena del 16 al 31, Dic. 2004, P. 2755, tomo 2, Editorial LA LEY

resultado y que, por otra parte el consumo ocasional no puede llevar aparejada tan grave consecuencia como la pérdida del puesto de trabajo⁸⁴.

Los efectos derivados de la embriaguez o toxicomanía habituales pueden ser perfectamente encuadrables en cualquiera de las restantes causas de despido disciplinario del art. 54.2 ET, ya sean bajo rendimiento, indisciplina o desobediencia o faltas injustificadas.

La ley lo que permite es sancionar un defecto de la conducta del trabajador: la vulneración del deber de mantener un comportamiento decoroso en la empresa. Asimismo, protege el incumplimiento de las medidas de seguridad y salud y posibles incumplimientos de la prestación de servicios debidos por los trabajadores. Así, la STSJ de la Comunidad Valenciana, de 10 de mayo de 2000⁸⁵ establece lo siguiente “cuando el Estatuto de los Trabajadores considera a la embriaguez como un motivo disciplinario de despido, está haciendo referencia con dicha situación del trabajador, no solo a un defecto de conducta del mismo, entendido como la inobservancia de los mínimos deberes de convivencia y decoro dentro de la empresa, sino también a que dicha conducta constituya un incumplimiento en la prestación de los servicios encomendados”.

Las dos notas características que deben darse en este caso son: la habitualidad y la repercusión negativa en el trabajo y ambas deben darse conjuntamente.

La embriaguez, además de incidir negativamente en el trabajo debe ser habitual y no esporádica, de forma que no basta su concurrencia en contadas ocasiones para configurar esta causa justificativa de despido disciplinario. Pero hay determinadas ocasiones, como es el caso de los conductores en las que por sus especiales circunstancias no es necesario que la embriaguez sea habitual para justificar el despido.⁸⁶

La repercusión negativa en el trabajo puede consistir en una disminución del rendimiento por parte del trabajador, en la posibilidad de producir accidentes e incluso podría considerarse como repercusión negativa para el trabajo la pérdida de prestigio de la empresa derivada de la conducta del trabajador.

⁸⁴ STSJ de Madrid de 7 de octubre de 2010 (Rec. 1931/2010) y STSJ de Castilla y León de 16 de julio de 2012 (Rec. 45/2012)

⁸⁵ (Rec. 3826/1999)

⁸⁶ I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *Manual de derecho del trabajo*, Cit. P. 639; J. L. MONEREO PÉREZ, C. MOLINA NAVARRETE, M. N. MORENO VIDA, *Manual de Derecho del trabajo*, Cit. P. 611

Esto es algo que podemos verlo en algunos convenios como por ejemplo el Convenio para empresas de publicidad⁸⁷, que desarrollan el ET y recogen expresamente en su art. 63, la embriaguez ocasional como una falta leve, la embriaguez habitual como falta grave y la embriaguez habitual que repercute negativamente en el trabajo como una falta muy grave.

Otro ejemplo también sería el Convenio del Metal en Madrid⁸⁸, el cual no pone el acento en la “habitualidad” sino en la “repercusión negativa”, de forma que una embriaguez ocasional que repercute negativamente en el trabajo sería suficiente para justificar una falta grave y no leve⁸⁹.

Generalmente, cuando la embriaguez sea ocasional, y repercute negativamente en el trabajo, podrá imponérsele al trabajador una sanción pero no el despido. Se puede ver en la STSJ de Asturias, de 19 de septiembre de 2014⁹⁰, como resulta procedente sancionar al trabajador con suspensión de empleo y sueldo de 15 días, por acudir a su puesto de trabajo en un evidente estado de embriaguez causando perjuicio para la empresa y además hay testigos de que el trabajador ya llegó en ese estado en otras ocasiones.

Es decir, al ser el despido disciplinario la máxima sanción, hay que tener en cuenta el principio de proporcionalidad para valorar la conducta del trabajador y la sanción que se le imponga. Por lo tanto es importante volver a mencionar la denominada teoría gradualista, según la cual, para que las infracciones que tipifica el art. 54.2 ET puedan erigirse en causa que justifique la sanción del despido han de alcanzar las notas de culpabilidad y gravedad suficiente, lo que excluye la aplicación de meros criterios objetivos, exigiéndose, análisis individualizados de cada conducta.⁹¹

Cuando la empresa alegue que el trabajador llega al trabajo bajo los efectos del alcohol y repercutiendo esta conducta negativamente en su trabajo, esta debe demostrar que en la conducta del trabajador concurren las notas de habitualidad y

⁸⁷ Resolución de 3 de febrero de 2016 de la Dirección General de Empleo por la que se registra y publica el Convenio colectivo del sector de empresas de publicidad

⁸⁸ Convenio de la Industria, Servicios e Instalaciones del Metal de la Comunidad de Madrid. Vigente de 1 de enero de 2015 a 31 de diciembre de 2017. Publicado en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid el 2 de enero de 2016

⁸⁹ Esto también lo hace el ET

⁹⁰ (Rec. 1623/2014)

⁹¹ F. GARCÍA-NÚÑEZ SERRANO, *La embriaguez habitual o toxicomanía como causa de despido disciplinario*, Actualidad Laboral, nº 22, Sección de Monografías de Jurisprudencia, Quincena del 16 al 31, Dic. 2004, P. 2755, tomo 2, Editorial LA LEY.

que es perjudicial para el trabajo, de lo contrario el despido sería improcedente. Es decir la carga de la prueba recae sobre la empresa.

La embriaguez habitual o toxicomanía hay que tenerla en cuenta no sólo dentro del horario de trabajo sino también fuera del mismo, pero con repercusiones de éste por secuelas que puedan derivarse de aquel hábito. Es irrelevante a efectos laborales la embriaguez o consumo de drogas que tenga lugar fuera del trabajo y sólo si esa conducta privada tiene alguna repercusión en la prestación laboral o en el interés de la empresa podrá ser sancionado por el empresario.⁹²

Es decir, quedarían al margen del poder disciplinario del empresario las conductas del trabajador de embriaguez o toxicomanía pero que solo afecten a su esfera personal sin repercutir negativamente en el rendimiento del trabajo.

Además no todas las profesiones tienen las mismas características, y es evidente que este derecho también se tiene que ajustar a cada puesto de trabajo concreto, de forma que en materia de embriaguez y toxicomanía en el trabajo, hay profesiones como pueden ser los conductores, trabajos con niños, atención al público u otros, que por sus características especiales exigen un mayor rigor en cuanto a la sobriedad del trabajador.

La STSJ de País Vasco de 14 de febrero de 2006⁹³ manifiesta que: “Respecto a su fundamento y justificación, la embriaguez habitual o toxicomanía con repercusión negativa en el trabajo ha sido calificada por la doctrina como un “defecto de conducta” o como una infracción de “deberes conexos con el de disciplina en el trabajo”. La jurisprudencia, sin embargo, no se ha pronunciado sobre la naturaleza de esta causa de despido y sólo en alguna ocasión la ha considerado 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”. 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 del trabajo, y por lo tanto una infracción del deber de

⁹² F. GARCÍA-NÚÑEZ SERRANO, *La embriaguez habitual o toxicomanía como causa de despido disciplinario*, Actualidad Laboral, nº 22, Sección de Monografías de Jurisprudencia, Quincena del 16 al 31, Dic. 2004, P. 2755, tomo 2, Editorial LA LEY. Haciendo referencia a las STSJ de Andalucía de 9 de junio de 2000 (Rec. 462/2000)

⁹³ (Rec. 2926/2005)

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”.

Otro ejemplo de esta causa de despido lo encontramos en la STSJ de Extremadura, de 14 de septiembre⁹⁴. La sentencia de instancia declara procedente el despido decidido por la empleadora por estimar que concurre la causa de despido por embriaguez. Los hechos acaecidos son los siguientes: el trabajador acudió a su centro de trabajo con un evidente olor a alcohol, manifestando a lo largo del día un comportamiento eufórico, hablando en un tono más alto de lo habitual, llegando a proferir voces. Durante la mañana de ese día no estuvo en su puesto de trabajo durante al menos tres horas. Tal comportamiento del actor provocó una situación de nerviosismo en alguno de sus compañeros de trabajo. El trabajador ya había sido sancionado anteriormente por encontrarse en estado de embriaguez en dos ocasiones. En esta ocasión fue sancionado con la sanción más grave en la relación laboral, el despido.

Resuelve el fundamento de derecho segundo de esta sentencia diciendo que: para que la embriaguez sea causa de despido que sea habitual y repercuta negativamente en el trabajo y al respecto ha declarado el Tribunal supremo en Sentencia de 4 de febrero de 1984 que: “El concepto de 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 regulares, lo que en este caso no se da, al no constar otro antecedente que la sanción sufrida en 1974, lo cual trasladando el espíritu de la jurisprudencia penal al derecho disciplinario laboral conduce a la imposibilidad de afirmar la habitualidad en la embriaguez del trabajador despedido, pues, como ya se ha dicho, no es suficiente con su ocurrencia en contadas ocasiones para configurarla como causa justificada de despido disciplinario, aparte de exigirse una repercusión negativa en el trabajo que tiene que probar el empresario.”

Finalmente, como dice el fundamento de derecho tercero, el despido ha de considerarse improcedente.

⁹⁴ (Rec. 315/2015)

2.7. EL ACOSO POR RAZÓN DE ORIGEN RACIAL O ÉTNICO, RELIGIÓN O CONVICCIONES, DISCAPACIDAD, EDAD Y ORIENTACIÓN SEXUAL Y EL ACOSO SEXUAL O POR RAZÓN DE SEXO AL EMPRESARIO O A LAS PERSONAS QUE TRABAJAN EN LA EMPRESA

Esta causa se encuentra regulada en el art. 54.2 g) ET. Este apartado g) fue introducido por la Ley 62/2003 de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, y ha sido nuevamente redactado por la LO 3/2007, de 22 de marzo, para igualdad efectiva de mujeres y hombres.

La justificación de este precepto se encuentra en la posición del empresario como garantía del derecho de integridad física y moral de los trabajadores a su cargo. Asimismo, también se encuentra en el propio derecho a la integridad física o moral del propio empresario.

Se trata de una concreción del derecho constitucional a la dignidad, recogido en el art. 10 CE, y a la integridad física y moral establecida en el art. 15 del mismo cuerpo legal.

En cuanto al acoso laboral, debe recordarse que la Carta Social Europea de 3 de mayo de 1996 alude al mismo mencionando los “actos condenables o explícitamente hostiles dirigidos de modo repetido contra todo asalariado en el lugar de trabajo...”, la Comisión Europea, en declaración de 14 de mayo de 2001, delimita como característica esencial del acoso la concurrencia de “ataques sistemáticos y durante mucho tiempo de modo directo o indirecto...”, mientras que las Directivas de la Unión Europea 43/2001, de 29 de junio, y la 78/2001, de 27 de noviembre, lo consideran como una conducta de índole discriminatoria que atenta contra la dignidad de la persona y crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante y ofensivo. Desde tales puntos de vista, el acoso laboral debe reunir dos elementos, uno objetivo, referido a su vez tanto a una cierta entidad de gravedad como reiteración o permanencia en el tiempo y otro subjetivo, que implica una voluntad específicamente dirigida a infringir al trabajador un trato degradante, humillante o discriminatorio de manera que se excluyen los meros conflictos intersubjetivos por intensos que estos pudieran ser porque la finalidad última del acoso es promover la exclusión del afectado y vencer su resistencia.⁹⁵

⁹⁵ Esta delimitación del acoso laboral la podemos ver en la STSJ de Castilla la Mancha de 8 de enero de 2016 en la cual también hace referencia a una sentencia anterior de 25 de mayo de 2010 (rec. 376/2010)

Además las medidas en contra del acoso también pueden venir especificadas en los convenios colectivos. Como ejemplo, el Convenio colectivo de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos S.A establece en su art. 27 que para la consecución de aquellos fines y para erradicar cualesquiera posibles conductas discriminatorias en la empresa, se adoptarán las medidas oportunas y se acuerda un Plan de Igualdad, que se anexa al presente Convenio colectivo que se ha negociado y aprobado con la representación legal, con el contenido, forma y proceso de elaboración descrito en el capítulo III del Título IV de la Ley Orgánica 3/2007 y el art. 28 dice: “El respeto mutuo por la dignidad de los demás, a todos los niveles dentro del lugar de trabajo, es una de las características que deben potenciarse para el buen funcionamiento de cualquier organización o empresa, por lo que las normas internacionales, comunitarias e internas definen el deber de los empleadores de proteger a los trabajadores y trabajadoras contra el acoso y la violencia en el lugar de trabajo, lo que constituye un objetivo prioritario para la empresa”.

➤ ACOSO LABORAL (EN GENERAL)

Por acoso debe entenderse toda conducta que provenga de un clima de presión y hostigamiento hacia una o más personas, con la finalidad implícita o explícita de obtener favores sexuales, desmoralizar o desmotivar, con propósito definido o no. Consiste en crear un entorno intimidatorio, ofensivo o humillante. Los sujetos pasivos del acoso pueden ser tanto el propio empresario como las personas trabajadoras de la empresa. Se incluirán en este concepto tanto al empresario individual como a las personas que ejerzan el poder de dirección en caso de tratarse de personas jurídicas. Respecto de los trabajadores de la empresa, deben incluirse todas las que tengan vínculo con la empresa y no solo las del centro de trabajo.⁹⁶

El acoso puede provenir tanto de los superiores jerárquicos como de los compañeros de trabajo. En el caso de que el acoso provenga de la dirección de la empresa el trabajador podría ampararse en el art. 50 ET para solicitar la extinción de la relación laboral. Cuando el acoso provenga de los compañeros, el empresario está obligado a prevenir ese tipo de conductas y a sancionarlas en el caso de producirse. La falta de prevención por parte del empresario podría constituir una sanción muy grave sancionable administrativamente (art. 8.13 bis de RDL 5/2000).

⁹⁶ F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, *La causalidad del despido disciplinario*, Cit. P. 211.

Para que la conducta del trabajador sea causa de despido no se exige que dicha conducta sea reiterada, pero si sería exigible esta característica de la reiteración para imputar al empresario una conducta de acoso moral o *mobbing*.

➤ ACOSO SEXUAL

En cuanto al tema del acoso sexual y acoso por razón de sexo, el art. 7 de la LO 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres nos dice literalmente que: “ 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. 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 crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo. Se consideran en todo caso discriminatorio el acoso sexual y el acoso por razón de sexo. El condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo se considerará también acto de discriminación por razón de sexo.

Dentro de este concepto de acoso sexual definido en el art. 7, también se vienen distinguiendo de forma pacífica por parte de la doctrina y la jurisprudencia dos tipos de acoso sexual, el acoso de intercambio, también llamado chantaje sexual o *quid pro quo*, y el acoso ambiental.

Las conductas constitutivas de acoso sexual pueden ser muy variadas y de distinta intensidad. En ocasiones nos encontramos ante un solo episodio pero puede ser de tal intensidad y gravedad que puede merecer esa calificación y en otros casos se dará una repetición de la misma o distintas conductas.

Podemos estar ante conductas de carácter verbal o físicas, con muy distinta tipología, como pueden ser miradas y gestos, realizar observaciones de doble sentido o insinuantes, bromas, mostrar material pornográfico, realizar propuestas comprometedoras, agresión sexual, violencia física, etc.⁹⁷

⁹⁷ M. B. FUSTER GIMÉNEZ, *Conductas constitutivas de acoso sexual en el trabajo y repercusiones*, Monografía: “El plan de igualdad y la responsabilidad social de la empresa”, [online], 23/3/2011, [consultado: 30/03/16]; [disponible en: <http://portaljuridico.lexnova.es/articulo/JURIDICO/54949/conductas-constitutivas-de-acoso-sexual-en-el-trabajo-y-repercusiones>]

El instituto de la Mujer, en el estudio sobre acoso sexual agrupa como constitutivas de acoso leve, grave o muy grave distintas conductas. Algunos ejemplos de cada una de ellas son los siguientes:

- LEVE: chistes de contenido sexual sobre la mujer, piropos o comentarios sexuales sobre las trabajadoras, acercamiento excesivo, etc.
- GRAVE: hacer preguntas sobre su vida sexual, insinuaciones, etc.
- MUY GRAVES: acorralamiento, tocamientos, besos no deseados, etc.

Estos dos tipos de acoso sexual, el chantaje sexual y el acoso ambiental la doctrina los explica del siguiente modo. El chantaje sexual se produce cuando el trabajador es requerido sexualmente, implícita o explícitamente por el empresario o un superior jerárquico con la promesa de experimentar una mejora en sus condiciones laborales o de sufrir un daño en ellas en función de si acepta o no el requerimiento formulado. En cambio, el acoso sexual ambiental se produce cuando el sujeto activo del acoso sexual crea un entorno intimidatorio, hostil o humillante para el trabajador, sin que tal comportamiento conlleve una repercusión negativa en las condiciones de trabajo. Para que exista acoso sexual con relevancia jurídica se precisan tres requisitos: Solicitud en el ámbito sexual por parte del demandado, un rechazo de modo inequívoco de la persona receptora y una actitud persistente del solicitante una vez conocida la negativa.⁹⁸

La STSJ de Canarias de 29 de septiembre de 2005⁹⁹ entiende que: “El acoso sexual comprende tanto las agresiones físicas como psíquicas y tanto las conductas condicionantes de la contratación como las posteriores a la misma, pudiendo provenir tanto de los actos de superiores como de compañeros de trabajo o incluso de terceros ajenos a la empresa. El acoso puede afectar a la seguridad, salud y a la integridad física y moral del trabajador, en este sentido el empresario está obligado a adoptar medidas para prevenir los riesgos”.

El Parlamento Europeo en su sesión de 12 de junio de 2002 ha considerado el acoso sexual como una discriminación por razón de sexo, diferenciando entre:

⁹⁸ A. GONZALEZ GONZALEZ, *El Despido. Análisis práctico de los Aspectos sustantivos y procesales*. Cit. P. 51-52

⁹⁹ (Rec. 1078/2004)

- Acoso relacionado con el sexo o acoso sexual ambiental.
- Acoso sexual en sentido propio.

El acoso sexual ambiental es la situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante u ofensivo y por otra parte el acoso sexual en sentido propio es la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual que tenga por objeto o efecto atentar contra la dignidad de una persona, y en particular, contra su libertad sexual.

Además, como requisitos fundamentales para que exista acoso sexual se señalan:

- Que se trate de manifestaciones de claro contenido sexual o libidinoso.
- Que se produzcan en el lugar de trabajo
- Que se dé un comportamiento no deseado
- Que el mismo revista una gravedad suficiente, por su intensidad, reiteración y efectos sobre la salud mental del trabajador o trabajadora.

➤ ACOSO MORAL O MOBBING

A continuación vamos a referirnos al acoso moral o “mobbing”.

La STSJ Galicia de 16 de enero de 2004¹⁰⁰ dice que la esencia del mobbing, la tendenciosidad del comportamiento abyecto, es la denigración laboral que busca provocar la autoeliminación del trabajador (abandono laboral o en su defecto baja médica). Este elemento teológico, es fundamental tenerlo siempre presente en toda definición de mobbing, pues si algo caracteriza a este es su objetivo: que la persona se elimine laboralmente, mediante su ataque psicológico. De aquí se deduce que el repudio por parte de la conciencia social laboral, deriva de dos vías, tanto por buscar la denigración laboral como por buscar la autoeliminación.

La denigración laboral es algo que está prohibido por el ordenamiento jurídico y es conocido. Se estima que comprende todos los supuestos posibles de tendenciosidad. La búsqueda de la denigración laboral es una acepción que se queda en la esfera

¹⁰⁰ (Rec. 4556/2003)

laboral, con lo que también parece más acertado que la referencia a la patología, a la búsqueda del daño psicológico.¹⁰¹

La búsqueda de la autoeliminación es un aspecto esencial, y es especialmente repugnante para la moral social colectiva tanto por las consecuencias que tiene para la víctima como por su cobardía. En lugar de plantear el conflicto de forma que se resuelva con las reglas laborales vigentes (indemnización por despido improcedente, acuerdo pactado para la extinción de la relación laboral, etc.), se busca alcanzar un acto unilateral del adversario, con la obvia pretensión de sortear su amparo legal. Una vez que el propio sujeto pasivo de la presión, quien solicita el abandono del puesto de trabajo – definitivo o médico -; el objetivo del mobbing se ha cumplido, y el fraude a la ley se ha consumado. Resumiendo todo lo anterior en una sola frase, se resuelve a su vez la litis, esta sería: Mobbing es la presión laboral tendente a la autoeliminación de un trabajador mediante su denigración.

Igualmente la STSJ de Madrid de 3 de febrero de 2016¹⁰² también nos dice que ha habido diversos intentos para acotar el mobbing pero los más relevantes son tres:

- I) Quienes entienden que se trata del fenómeno en que una persona o grupo de personas ejerce una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente (al menos una por semana) y durante un tiempo prolongado (más de seis meses), sobre otra persona en el lugar de trabajo, con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr finalmente que esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo.
- II) El expuesto por la Comisión Europea, que en un intento de aquilatar el concepto definía el “mobbing” el 14 de mayo de 2001 como un comportamiento negativo entre compañeros o entre superiores e inferiores jerárquicos, a causa del cual el afectado es objeto de acoso y ataques sistemáticos y durante mucho tiempo, de modo directo o indirecto, por parte de una o mas personas con el objetivo o el efecto de hacerle el vacío.
- III) Jurídicamente ha sido definido como presión laboral tendente a la autoeliminación de un trabajador mediante su denigración laboral y por lo tanto los elementos son: presión, laboral y tendenciosa.

¹⁰² (Rec. 782/2015)

Hay que tener en cuenta que por la doctrina se ha venido señalando desde un principio, ante la ausencia de regulación específica y de definición legal al respecto, que ello no suponía en modo alguno la existencia de un vacío de regulación, poniendo de relieve que en todo caso las lagunas legislativas pueden y deben corregirse e integrarse por los usuales instrumentos de interpretación, ya extensiva (ampliación a supuestos de hecho contemplados expresamente en la norma por su identidad), ya analógica (ampliando a supuestos no contemplados pero con identidad de razón), ya evolutiva y teleológica (art. 3.1 CC en relación con los arts. 1.1, 9 y 10 CE), que exige una interpretación de todas las normas, y todos los comportamientos públicos o privados conforme a los principios jurídicos generales y sobre todo conforme al principio de efectividad máxima de los derechos fundamentales y libertades públicas.

La STSJ de Andalucía de 3 de febrero de 2009¹⁰³ también se manifiesta en el mismo sentido y define mobbing como “presión laboral tendente a la autoeliminación de un trabajador mediante su denigración”.

Analizando este concepto se pueden destacar tres requisitos los cuales ya hemos señalado anteriormente con la STSJ de Madrid de 3 de febrero de 2016¹⁰⁴:

1. Presión: para que pueda hablarse de mobbing es necesario que se ejerza una presión y que la víctima la sienta. Por presión se entiende toda conducta que desde un punto de vista objetivo puede ser percibida como un ataque.
2. Laboral: la presión ya mencionada debe ser consecuencia de la actividad laboral que se realiza en el lugar de trabajo y cometida por miembros de la empresa.
3. Tendenciosa: es decir debe responder a un plan, explícito o implícito. Este plan requiere que sea permanente en el tiempo.

Además la Sala III del TS en sentencia 16-2-11 (rec. 593/2008) también ha tenido ocasión de definir el acoso y lo ha hecho considerando como tal “aquella conducta abusiva o violencia psicológica a que se somete de forma sistemática a una persona en el ámbito laboral, manifestada especialmente a través de reiterados comportamientos, palabras o actitudes que lesionen la dignidad o integridad psíquica del trabajador y que pongan en peligro o degraden sus condiciones de trabajo”. Además añade que estas actitudes de hostigamiento conducen al aislamiento del interesado en el marco laboral, produciéndole ansiedad, estrés, pérdida de autoestima

¹⁰³ (Rec. 1275/2008)

¹⁰⁴ (Rec. 782/2015)

y alteraciones psicosomáticas, y determinando en ocasiones el abandono de su empleo por resultarle insostenible la presión a que se encuentra sometido.¹⁰⁵

Los mecanismos del mobbing admiten pluralidad de formas que van desde las actitudes más groseras y violentas (bullying) a las técnicas de mayor sutileza (medidas organizativas del trabajo que resulten peyorativas para el afectado, actitudes de aislamiento en el seno de la empresa, críticas, rumores o subestimaciones y que pueden tener por sujeto activo tanto a compañeros de trabajo (mobbing horizontal) como al personal directivo (bossing), el que incluso puede ser sujeto pasivo (mobbing vertical ascendente); aunque sin duda, el más característico y usual es el que parte de una relación asimétrica de poder (mobbing vertical descendente). Pero, en todo caso, la situación de acoso laboral requiere determinados componentes objetivos (presión continuada, relación de causalidad con el trabajo, falta de amparo en el poder de dirección y gravedad en la conducta empleada) y subjetivos (intencionalidad denigratoria y carácter individualizado, que no colectivo, del destinatario). Estos requisitos han de servir para diferenciar esta figura de otras afines, cual es el “síndrome del quemado” (burn-out, o estrés laboral avanzado que se caracteriza por síntomas de cansancio emocional y sentimiento de inadecuación o frustración profesional); o el mobbing subjetivo o falso, en los que las percepciones personales del trabajador no se corresponden con los datos, objetivos y subjetivos, que están presentes en el desarrollo de su actividad laboral, en la que faltan los referidos elementos que caracterizan el acoso moral. Pero en todo caso, los elementos del acoso permiten distinguir entre lo que propiamente es hostigamiento psicológico y lo que resulta defectuoso ejercicio, abusivo o arbitrario, de las facultades empresariales, pues en el primero se lesionan derechos fundamentales de la persona, básicamente su dignidad e integridad moral, en tanto que el segundo se limita a comprometer estrictos derechos laborales; diferencia que incluso puede predicarse de la motivación, dado que el hostigamiento se aprecia intención de perjudicar al trabajador en el ejercicio indebido de la actividad directiva prima el interés.¹⁰⁶

Esta causa extintiva será eficaz en los supuestos en los que el acoso moral no sea querido o consentido por la empresa, ya que a esta le atañe el ejercicio del poder

¹⁰⁵ P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN; E. MENÉNDEZ SEBASTIAN, *El Acoso laboral como fuente de responsabilidad patrimonial de la administración. Criterios de actuación y valoración*; *Revista jurídica de Castilla y León*; [online]; nº 38; enero de 2016, [consultado: 29 de marzo de 2016]; [Disponible en: <http://www.diba.cat/documents/467843/66058236/El+acoso+laboral+como+fuentes+de+responsabilidad+patrimonial+de+la+Administraci%C3%B3n.+Criterios+de+actuaci%C3%B3n+y+valoraci%C3%B3n.pdf/36bf95a8-2e65-4acc-862e-2f9de59199c7>]; ISSN: 2254-3805

¹⁰⁶ Sala III del TS en sentencia de 16 de febrero de 2011 (rec. 593/2008)

disciplinario y si existe complicidad con el trabajador actuante o una actuación pasiva por parte de la empresa, este motivo disciplinario carecerá de virtualidad práctica.¹⁰⁷

Un ejemplo de acoso por razón de origen racial es la STSJ de Zaragoza de 24 de junio¹⁰⁸. En el caso de autos la trabajadora fue despedida por la comisión de una falta muy grave prevista en el art. 54.2 g) ya que la trabajadora, maltrató verbalmente a una compañera suya con insultos racistas y ofensivos, a gritos y en presencia de la dirección de la empresa y de varios compañeros, entre otros: “puta mora”, “te voy a matar porque eres una puta mora”, entre otros. Además, estos comportamientos ya habían ocurrido con anterioridad y en diversas ocasiones, lo que supone una reiteración de una conducta racista y xenófoba.

El fundamento de derecho cuarto resuelve que: “se trata de un incumplimiento contractual subsumible en el art. 54.2 c) del ET, relativo a “las ofensas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos”, y en el Acuerdo Laboral del ámbito estatal de la hostelería, que considera falta muy grave “los malos tratos de palabra u obra, abuso de autoridad o falta grave al respeto y consideración al empresario, personas delegadas por éste, así como demás trabajadores y público en general”. En definitiva, la gravedad de la conducta de la actora, consistente en un insulto racista seguido de una agresión, justifica su despido disciplinario, y declarando procedente su despido.

3. LOS REQUISITOS FORMALES DEL PROCEDIMIENTO

3.1 CONTENIDO DE LA CARTA

Cuando una empresa decide despedir a un trabajador alegando alguna de las causas previstas en el ET (art. 54) o en el convenio colectivo aplicable, tiene que notificar su decisión al trabajador por escrito mediante la denominada carta de despido.

En el artículo 55.1 del Estatuto de los trabajadores se señala que “el despido deberá ser notificado por escrito al trabajador haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos. Por convenio colectivo podrán establecerse otras exigencias formales para el despido”.

¹⁰⁷ J. GORELLI HERNÁNDEZ Y T. GÓMEZ ÁLVAREZ, *El Despido disciplinario*. Cit. P.184

¹⁰⁸ (Rec. 364/2015)

Estos requisitos que se señalan en el art. 55.1 ET dan lugar a que la carta sea un acto formal y recepticio. Tales requisitos de contenido y forma tiene como finalidad cumplir un triple objetivo:¹⁰⁹

- Dar a conocer al trabajador los cargos que motivan su despido a fin de que pueda impugnarlos, proponiendo la práctica de las pruebas que considere oportunas.
- Delimitar los términos de la controversia judicial, al no poder el empleador alegar hechos distintos de los recogidos en la carta de despido.
- Fijar el día a partir del cual comienza a computarse el plazo del que dispone el trabajador despedido para reclamar en el caso de disconformidad con la decisión empresarial.

Los requisitos formales de la carta de despido son de derecho necesario absoluto, de forma que su incumplimiento da lugar a la improcedencia del despido por razones formales. El carácter instrumental de las formas implica que éstas se apliquen de acuerdo con la finalidad a la que sirven, por lo que un defecto formal sólo adquiere relevancia en esta materia cuando la irregularidad ha supuesto una efectiva disminución de las garantías que la ley le otorga al trabajador.¹¹⁰

Los requisitos de la carta de despido son los siguientes:

3.1.1. NOTIFICACIÓN

En cuanto a la notificación, se realiza a través de la carta o boletín de despido, y deberá hacerse al trabajador personalmente, mediante todos los medios razonables de los que disponga el empresario, como la entrega en el centro de trabajo, en el domicilio del trabajador con acuse de recibo, carta certificada, notificación notarial, etc. Aunque la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de despido tácito (sin mediar carta de despido) para la reclamación del trabajador cuando existan hechos concluyentes de la voluntad del empresario de resolver el contrato¹¹¹.

Las acusaciones que se le hagan al trabajador en la carta no pueden ser genéricas ni indeterminadas¹¹², pero tampoco es necesario una descripción exhaustiva de los

¹⁰⁹ STSJ de Canarias de 28 de enero de 2013 (Rec. 801/2012)

¹¹⁰ STSJ de Madrid de 27 de junio de 2011 (Rec. 832/2011)

¹¹¹ J. R. MERCADER UGUINA, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, 6ªed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, P. 573.

¹¹² STSJ de Madrid de 29 de enero de 2016 (Rec. 874/2015)

comportamientos que se le reprochan. El objeto de esto es que el trabajador identifique los hechos que le imputan para que pueda defenderse en el juicio.¹¹³

Se exige que la comunicación escrita proporcione al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan para que, comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquéllos, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa. Cuando la comunicación sólo contiene imputaciones genéricas e indeterminadas que perturban aquella defensa y atentan al principio de igualdad de partes al constituir, en definitiva, esa ambigüedad una posición de ventaja de la que puede prevalerse la empresa en su oposición a la demanda del trabajador.¹¹⁴

La tarea de probar que la carta de despido fue entregada al trabajador recae sobre el empresario. En caso de que el trabajador despedido se negara a recibir la carta, la empresa no estará obligada a intentar otro tipo de notificación. Si el trabajador se niega a firmar la carta el empresario deberá solicitar la presencia de un representante de los trabajadores para que éste confirme la negativa y en caso de que la presencia del representante no fuese posible, deberán estar presentes dos testigos.¹¹⁵

El receptor de la carta deberá ser el propio trabajador, admitiéndose también la notificación a cualquier persona de su entorno cuando sea imposible su localización o se niegue a recibirla.¹¹⁶ Incluso es posible que se publique su despido en el tablón de anuncios de la empresa siempre y cuando no sea posible comunicárselo de otro modo y en casos extraordinarios.¹¹⁷

¹¹³ I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *Manual de derecho del trabajo*, Cit. P. 645

¹¹⁴ M. L. GARCÍA PAREDES, *Despido disciplinario: Carta de despido (1)*, Actualidad Laboral, Nº 10, Sección de Sentencias Ejemplares, Octubre 2013, Ref. 383, pág. 1294, tomo 1, Editorial LA LEY, (LA LEY 6877/2013). Hace referencia a la STSJ de Galicia de 18 de marzo de 2005 (Rec. 674/2005), en la cual la carta remitida al trabajador demandado decía "... últimamente y de manera reiterada les están acosando en su puesto de trabajo, profiriéndoles todo tipo de insultos, amenazas y descalificaciones e incluso intentando intimidarles...". Primeramente la sentencia de instancia declaró procedente el despido pero luego la Sala de lo Social del TSJ que declara la improcedencia del despido, al considerar que la carta de despido no concreta de forma suficiente los hechos imputados, pues no detallan los insultos, amenazas y descalificaciones, ni tampoco las fechas en que tuvieron lugar.

¹¹⁵ A. GONZALEZ GONZÁLEZ, *El Despido. Cuestiones Prácticas, Jurisprudencia y preguntas con respuesta*, Lex Nova, Valladolid, 2009, P.51

¹¹⁶ A. GONZALEZ GONZALEZ, *El Despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*. Cit. P. 59

¹¹⁷ J. GORELLI HERNÁNDEZ Y T. GÓMEZ ÁLVAREZ, *Los Requisitos Formales del despido disciplinario*, Consultado el 13/6/16; Disponible en <
<http://www.difusionjuridica.com.bo/bdi/biblioteca/biblioteca/libro165/lib165-3.pdf>>

3.1.2. HECHOS

Los hechos deberán ser descritos en la carta de despido de tal forma que el trabajador entienda las causas de su despido y pueda concretarlas para su posterior defensa. No es necesaria una precisión absoluta de las conductas imputadas, pero si una indicación clara y concreta de las mismas.

La exigencia legalmente establecida de que la carta de despido determine los hechos que lo motivaron responde a la necesidad de impedir la indefensión del trabajador y constituye una garantía de la Ley le otorga para que, si impugna el despido, lo haga con conocimiento de los hechos que se le imputan y prepare los medios necesarios para su defensa.¹¹⁸

En caso, de que se produzca un juicio, la LJS, en su art. 105, señala que, corresponderá al empresario “la carga de probar la veracidad de los hechos imputados en la carta de despido como justificativos del mismo” y además “no se le admitirán en el juicio otros motivos de oposición a la demanda del trabajador que los contenidos en la comunicación escrita del despido”.

En la STSJ de Asturias de 30 de diciembre¹¹⁹, la trabajadora fue despedida recibiendo la correspondiente carta de despido, pero en ella no se relataban los hechos que habían llevado a la empresa a tomar esa decisión. La empresa alegó que el motivo de ello era la imposibilidad para redactar una carta de despido más detallada, afirmando que era la demandante la que disponía de la información necesaria al ejercer los poderes y funciones que le permitían el control de la actividad y añaden que la trabajadora tenía el conocimiento anticipado y suficiente de los hechos imputados y que solo después del despido la empresa adquirió el conocimiento de más datos sobre los incumplimientos de la trabajadora.

El fundamento de derecho primero resolvió que: “la indeterminación de la carta no puede sustituirse apelando al conocimiento por la demandante de los hechos o de la denuncia presentada por la administradora de la sociedad. En primer lugar, porque el art. 55.1 ET considera que la carta de despido es el documento en el que ha de transmitirse a la trabajadora afectada la información necesaria sobre los hechos imputados. En segundo lugar, ya que el escrito notificado a la demandante no hace

¹¹⁸ A. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*. Cit. P. 59

¹¹⁹ (Rec. 2647/2014)

remisión directa o tácita a ese conocimiento previo o a esa denuncia; por el contrario, solo efectúa una alusión a la denuncia como acontecimiento futuro.”

La desatención por la empresa de los requisitos de forma básicos de la carta de despido causa la improcedencia del despido (art. 55.4 ET).

3.1.3. FECHA

En la carta de despido deberá figurar la fecha a partir de la cual tendrá efectividad el despido, no es preciso que haga referencia a un día determinado, siendo suficiente que de su redacción se desprenda cuál es el momento en que se vaya operar el mismo. Puede ser la misma que a la entrega de la carta o posterior, pero nunca anterior a dicha entrega¹²⁰.

En los supuestos en los que coincida la fecha de efectividad del despido y la de recepción de la carta no habrá problema alguno. Cuando esta coincidencia no exista, se producirán una serie de problemas. Si la fecha de la carta de despido es anterior a la fecha de su recepción, debe entenderse como fecha de efectividad del despido la fecha en la que se recibió. Normalmente la fecha de efectos del despido será en la que se produzca el cese efectivo.¹²¹

Concretar la fecha en la que comienza el despido es importante, en primer lugar, para determinar a partir de qué fecha el empresario extingue el contrato de trabajo y deja de producir efectos, y, en segundo lugar, porque a partir del día siguiente hábil al de la fecha de efectos del despido, comienza a correr el plazo de caducidad de la acción para la impugnación del despido¹²².

Este plazo de impugnación mencionado es de 20 días hábiles, como se señala en el artículo 59.3 ET, y se suspenderá por la presentación de la solicitud de conciliación ante el órgano público de mediación, arbitraje y conciliación competente.

En la STSJ de Cataluña de 27 de marzo de 2013¹²³ el tribunal argumentaba que, aunque en la carta del despido no constaba expresamente la fecha de efectos del despido, tal requisito no resultaría imprescindible, pues sin negarle su importancia, hay que examinar la redacción total de la carta. Así en este caso, la fecha se consideró de

¹²⁰ J. R. MERCADER UGUINA, *Lecciones de Derecho de Trabajo*, Cit. P.573

¹²¹ A. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*. Cit. P. 60

¹²² A. GONZALEZ GONZALEZ, *El Despido. Cuestiones Prácticas, Jurisprudencia y preguntas con respuesta*, Cit. P. 53

¹²³ (Rec. 121/2012)

fácil deducción permitiendo al trabajador presentar la demanda en los 20 días siguientes. Pero en cambio, el Tribunal Supremo recordó su pronunciamiento en la materia en la sentencia de 21 de septiembre de 2005¹²⁴ y determinó que los art. 55.4 ET y el 108 LPL no dejan lugar a dudas sobre los efectos de la omisión de los requisitos legales exigidos por el art. 55.1 ET para el despido, entre los que se halla la omisión de la fecha de efectos, con lo cual se declararía improcedente del despido.

3.2 FORMALIDADES DE LOS DESPIDOS DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES

El art. 1 del Convenio nº 135 de la OIT¹²⁵ expone que “los representantes de los trabajadores en la empresa deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, 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”.

El tercer párrafo del artículo 55.1 del ET señala que, si el trabajador afectado por el despido disciplinario fuese representante legal de los trabajadores o delegado sindical, se debe proceder a la apertura de expediente contradictorio, en el que serán oídos además del propio trabajador, los restantes miembros de la representación a que perteneciere si los hubiera, dicho expediente deberá aportarlo la empresa en el proceso de despido.

Esto se confirma en el artículo 68 del ET, en el cual se enumeran una serie de garantías que tienen los delegados de personal, miembros de comités de empresa como representantes de los trabajadores, en el apartado a) nos dice: “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”. Y en su apartado c) “No ser despedido no 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...”.

¹²⁴ (Rec. 822/2004)

¹²⁵ Convenio relativo a la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa (Entrada en vigor: 30 de junio 1973)

Estas garantías se encuentran protegidas también en la LRJS. El art. 104 LRJS indica que “Las demandas por despido, además de los requisitos generales previstos, deberán contener los siguientes (...) c): “Si el trabajador ostenta, o ha ostentando en el año anterior al despido, la cualidad de representante legal o sindical de los trabajadores, así como cualquier otra circunstancia relevante para la declaración de nulidad o improcedencia o para la titularidad de la opción derivada en su caso”. Y el art. 106.2 LRJS se dispone que: “En los despidos de miembros del comité de empresa, delegados de personal o delegados sindicales habrá de aportarse por la demandada el expediente contradictorio legalmente exigido”

En cuanto al expediente contradictorio¹²⁶, su finalidad es “la de depurar con mayor garantía y objetividad la conducta de estos trabajadores cualificados por su función social; por ello 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 trabajadores”¹²⁷

En la STS de 4 de mayo de 2009¹²⁸ se plantea si la exigencia de tramitación de expediente contradictorio a efecto de despido exigida por convenio puede entenderse cumplida con el hecho de transmitir al trabajador los hechos imputados en una reunión y comunicarle ese mismo día el despido, tema sobre el que, conforme a previa jurisprudencia se indica que “el expediente disciplinario previo consiste esencialmente en la realización de una serie de trámites en los que se ha de dar noticia al expedientado de los hechos que se le imputan y también se le ha de dar la oportunidad de contestar a tales imputaciones”, “lo que exige e impone por naturaleza y fines de este expediente es que el afectado conozca los hechos que se le imputan y pueda formular las pertinentes alegaciones en contra, amén de que se oiga a los demás miembros del Comité o Delegados de personal”.¹²⁹

Con lo cual el expediente contradictorio debe tener el siguiente contenido:

- La comunicación del pliego de cargos al trabajador afectado y a los representantes legales de los trabajadores. El pliego de cargos debe contener con claridad los hechos que se le imputan al trabajador para posibilitar una

¹²⁶ Es importante mencionar que el expediente contradictorio es un requisito formal aplicable a los despidos de representantes de los trabajadores o delegados sindicales, pero al tratarse de un requisito favorable puede establecerse por convenio colectivo que se aplique también a un trabajador que no ostente tal condición.

¹²⁷ STS de 30 de marzo de 1988 (Rec. 2349/1988)

¹²⁸ (Rec. 789/2008)

¹²⁹ STSJ de Madrid de 22 de junio de 2012 (Rec. 1994/2012)

defensa adecuada. El trabajador puede responder con un pliego de descargos en el cual acepte, niegue o matice los cargos imputados y con la posibilidad de solicitar la proposición de pruebas que considere oportunas para la defensa.

- La audiencia previa tanto al trabajador como a los representantes.

No existe un plazo determinado para la tramitación del expediente, por lo que, en defecto de convenio colectivo, el TS ha señalado que será un plazo razonable en función de la laboriosidad necesaria para la determinación de las faltas imputadas, no pudiéndose alargar innecesariamente favoreciendo, de este modo, al causante del retraso. Por otra parte, la comunicación de apertura del expediente debe contener el plazo de audiencia, que será el adecuado para permitir al trabajador formular sus alegaciones y en el que podrá responder al pliego de cargos con el denominado pliego de descargos donde puede aceptar, negar o matizar los cargos imputados.¹³⁰

Cuando el despido se declare procedente se producirá el cese del representante en las funciones de representación y cuando el despido sea declarado improcedente por defectos formales y se realice un nuevo despido en los siete días siguientes a la notificación de la sentencia, deberán excluirse de ese plazo los días invertidos en la tramitación del expediente contradictorio, siempre que se inicie dentro de los siete días y tenga una duración razonable.¹³¹

Por último también hay que añadir que cuando se califique de improcedente el despido de un representante legal de los trabajadores, la opción entre la readmisión y la indemnización le corresponderá a éste y no a la empresa. Pero esto lo veremos más adelante.

3.3 FORMALIDADES DE LOS DESPIDOS DE LOS TRABAJADORES AFILIADOS A UN SINDICATO

En el cuarto párrafo del artículo 55.1 del ET señala que, si el trabajador objeto de despido disciplinario estuviera afiliado a un sindicato y al empresario le consta, deberá dar audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical correspondiente a dicho sindicato.

Igualmente en el art. 10.3 LOLS, se enumeran una serie de derechos que tienen los delegados sindicales entre las que están “ser oídos por la empresa previamente a la

¹³⁰ A. GONZALEZ GONZALEZ, *El Despido. Cuestiones Prácticas, Jurisprudencia y Preguntas con Respuesta*, Cit. P. 56

¹³¹ A. GONZÁLEZ GONZÁLEZ. *El Despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*. Cit.

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 éstos últimos”.

La audiencia previa consistirá en una reunión en la que el delegado sindical defenderá los intereses del afiliado antes de que se produzca el despido. La finalidad será influir en la decisión del empresario.

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”, por medio de una “defensa sindical preventiva del trabajador afiliado”¹³²

Para que nazca el deber de audiencia previa al empresario debe constarle la afiliación sindical del trabajador despedido, como señala el art. 55.1 ET.

La carga de la prueba de que el empresario conocía su condición de afiliado recae sobre el trabajador, pero no en cualquier momento sino en la fecha del despido.¹³³

Para que pueda exigirse la audiencia previa al despido de un trabajador afiliado a un sindicato, y declararse la improcedencia del despido por falta de ese requisito formal, es preciso que exista en la empresa, por tener el número de trabajadores necesario, un Delegado sindical que haya sido nombrado como tal y cuyo nombramiento haya sido dado a conocer a la empresa para que esta asuma las cargas y obligaciones que le corresponde en relación con este órgano de representación sindical.¹³⁴

La falta de audiencia previa a los delegados sindicales, cuando sea exigible, originará la declaración de improcedencia del despido del trabajador afiliado.

3.4 EL DESPIDO FORMALMENTE INCORRECTO

El artículo 55.2 del ET dispone que: “si el despido se realiza inobservando lo establecido en el apartado anterior, el empresario podrá realizar un nuevo despido en el que cumplieren los requisitos omitidos en el precedente. Dicho nuevo despido, que sólo surtirá efectos desde su fecha, sólo cabrá efectuarlo en el plazo de veinte días”¹³⁵,

¹³² STS de 23 de mayo de 1995 (Rec. 2313/1994)

¹³³ STSJ de Andalucía de 2 de mayo de 2013 (Rec. 532/2013)

¹³⁴ I. GARCÍA-PERROTE, *Manual de Derecho del trabajo*, Cit. P. 642

¹³⁵ Según el art. 5 CC el plazo de los 20 días debe realizarse sin la exclusión de los días inhábiles.

a contar desde el siguiente al del primer despido. Al realizarlo, el empresario pondrá a disposición del trabajador los salarios devengados en los días intermedios, manteniéndole durante los mismos en alta en la Seguridad Social.”

Según la STSJ de Castilla y León de 25 de abril de 2006¹³⁶, “Una vez practicado un despido el empresario tiene dos cauces para extinguir unilateralmente la relación laboral de otra forma distinta al mismo: o subsanando el despido conforme al artículo 55.2 del Estatuto de los Trabajadores, o aceptando la calificación de improcedencia o nulidad, readmitiendo al trabajador y practicando un nuevo despido conforme al artículo 110.4 de la LPL¹³⁷, cuya legalidad podría ser enjuiciada en un nuevo proceso.”¹³⁸

Lo que pretende regular este art. 55.2 ET es la posible situación en la que se puede encontrar un empresario que después de despedir a un trabajador y dicho despido se llevó a cabo sin cumplir las formalidades exigidas en el art. 55.1 ET.

En este caso el despido producido sin la observancia de los requisitos formales exigiría declarar el despido improcedente de conformidad con las previsiones estatutarias contenidas en el art. 55.4, pero lo que ha pretendido el legislador es posibilitar al empresario a subsanar los defectos formales de la demanda.¹³⁹

Esta subsanación, la cual beneficia al empresario, se ha llevado a cabo imponiendo una serie de requisitos para no perjudicar los derechos del trabajador y por lo tanto en lugar de calificar la subsanación del primer despido como tal, lo que ha hecho el legislador es darle la consideración de nuevo despido a partir del cual empezará a contar de nuevo el plazo para el ejercicio de la posible acción por parte del trabajador contra el mismo.¹⁴⁰

El plazo de los 20 días se tratará de un plazo de caducidad, puesto que tiene establecido un límite insuperable de 20 días que no es posible sobrepasar ni subsanar, dados los términos en los que se halla concebido en una norma que puede

¹³⁶ (Rec. 514/2006)

¹³⁷ Actualmente el art. 110.4 de la 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”.

¹³⁸ Igualmente se señala en la STS de 27 de marzo de 2006 (Rec. 1034/2005) añadiendo que: “No puede admitirse que durante el periodo de tramitación se practiquen nuevos despidos cautelares, por si el primero se declarase improcedente o nulo, puesto que no puede extinguirse lo que ya está extinguido”.

¹³⁹ STS de 10 de noviembre de 2004 (Rec. 5837/2003)

¹⁴⁰ I. GARCÍA- PERROTE ESCARTÍN, *Manual de derecho del trabajo*, Cit. P. 645

considerarse de orden público dada la finalidad garantista que preside. Si la subsanación se produce dentro del plazo habrá que entender que estamos ante un segundo despido, contra el que, en su caso, habrá de accionar el trabajador, mientras que si la subsanación se produce fuera del plazo no tendrá ningún valor como nuevo despido y habrá que estar al primero con todas sus consecuencias negativas para el empleador.¹⁴¹

La validez de esa subsanación transformada por imperio de la ley en un nuevo despido se ha condicionado al cumplimiento de otro límite garantista, que es que la acción se lleve a cabo dentro de veinte días, y, a su vez, ha exigido que el empleador al realizar el despido ponga a disposición del trabajador los salarios devengados en los periodos intermedios y lo mantenga durante los mismos en alta en la Seguridad Social.¹⁴²

4. CALIFICACIÓN DEL DESPIDO DISCIPLINARIO

En base al artículo 55.3 ET, el despido, una vez que haya sido impugnado por el trabajador ha de ser calificado como procedente, improcedente o nulo.

El juez en el fallo de la sentencia deberá calificar el despido de alguna de las formas anteriormente mencionadas, sin que el fallo pueda contener una calificación distinta.

Según tiene declarado el TS, la sanción de despido ha de ser objeto de interpretación restrictiva y su específica naturaleza obliga a llevar a cabo un estudio de todas las circunstancias constitutivas de grave antijuridicidad.¹⁴³

Según la doctrina gradualista (anteriormente mencionada), creada y aplicada por el TS de forma reiterada, se han de apreciar las circunstancias concurrentes en cada caso, y especialmente la existencia de gravedad y culpabilidad en las faltas imputadas, insistiéndose en que el despido disciplinario exige la prueba plena de una acción u omisión del trabajador que sea grave, culpable y tipificada por la normativa laboral, requisitos para cuya apreciación han de ponderarse de forma particularizada todos los aspectos subjetivos y objetivos concurrentes, teniendo en cuenta los antecedentes y

¹⁴¹ STSJ de País Vasco de 16 de noviembre de 2004 (Rec. 2163/2004)

¹⁴² A. GONZALEZ GONZALEZ, *El Despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*. Cit. P.72

¹⁴³ STSJ de Madrid de 19 de septiembre de 2012 (Rec. 1078/2012)

circunstancias coetáneas que definen la relación laboral como una relación laboral continuada en el tiempo. Así según ha declarado el TS, el enjuiciamiento del despido disciplinario debe abordarse de forma gradualista, buscando la necesaria proporción entre la infracción y la sanción, y aplicando un criterio individualizador que valore las peculiaridades de cada caso concreto; habiéndose expresado a su vez en la sentencia de nuestro TS de 4 de marzo de 1991 tal obvio principio y el criterio de proporcionalidad en relación con el de buena fe, en cuanto modelo de comportamiento común impuesto a las relaciones laborales por los arts. 5 a) y 20.2 del ET, erigido en criterio de valoración de conductas. De forma que por ejemplo la buena fe contractual supone un incumplimiento y por tanto queda sometida a la exigencia gradualistas que se deriva de la previsión de un plus jurídico de gravedad y culpabilidad, tipificado en el art. 54.1 ET siendo cuestión empírica el identificar las circunstancias desgravadoras de la reprochabilidad, tanto atinentes al elemento subjetivo de la culpabilidad, destacando entre estas la buena fe en su sentido de contraposición a la mala fe cuanto al elemento objetivo de la gravedad.¹⁴⁴ En función de estos criterios se calificará e despido de un modo u otro.¹⁴⁵

4.1 EL DESPIDO PROCEDENTE

Según el artículo 55.4 ET y 108.1 LJS, se considerará que un despido es procedente cuando a la vista de las pruebas practicadas en el acto del juicio quede probado el incumplimiento grave y culpable del trabajador alegado por el empresario en la carta de despido; y cuando se cumplan con los requisitos formales que ya hemos mencionado anteriormente (artículo 55.1 ET): notificación al trabajador, hechos y fecha, etc.

El despido procedente convalidará la extinción del contrato de trabajo, y el trabajador despedido, no tendrá derecho a indemnización ni salarios de tramitación; simplemente, según nos dice el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, el trabajador despedido se encontrará en situación legal de desempleo, y si cumple los requisitos establecidos tendrá derecho a percibir una prestación por desempleo¹⁴⁶.

¹⁴⁴ STSJ de Madrid de 11 de abril de 2012 (Rec. 5908/2011)

¹⁴⁵ STSJ de Madrid de 3 de octubre de 2012 (Rec. 1129/2012)

¹⁴⁶ J. R MERCADER UGUINA, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Cit. P. 575;

4.2. EL DESPIDO IMPROCEDENTE

Con la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo se han introducido modificaciones en el régimen jurídico de los despidos improcedentes.¹⁴⁷

El artículo 55.4 ET y el artículo 108.1 LJS nos dicen que el despido será declarado como improcedente cuando no quede acreditado el incumplimiento grave y culpable del trabajador que haya alegado el empresario en la carta de despido, y/o cuando no se cumplan los requisitos formales señalados en el artículo 55.1 que hemos mencionado anteriormente (notificación al trabajador con hechos y fecha, expediente contradictorio si el trabajador fuese representante legal, audiencia previa a la sección sindical si el trabajador estuviese afiliado a un sindicato, etc.).¹⁴⁸

El despido será también improcedente cuando la empresa imponga un periodo de prueba a quien previamente haya acreditado suficientemente su aptitud para el ejercicio precedente de iguales tareas, aptitud conocida por la empresa.¹⁴⁹

Igualmente cuando el periodo de prueba sea declarado abusivo y nulo, el cese amparado en la no superación del periodo de prueba constituye un despido improcedente.¹⁵⁰

Respecto del fraude de ley en la contratación hay que tener en cuenta que “cuando un contrato temporal deviene indefinido por defectos esenciales en la contratación, la novación aparente de esta relación laboral ya indefinida, mediante la celebración de un nuevo contrato temporal sin práctica solución de continuidad, carece de eficacia a

¹⁴⁷ Una de las primeras novedades es la derogación del despido “exprés”. En la anterior redacción del art. 56.2 ET, en los casos en los que el derecho de opción pertenecía al empresario, permitía entender extinguido el contrato de trabajo en la fecha del despido, cuando el empresario reconociera la improcedencia del mismo y ofreciese la indemnización prevista legalmente (45 días por año), depositándola en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador y poniéndola en conocimiento de este. Si se hacía esto y la sentencia posterior fuera declarada improcedente, la condena de los salarios de tramitación se limitaba a los salarios desde la fecha de despido hasta la del depósito, salvo que este último se realizase en las 48 horas siguientes al despido, en cuyo caso devengaba cantidad alguna. En la práctica suponía para estos casos, la desaparición de los salarios de tramitación. Lo más trascendente para su abolición, ha sido la convicción de que el despido exprés se había convertido en el principal cauce de extinción de contratos indefinidos, superando con creces el número de despidos colectivos y objetivos. Esta modalidad de despido se revelaba frontalmente opuesta a lo que debería ser un sistema de extinción del contrato de trabajo presidido por la idea de “flexiseguridad”

¹⁴⁸ I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *Manual de Derecho del trabajo*, Cit. P. 685; J.L. MONEREO PÉREZ, C. MOLINA NAVARRETE, M.N. MORENO VIDA, *Manual de derecho del trabajo*, Cit. P. 614-615

¹⁴⁹ STSJ de Madrid de 22 de junio de 2012 (Rec. 1046/2012)

¹⁵⁰ STSJ de Madrid de 9 de diciembre de 2011 (Rec. 4015/2011)

tenor de lo dispuesto en el art. 3.5 ET”. Por ello, al ser indefinida la relación laboral el cese del trabajador debe ser declarado improcedente.¹⁵¹

Cuando el despido se fundamenta en las enfermedades o bajas médicas del trabajador y su repercusión negativa en el rendimiento laboral, podrá ser calificado como improcedente pero no nulo por discriminación o lesión de derechos fundamentales. La enfermedad en sentido genérico no puede ser considerada en principio como un motivo de factor discriminatorio en el ámbito del contrato de trabajo.¹⁵²

➤ DERECHO DE OPCIÓN

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. 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.

Por tanto, si el empresario opta por la indemnización se entenderá que la extinción del contrato de trabajo se produjo en la fecha del cese efectivo en el trabajo. Si se trata de un representante de los trabajadores el derecho de opción le corresponde a dicho representante, entre la indemnización o la readmisión, y si no hay opción se entenderá que opta por esta última.¹⁵³

Pero este derecho de opción no solo le corresponde a quien en el momento del despido fuera un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, sino que igualmente ha de atribuirse al presentado o proclamado como candidato a la elección de representante de los trabajadores. Una interpretación acorde a la realidad social de la expresión “representantes legales de los trabajadores” impone que deba comprender también a los candidatos proclamados que hayan resultado electos. Sin embargo, este derecho de opción no es atribuible en caso de que el trabajador presenta su candidatura horas después de ser despedido sin que la empresa conociese su intención de presentarse.¹⁵⁴

Además, el derecho de opción no solo es atribuible al empresario o a los trabajadores que ostentan la condición de representantes sino que por convenio colectivo se puede

¹⁵¹ A. GONZALEZ GONZALEZ, *El despido. Cuestiones prácticas, jurisprudencia y preguntas con respuesta*, Cit. P. 255

¹⁵² STSJ de Asturias de 14 de junio de 2013 (Rec. 241/2013)

¹⁵³ D. PATRICIO JIMENEZ, *Manual de Derecho del trabajo y seguridad social*, ESIC, Madrid, 2014. P. 188.

¹⁵⁴ STS de 25 de junio de 2012

contemplar una excepción al art. 56.1 ET para que se le confiera el derecho al trabajador despedido.¹⁵⁵

También hay que señalar que hay casos en los que no es posible ejercitar el derecho de opción del art. 56 ET por imposibilidad por parte del trabajador de incorporarse de nuevo al trabajo, por ejemplo en supuestos en los que el trabajador se encuentra en situación de IT.¹⁵⁶

Un ejemplo de ello lo podemos encontrar en la STSJ de Cataluña de 16 de enero de 2013¹⁵⁷ en la cual la trabajadora despedida improcedentemente se encontraba en el momento del despido en situación de IT y a la empresa no le quedó más opción que pagarle la correspondiente indemnización dada la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse al trabajo quedando la misma sin derecho a los salarios de tramitación.

➤ INDEMNIZACIÓN

El art. 56.1 ET, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo, fue modificado por el RDL 3/2012, mantenido por la Ley 3/2012 y quedando redactado del siguiente modo: “Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de 5 días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a 33 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de 24 mensualidades. El abono de la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo del trabajo”.

Es decir, se modificó la anterior indemnización de 45 días al año con un máximo de 42 mensualidades por 33 días por año con un máximo de 24 mensualidades, y el legislador los justificó diciendo que tal reducción tiene el objetivo de mejorar la eficiencia del mercado de trabajo y reducir la dualidad entre trabajadores fijos y temporales¹⁵⁸, aparte de que el régimen de indemnizaciones precedente es distorsionador para la competitividad de las empresas, especialmente las pequeñas.¹⁵⁹

¹⁵⁵ STS de 22 de marzo de 2013 (Rec. 841/2012)

¹⁵⁶ STS de 28 de enero de 2013 (Rec. 149/2012)

¹⁵⁷ (Rec. 2408/2012)

¹⁵⁸ Como se señala en la Exposición de Motivos de la ley 3/2012: “Las medidas referidas a la extinción del contrato de trabajo se refieren también a las indemnizaciones y otros costes asociados a los despidos. Así, se considera necesario para mejorar la eficiencia del mercado de trabajo y reducir la dualidad laboral acercar los costes del despido a la media de los países europeos. La tradicional

Esta nueva indemnización prevista en el art. 56.1 del ET es de aplicación a los contratos suscritos a partir de la entrada en vigor del RDL 3/2012 es decir los contratos que se formalicen a partir del 12 de febrero de 2012.

Sin embargo, la indemnización de los contratos formalizados con anterioridad a la entrada en vigor del RDL¹⁶⁰ se calculará a razón de 45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha de entrada en vigor y a razón de 33 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior y el importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario¹⁶¹, salvo que el cálculo de la indemnización por el periodo 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 pueda ser superior a 42 mensualidades en ningún caso.¹⁶²

También es importante aclarar que la indemnización por despido improcedente y la declaración de incapacidad permanente total para la profesión habitual son compatibles ya que las indemnizaciones no reparan el mismo daño. La indemnización por despido cubre el daño producido por privación injusta del empleo, mientras que los efectos económicos de la declaración de IP total resarcen los daños que han limitado

indemnización por despido improcedente, de 45 días de salario por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades, constituye un elemento que acentúa demasiado la brecha existente entre el coste de la extinción del contrato temporal y el indefinido, además de ser un elemento distorsionador para la competitividad de las empresas, especialmente para las más pequeñas, en un momento –como el actual- de dificultad de acceso a fuentes de financiación. Por ello, esta Ley generaliza para todos los despidos improcedentes la indemnización de 33 días, con un tope de 24 mensualidades, que se ha venido previendo para los despidos objetivos improcedentes de trabajadores con contrato de fomento de la contratación indefinida. Con esta generalización se suprime esta modalidad contractual, que se había desnaturalizado enormemente tras la última ampliación de los colectivos con los que se podía celebrar contrato”.

¹⁵⁹ STSJ de Madrid de 29 de enero de 2016 (Rec. 887/2015)

¹⁶⁰ 3/2012

¹⁶¹ A. BLASCO PELLICER, *La extinción del contrato de trabajo en la reforma laboral de 2012*, Cit. P. 17 ; I. GARCÍA- PERROTE ESCARTÍN Y J.R. MERCADER UGUINA, *Reforma Laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, 2012. P. 310; R. PASCUAL CORTÉS, *Así quedan los despidos después de la reforma*, 2012, http://cincodias.com/cincodias/2012/03/22/economia/1332555819_850215.html, (28 de enero de 2016); D. PATRICIO JIMENEZ, *Manual de derecho del trabajo y seguridad social*, Cit. P. 188

¹⁶² STSJ de Madrid de 29 de enero de 2016 (Rec. 887/2015). En esta sentencia podemos encontrar un ejemplo de como se le calculó la indemnización al trabajador cuyo contrato se encontraba en este supuesto mencionado. Su despido se produjo el 18 de junio de 2014 y su contrato había sido suscrito el 4 de abril de 2007, por lo tanto el cálculo de la indemnización habrá que desglosarlo en dos bloques:

- Del 4 de abril de 2007 al 11 de febrero de 2012: 4 años y 11 meses a razón de 45 días por año de servicio, lo que hacen un total de 221,25 días de indemnización.

- Del 12 de febrero de 2012 al 18 de junio de 2014: 2 años y 5 meses a razón de 33 días por año de servicio que hacen un total de 79,75 días de indemnización.

Por lo tanto el total de días a indemnizar: 301 (La suma de 221,25 + 79,75)

301*41,09 (Salario diario del trabajador)=12.368,90€

de forma permanente la capacidad de trabajo, no sólo en lo que afecta a su empleo en la empresa, sino respecto de todos los empleos de su profesión habitual, de ahí que no sea apreciable enriquecimiento injusto.¹⁶³

➤ READMISIÓN Y SALARIOS DE TRAMITACIÓN.

En caso de que el empresario opte por la readmisión, constituye doctrina jurisprudencial muy reiterada que “el ofrecimiento de readmisión llevado a cabo por la empresa no restablece el contrato extinguido y que el rechazo por el trabajador de la readmisión no equivale a la dimisión del mismo, tanto si la oferta se hace en trámite de conciliación judicial o extrajudicial, como si se hace posteriormente, después de presentarse la demanda, e incluso en supuesto en que la retractación empresarial tiene lugar después del cese pero antes de presentarse la papeleta de conciliación entre otras”.¹⁶⁴

El art. 56.2 del ET dice lo siguiente: “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.

Los salarios de tramitación son consecuencia legal de la declaración de improcedencia del despido, deben comprender la retribución correspondiente al tiempo de suspensión del procedimiento acordado por el órgano judicial para subsanar defectos de la demanda. Aunque la LRJS en su art. 81 no contiene prescripción alguna relativa al tiempo empleado en el trámite subsanatorio haya o no de repercutir en el derecho del trabajador a los salarios a trámite, tal extremo está específicamente resuelto en la LRJS en el art. 119.2, por lo que impera la regla general de que el trabajador no pierde su derecho a la íntegra percepción de los salarios de trámite, desde la presentación de la demanda y hasta la notificación de la sentencia declaratoria de improcedencia del despido.¹⁶⁵

¹⁶³ STS de 20 de septiembre de 2012 (Rec. 3705/2011) y también SSTS de 4 de mayo de 2005 (Rec. 1899/2004) y 28 de junio de 2006 (Rec. 428/2005).

¹⁶⁴ STSJ de la C. Valenciana de 8 de octubre de 2013 (Rec. 1622/2013)

¹⁶⁵ STS de 10 de diciembre de 2012 (Rec. 70/2012)

Tipo de despido		Salarios de tramitación	
		Antes de la Reforma Laboral	Después de la Reforma Laboral
Despido procedente		No	No
Despido nulo		Sí	Sí
Despido improcedente	Readmisión	Sí	Sí
	Indemnización	Sí	No (*)

Hay que decir que con la reforma laboral se suprimió el recurso a los salarios de tramitación, en el caso de optarse por la indemnización. Justificó el legislador esta supresión en que, cuando se opta en el despido improcedente por la indemnización, el tiempo de duración del proceso no es un buen criterio para calcular el perjuicio producido por la pérdida de empleo. Si el despido produce efectos extintivos y constitutivos la consecuencia ha de ser que el trabajador pase a percibir desde ese momento prestaciones de la Seguridad social, al encontrarse en situación de desempleo por causa a él no imputable. Con ello se impide incentivar estrategias procesales dilatorias, ahorrándose el Estado su coste cuando la declaración de improcedencia se produce transcurridos 60 días desde la presentación de la demanda. En cambio, si la opción lo es por readmisión, o si es un representante legal de los trabajadores o delegado sindical (tanto si su opción es la readmisión o la indemnización) tendrá derecho a los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia.¹⁶⁶

Además, también decir que otro requisito en el caso de la readmisión del trabajador, es que el empresario tiene el deber de comunicar por escrito al trabajador la fecha en la cual tendrá lugar su reincorporación dentro de los diez días siguientes a la notificación de la sentencia de improcedencia. Esta fecha de reincorporación deberá realizarse un plazo no inferior a los tres días siguientes a la recepción de la comunicación por escrito de la readmisión (art. 278 LRJS).¹⁶⁷

También, que si el despido disciplinario es declarado improcedente por que se hayan incumplido los requisitos formales y se opta por la readmisión, el empresario podrá

¹⁶⁶ STSJ de Madrid de 29 de enero de 2016 (Rec. 887/2015)

¹⁶⁷ BLASCO PELLICER, ÁNGEL, *La Extinción del contrato de trabajo en la reforma laboral de 2012*. Cit. P.19

llevar a cabo un nuevo despido en un plazo de 7 días desde la notificación de la sentencia que declara la improcedencia del primer despido (art. 110.4 LRJS).

4.3 EL DESPIDO NULO

Se encuentra regulada esta materia en los arts. 55.5 ET y 108 LRJS. Será 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.

Continúa señalando el mismo artículo 55.5 ET que será nulo el despido en los siguientes supuestos:

- a) El de los trabajadores durante el periodo 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 (“Maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses y adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que su duración no sea inferior a un año, aunque éstos sean provisionales, de menores de seis años o de menores de edad que sean mayores de seis años cuando se trate de menores discapacitados o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios competentes”), o el notificado en una fecha tal que para el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho periodo.
- b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el conocimiento del período de suspensión a que se refiere la letra a), y el de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 4 bis y 5 del artículo 37 (“4. En los supuestos de nacimiento de hijo, adopción o acogimiento de acuerdo con el art. 45.1. d) de esta Ley, para la lactancia del menor hasta que éste 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 o acogimiento múltiples.”, “4 bis. En los casos de nacimientos 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.” “5. Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de doce años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, 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 aquélla.”), o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46 (“los trabajadores tendrán derecho a un período de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza como por adopción, o en los supuestos de acogimiento, tanto permanente como preadoptivo, aunque éstos sean provisionales, a contar desde la fecha del nacimiento o, en su caso, la resolución judicial o administrativa”); y el 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, en los términos y condiciones reconocidos por esta Ley.

- c) El de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo.

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.

El art. 108.3 LJS señala que en los supuestos en los que se acredite que el móvil del despido obedeciera a alguna de las causas de nulidad vistas anteriormente, el juez se pronunciará sobre ella, con independencia de cuál haya sido la forma del mismo

Para estudiar la nulidad del despido vamos a estructurar las causas que la provocan del siguiente modo:

4.3.1. DESPIDO NULO POR VIOLACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

A. EL DESPIDO NULO CUYO ORIGEN SE ENCUENTRA EN LA VULNERACIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES LABORALES INESPECÍFICOS.

La doctrina constitucional ha partido de la premisa de que la celebración de un contrato no puede conllevar la privación para el trabajador de los derechos que la constitución le reconoce como ciudadano y cuya protección queda garantizada frente a eventuales lesiones mediante la posibilidad de impulso de los oportunos medios de reparación, ya que ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa que establece el art. 38 CE legitima el que quienes prestan servicios en aquellas y por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tiene un valor central en el sistema jurídico constitucional.¹⁶⁸

Son estos derechos de titularidad general, ejercidos por los trabajadores asalariados dentro del ámbito del contrato de trabajo los que siguiendo la terminología del profesor Palomeque López, reciben el nombre de derechos constitucionales laborales “inespecíficos”, y que, en definitiva, al ser derechos atribuidos a los ciudadanos en el momento en el que son parte de una relación laboral, adquieren un contenido o dimensión laboral sobrevenidos. Son estos derechos los que han cobrado auge tanto desde la perspectiva doctrinal científica como la jurisprudencial, frente a los estrictamente laborales.¹⁶⁹

El trabajador, al igual que cualquier ciudadano puede ejercer los derechos que la CE le reconoce pero sin embargo no puede ejercitarlos del mismo modo cuando se encuentra dentro de una organización empresarial, debido a que todo derecho debe ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe y, además atendiendo a las características básicas y estructurales del contrato de trabajo.¹⁷⁰

¹⁶⁸ M.S. HERRAIZ MARTÍN, *El Despido Nulo: Causas y Efectos (A propósito de la jurisprudencia)*, Aranzadi, Navarra, 2008, P. 52, haciendo referencia a la STC 88/1985, de 19 de julio (RTC 1985, 88).

¹⁶⁹ M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, *Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos*, Caja Duero, Salamanca, 2004, P. 163

¹⁷⁰ RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., *Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo*, RL 1996-i, P. 19

Pero debido a la situación de absoluta preminencia que disfrutaban los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico, la limitación de estos solo podrá hacerse sin traspasar la barrera de lo considerado imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva, conforme al principio de proporcionalidad.

En este sentido se viene pronunciando el Tribunal Constitucional, quien ha puesto de manifiesto en diversas ocasiones la necesidad de que las resoluciones judiciales preserven el necesario equilibrio entre las obligaciones del contrato para el trabajador y el ámbito de su libertad constitucional. La modulación solo se producirá en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva.¹⁷¹

En conclusión, la aplicación del principio de proporcionalidad es el criterio más acertado para permitir la modulación o determinar el grado del ejercicio del Derecho Fundamental por parte del trabajador en atención al también legítimo interés empresarial y así lo expone la Sentencia Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid en su sentencia de 27 de junio de 2007¹⁷²: “estas limitaciones o modulaciones tienen que ser las indispensables y estrictamente necesarias para satisfacer un interés empresarial merecedor de tutela y protección, de manera que si existen otras posibilidades de satisfacer dicho interés menos agresivas y afectantes del derecho en cuestión, habrá que emplear estas últimas y no aquellas otras más agresivas y afectantes. Se trata en definitiva, de la aplicación del principio de proporcionalidad”, esta proporcionalidad, que siguiendo criterios jurisprudenciales, se consigue una vez constatados tres requisitos: “si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”.

¹⁷¹ M.S. HERRAIZ MARTÍN, *El Despido Nulo: Causas y Efectos (A propósito de la jurisprudencia)* Cit., haciendo referencia a las STC 6/1988, de 21 de enero (RTC 1988,6), STC 99/1994, de 11 de abril (RTC 1994, 99).

¹⁷² (Rec. 2233/2007)

a. Despidos discriminatorios

Hay que hacer una distinción entre discriminación y desigualdad. La discriminación está prohibida y la desigualdad permitida. El despido discriminatorio aflora en supuestos en los que existe un trato diferente entre trabajadores fundamentado en un factor discriminatorio. De forma que no puede postularse un tratamiento de igualdad absoluto, sino que han de respetarse los elementos diferenciadores de relevancia jurídica, pues la desigualdad sólo resulta injustificada por no ser razonable.¹⁷³

Además la doctrina se ha mostrado dividida en el momento de determinar si la discriminación requiere, o no, para su existencia de un término de comparación.

Por una parte algunos autores como por ejemplo Sargadoy Bengoechea¹⁷⁴ cuando afirma que caben discriminaciones por razón de edad, sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español, lo que a sensu contrario implica la inexistencia de prohibición de tratos desiguales motivados por circunstancias distintas.

En la misma dirección y en cuanto a doctrina jurisprudencial se refiere, la sentencia del TSJ de Madrid, de 20 de noviembre de 1990¹⁷⁵ ponía de manifiesto que “la noción de discriminación en los despidos se caracteriza por acusar al trabajador un trato diferenciado por parte del empresario en relación a otros compañeros de trabajo por alguna razón de alguna circunstancia de las enumeradas en los artículos 14 de la Constitución y 18 del Estatuto de los Trabajadores”. Es decir lo que pretendía la sentencia era cuestionar si la discriminación por una de las causas no tipificadas en el precepto constitucional como puede ser la salud del trabajador podría ser causa de nulidad del despido.

También el propio Tribunal Constitucional, en su sentencia 62/2008, de 26 de mayo de 2008, en igual dirección ha entendido que el despido por enfermedad no es circunstancia discriminatoria prevista en el art. 14 CE y, por tanto, no procede la calificación de nulidad.

¹⁷³ M.S. HERRAIZ MARTÍN, *El Despido Nulo: Causas y Efectos (A propósito de la jurisprudencia)* Cit. Haciendo referencia a la SSTC 76/1993, entre otras

¹⁷⁴ SARGADOY BENGOECHA, J. A., *Los Principios de aplicación del derecho del trabajo*, ACARL, Madrid, 1991, P. 63

¹⁷⁵ (Rec. 3211/1990)

a) Enfermedad y discapacidad

En relación con esta cuestión es importante hacer una distinción entre enfermedad y discapacidad. Cuando se estudia la salud del trabajador o los efectos que su falta o alteración pueden producir en la relación laboral, se está atendiendo a las consecuencias que una enfermedad genera sobre el contrato de trabajo. Los arts. 116 y 117 de la LGSS¹⁷⁶ han optado por la definición de enfermedad pero ninguno de los dos preceptos proporciona un significado claro y preciso salvo su caracterización genérica de alteración de la salud. Lo que ocurre es que el ordenamiento jurídico laboral se refiere a la incapacidad temporal o definitiva, al deber de adaptación, a la ineptitud del trabajador, al absentismo, etc. Pero no entra a analizar cada una de estas instituciones singularmente. Una de las muchas definiciones del concepto de enfermedad que proporciona la OMS es la constatación de un “proceso que se desarrolla en un ser vivo y que se caracteriza por la alteración de su estado normal de salud”. Es decir la enfermedad es una “entidad opuesta a la salud”, cuyos efectos son, entre otros, la “alteración del estado fisiológico y/o morfológico considerado como normal, equilibrado o armónico de un sistema a cualquier nivel (molecular, corporal, mental, emocional, etc.)”.

Frente a la enfermedad hay que hacer referencia a otro concepto que es el de la discapacidad. La discapacidad a diferencia de la enfermedad cuenta con una importante regulación de protección de la discriminación tanto a nivel comunitario como interno, debido a su inclusión expresa entre los motivos que impiden la diferencia de trato por razón de discriminación y en particular en lo relativo al empleo y a la ocupación. De hecho ha sido promulgado en el año 2013 el RD Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de los derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social. Además en diversas ocasiones en materia de discriminación los tribunales internos han tenido que pronunciarse sobre la eventual conexión entre discapacidad y enfermedad. En todo caso, dado el importante acervo jurídico comunitario existente en

¹⁷⁶ Art. 116 LGSS: “Se entenderá por enfermedad profesional la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta Ley, y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional”.

Art. 117.2 LGSS: “Se considerará que constituyen enfermedad común las alteraciones de la salud que no tengan la condición de accidentes de trabajo ni de enfermedades profesionales (...)”.

el ámbito de la igualdad de oportunidades y de lucha contra la discriminación, los avances han venido, fundamentalmente, de la mano del TJUE.¹⁷⁷

Tanto la legislación española como la comunitaria reflejan especial interés por la protección de los trabajadores en situaciones de desigualdad y discriminación pero por otra parte la jurisprudencia española llega a pronunciamientos diversos calificando en ocasiones como improcedente y otras como nulos los despidos efectuados con base en la enfermedad del trabajador despedido, dependiendo del tribunal encargado de enjuiciar el asunto.

Respecto a la legislación, el art. 1 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000 tiene por finalidad el establecimiento de un “marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato”.

Haciendo referencia específica a la discapacidad, el art. 5 de la misma directiva impone a los empresarios la obligación de llevar a cabo medidas adecuadas para permitir el acceso al empleo a las personas con discapacidades.

También la CE establece en el art. 14 señala que “los españoles son iguales ante la ley, sin que puede prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”; y por último el ET diferencia entre despidos improcedentes o nulos en función de la existencia de una causa de discriminación o de violación de derechos fundamentales y del principio de igualdad de trato y no discriminación.

La interpretación de esta legislación la han realizado nuestros tribunales y se recoge en diversas sentencias como las del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2003¹⁷⁸, 12 de julio de 2004¹⁷⁹ y 25 de enero de 2009¹⁸⁰ en las que se señala “la enfermedad, en el sentido genérico que aquí se tiene en cuenta desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable por la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del

¹⁷⁷ FERNANDEZ DOCAMPO, M. B., *La Salud del Trabajador como causa de discriminación*, Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 162/204 Parte Estudio, Aranzadi, S.A, Cizur Menor, 2014 (BIB 2014/627).

¹⁷⁸ (Rec. 449/2002)

¹⁷⁹ (Rec. 4646/15249)

¹⁸⁰ (Rec. 602/2008)

artículo 14 de la Constitución Española, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación”.

En el mismo sentido también se han pronunciado los Tribunales Superiores de Justicia autonómicos, en sentencias como la del TSJ de Cantabria de 8 de marzo de 2006¹⁸¹ o la del TSJ de Andalucía de 23 de octubre de 2003¹⁸², en las cual se señala que “la jurisprudencia ordinaria tiene reiterado que el despido por ausencias debidas a bajas por enfermedad no puede vincularse con ningún derecho fundamental, no teniendo esa consideración el de protección a la salud del art. 43 CE, con rango de principio rector de la política social, sin que sea un factor de discriminación típico de los arts. 14 CE o 17 ET”.

Pero no podemos olvidar algunos pronunciamientos judiciales que han declarado nulos los despidos de los trabajadores en situación de IT. Por ejemplo, podemos señalar la STSJ de Cataluña de 31 de enero de 2005¹⁸³ que afirma que “la determinación de la calificación del despido reactivo ante un procedimiento de incapacidad temporal no ha tenido, en este sentido, una respuesta pacífica en la doctrina. Es evidente, en este sentido, que una conducta como la descrita no puede ser imputada, desde una perspectiva jurídica, más que como ilícita”. Además también continua diciendo que “no es descartable, en consecuencia, que determinadas conductas empresariales sean susceptibles de afectar a estos derechos fundamentales en supuestos como el presente” y pone énfasis en “en la muy discutible traslación de esta doctrina (del TS) a aquellos casos en los que la enfermedad causante tiene origen o causa directa en el trabajo y, singularmente, de incumplimientos empresariales en materia de prevención, sea por accidente de trabajo, enfermedad profesional o patologías derivadas de riesgos psicosociales”. Es decir finalmente el TSJ de Cataluña acató la opinión sentada por el TS y calificó el despido como improcedente y no nulo.

En relación con este tema de si un despido de un trabajador por razón de su enfermedad o discapacidad sería nulo hay que destacar la Sentencia del TJCE de 11 de julio de 2006, asunto C-13/05, Asunto Chacón Navas según la cual una trabajadora declarada en situación de baja por IT es despedida por la empresa sin alegar causa alguna, reconociéndose en ese momento la improcedencia del despido.

¹⁸¹ (Rec. 163/2006)

¹⁸² (Rec. 2341/2003)

¹⁸³ (Rec. 6602/2004)

Posteriormente la empleada presentó demanda para que se reconociera nulidad o subsidiariamente la improcedencia de su despido. El juzgado de lo social nº 33 de Madrid que estaba conociendo del caso, una vez analizó la legislación y la jurisprudencia se encontró con diversas posiciones que lo llevaron a presentar una cuestión prejudicial al TJCE (actual TJUE) para que diese su opinión en la materia.

En realidad planteó dos cuestiones prejudiciales, por una parte, el Juzgado de lo Social plantea al TJCE la posible inclusión de la trabajadora despedida por su empresa por razón de su enfermedad en el ámbito de aplicación del art. 1 de la Directiva 2000/78/CE. Por otra parte, cuestiona la consideración de la enfermedad como una señal de identidad adicional frente a las que la Directiva 2000/78/CE prohíbe la discriminación.

En cuanto a la primera cuestión dice el TJCE que la finalidad de la Directiva es combatir determinados tipos de discriminación en el empleo y que debe entenderse la discapacidad como “una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional”. Sin embargo también dice que no es posible una equiparación entre el término de discapacidad y el de enfermedad ya que han de ser interpretados como conceptos diferentes y por lo tanto al no existir en la Directiva una prohibición de discriminación por motivos de discapacidad tan pronto como aparezca cualquier enfermedad si la persona es despedida exclusivamente por tal causa no estará incluido en el marco general de la directiva ya que afirma el tribunal que la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad en materia de despido, afecta únicamente al despido por motivos de discapacidad que “no se justifique por el hecho de que la persona en cuestión no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate”.

Sobre la segunda cuestión prejudicial planteada, el TJCE niega la existencia de cualquier prohibición de discriminación por motivos de enfermedad ya que aunque en el Derecho comunitario figura el principio de no discriminación “de ello no cabe deducir que el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CE deba ampliarse por analogía a otros tipos de discriminación además de las basadas en los motivos enumerados con carácter exhaustivo en el artículo 1 de la propia Directiva”. Es decir la enfermedad no puede considerarse como un motivo adicional a aquellos a los cuales la Directiva prohíbe cualquier clase de discriminación.

Por lo tanto y en resumen, el TJCE parece tener claro que la discriminación por razón de enfermedad no viene protegida ni en la legislación comunitaria ni en la española,

que solamente hacen referencia a la discapacidad como situación personal protegida por los principios de igualdad y de no discriminación.

b') Discriminación por motivos ideológicos

El derecho fundamental a la libertad ideológica, reconocido en el art. 16 CE ha sido uno de los aspectos más controvertidos en el ámbito de las relaciones laborales y especialmente en determinados sectores empresariales.

Inicialmente, el debate doctrinal surgió en el ámbito de la docencia, concretamente en las escuelas y colegios concertados de carácter religioso¹⁸⁴, pero se ha ido extendiendo su ámbito a otro tipo de organizaciones y empresas.¹⁸⁵

Este derecho tiene su pilar fundamental en la Declaración Universal de Derechos Humanos, que lo reconoce como derecho fundamental en su art. 18 al reconocer el “derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”.

También la CE garantiza este derecho en su art. 16: “Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”. Es decir este derecho está compuesto por otros tres: la libertad de pensamiento, la libertad de conciencia y la libertad religiosa, y, aunque todos ellos presenten similitudes entre sí, tienen autonomía propia.¹⁸⁶ Cada una de estas libertades exceden del ámbito personal por su dimensión institucional y porque significan el reconocimiento y la garantía de la opinión pública y libre y, por lo tanto, del

¹⁸⁴ Se refiere a la práctica seguida por los Obispos de no proponer a determinadas personas como candidatas a puestos docentes por no seguir el ideario católico, pudiera entenderse, en principio, como una lesión del derecho a la libertad ideológica de los profesores de religión pero sin embargo el TC viene manteniendo con doctrina firme que en este caso no se trataría de vulneración de la libertad ideológica. La STC 38/2007, de 15 de febrero dice que: “la facultad reconocida para la enseñanza de su credo religioso constituye una garantía de libertad de las iglesias para la impartición de su doctrina sin injerencias del poder público [...]”. Por lo tanto son únicamente las iglesias y no el Estado las que pueden determinar el contenido de la enseñanza religiosa a impartir los requisitos de las personas capacitadas para impartirla dentro de la observancia, como hemos dicho, de los derechos fundamentales y libertades públicas y del sistema de valores y principios constitucionales.

¹⁸⁵ R. POQUET CATALÁ, *El despido ideológico en empresas en tendencia*, Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 8/2015 parte Estudio, Editorial Aranzadi, SA, Cizur Menor, 2015 (BIB 2015/4018)

¹⁸⁶ F. CAVAS MARTÍNEZ, *La libertad ideológica y contrato de trabajo*, Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales. Estudios ofrecidos al profesor Alfred Montoya Melgar, editorial Aranzadi Thomson Reuters, 2011, P. 58

pluralismo político propugnado en el art. 1.1 CE como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico.¹⁸⁷

La libertad ideológica presenta una doble dimensión: interna y externa. En la dimensión interna se hallan los derechos de la libertad ideológica y religiosa, es decir la libertad de formación de un juicio intelectual, el derecho que tienen las personas a adoptar una posición intelectual determinada frente a la vida y cuanto le concierne, representando y enjuiciando la realidad según un mundo de valores, creencias y convicciones personales. Por otro lado, el externo tutela la libertad de expresión y comunicación a otros de las creencias y convicciones que se profesan, sin sufrir por ello ningún tipo de sanción o demérito ni experimentar compulsión o injerencia.¹⁸⁸

En el marco de la relación laboral, los derechos fundamentales del trabajador resultan plenamente efectivos, actuando como límite al poder de dirección del empresario ya que el hecho de 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 CE le reconoce al ciudadano.

Pero el reconocimiento de los derechos fundamentales en el ámbito empresarial implica exigencias para ambas partes. Para el empresario en la medida que está obligado a reconocer al trabajador sus derechos fundamentales y permitir su efectividad en el ámbito de la empresa de modo que las estipulaciones contractuales contrarias a sus derechos deberán considerarse nulas. Para el trabajador en la medida que la invocación de sus derechos o libertades no pueden servirle como cláusulas de excepción que justifiquen el incumplimiento de sus deberes laborales.¹⁸⁹

El TC ha sentado las bases para determinar cuando el ejercicio de las facultades organizativas y de dirección del empresario prevalece sobre el ejercicio de un derecho fundamental por parte del trabajador en el ámbito de la relación laboral que les une:

¹⁸⁷ M. J. RODRÍGUEZ CRESPO, *El ejercicio de la libertad ideológica en el ámbito empresarial: doctrina general y últimos pronunciamientos judiciales*, Revista de Información Laboral núm. 8/2015 parte Art. Doctrinal, Lex Nova, Valladolid, 2015 (BIB 2015/4322)

¹⁸⁸ R. POQUET CATALÁ, *El despido ideológico en empresas en tendencia*, Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 8/2015 parte Estudio, Editorial Aranzadi, SA, Cizur Menor, 2015 (BIB 2015/4018)

¹⁸⁹ M. J. RODRÍGUEZ CRESPO, *El ejercicio de la libertad ideológica en el ámbito empresarial: doctrina general y últimos pronunciamientos judiciales*, Revista de Información Laboral núm. 8/2015 parte Art. Doctrinal, Lex Nova, Valladolid, 2015 (BIB 2015/4322)

1º. Cuando la propia naturaleza del trabajo contratado implique la restricción del derecho.¹⁹⁰

2º. Cuando exista una acreditada necesidad o interés empresarial, sin que sea suficiente su mera invocación para sacrificar el derecho fundamental del trabajador.¹⁹¹

Estos dos requisitos consisten básicamente en la aplicación del principio de proporcionalidad.

Actualmente, el mayor número de pronunciamientos judiciales en relación con el derecho de libertad ideológica en el seno de la empresa se está produciendo en torno a la extinción de los contratos de trabajadores de Corporaciones Locales u organismos públicos, dependientes de los Gobiernos autonómicos cuando se produce un cambio de ciclo político. En estos casos, el nuevo gobierno amparándose fundamentalmente en motivos económicos de déficit presupuestario o de exceso de gastos de personal, decide extinguir la relación laboral de aquellos trabajadores que habían sido contratados o bien por gobierno anterior o que habían manifestado abiertamente ideas contrarias a las del signo político que ocupa el nuevo cargo en el Consistorio Municipal o en el organismo público.¹⁹²

Un ejemplo de esto lo podemos encontrar en la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 3 de julio de 2013 (2052/2013) en el caso de autos, el Ayuntamiento de Aguadulce despide a su trabajadora sin acreditación de causa alguna. La actora aportó los correspondientes indicios de discriminación por parte del ayuntamiento que constaban en la acreditación de que en las elecciones de mayo de 2011 (el despido se produjo en diciembre 2011) la actora se había presentado de segunda en las listas de un partido “contrario” al del ayuntamiento para el que trabajaba y una vez elegida la Alcaldesa, tiempo después se despidió a la actora sin concurrir causa alguna. El ayuntamiento no pudo justificar de forma razonable y objetiva que la extinción no constituyera una discriminación por la ideología política de la actora. En consecuencia se declaró nulo su despido.

En la mayoría de los casos en los que se despide por este motivo hay una serie de similitudes: ser trabajadores contratados por el anterior gobierno, estar afiliado a un

¹⁹⁰ STC 99/1994 de 11 de abril y STC 106/1996 de 12 de junio

¹⁹¹ STC 99/1994 de 11 de abril, STC 6/1995 de 10 de enero y STC 136/1996 de 23 de julio

¹⁹² M. J. RODRÍGUEZ CRESPO, *El ejercicio de la libertad ideológica en el ámbito empresarial: doctrina general y últimos pronunciamientos judiciales*, Revista de Información Laboral núm. 8/2015 parte Art. Doctrinal, Lex Nova, Valladolid, 2015 (BIB 2015/4322)

partido político distinto del que ostenta el nuevo gobierno local o regional como es el caso que acabamos de ver o simplemente por estas adscritas ideológicamente a él o a un sindicato concreto.¹⁹³

En la mayoría de los casos los TSJ han mantenido que los despidos eran nulos por vulneración del derecho a la libertad ideológica ya que la adscripción a un determinado partido político o sindicato así como la cercanía a una opción u otra (sin necesidad de afiliación), forman parte del derecho reconocido en el art. 16 CE por lo que no puede motivar la extinción del contrato de trabajo. En cuanto al tema de la prueba, los Tribunales están limitándose a permitir como prueba indiciaria de la vulneración del derecho fundamental por parte del acto empresarial, en este caso el despido, la vinculación política y la condición ideológica del trabajador y la relación causa-efecto entre el cambio gubernativo y la extinción de la relación laboral.¹⁹⁴

**b. Despido nulo por menoscabo de la intimidad o dignidad del trabajador.
Especial alusión al acoso laboral**

El derecho fundamental de intimidad personal está reconocido en el art. 18 de la CE y es un derecho fundamental vinculado estrictamente a la propia personalidad, derivado de la dignidad de la persona (art. 10 CE) que implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad de vida humana.¹⁹⁵

En el art. 10.1 CE se establece la garantía de la dignidad de las personas, concretamente dice: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el libre respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.”

Estos derechos también se manifiestan en la legislación laboral en los arts. 4.2 c), 18, 20.3, 39.3 y 50.1 a) ET.

El respeto a la dignidad supone el respeto y protección de la integridad física y moral del art. 15 CE: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni penas o tratos inhumanos o degradantes...”.

¹⁹³ STSJ de País Vasco de 30 de noviembre de 2011 (Rec. 2761/2011) y STSJ de Castilla-La Mancha de 19 de diciembre de 2014 (Rec. 1107/2014).

¹⁹⁴ STSJ de País Vasco de 30 de noviembre de 2011 (Rec. 2761/2011)

¹⁹⁵ STSJ de Asturias de 30 de enero de 2015 (Rec. 2760/2014)

Pueden apreciarse en la actualidad fenómenos emergentes en el ámbito laboral como el acoso moral u otros de similar naturaleza y son los conocidos generalmente como los riesgos psicosociales.

En cuanto a las normas que regulan el acoso laboral podemos señalar la Carta Social Europea de 3 de mayo de 1996 se refiere al acoso moral como “actos condenables o explícitamente hostiles dirigidos de modo repetido contra todo asalariado en el lugar de trabajo...”, la Comisión Europea, en 14 de mayo de 2001, señala, también, como característica esencial del acoso “los ataques sistemáticos y durante mucho tiempo de modo directo o indirecto...”, Las Directivas de la UE, la 43/2001, de 29 de junio, y la 78/2001 de 27 de noviembre, al referirse al acoso moral, desde la perspectiva jurídica de la igualdad de trato en el empleo y con independencia del origen étnico, lo consideran como una conducta de índole discriminatoria que atenta contra la dignidad de la persona y crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante y ofensivo.... También la STS de 30 de marzo de 2012 ha recogido la doctrina científica y define el acoso como “comportamientos, actos o conductas llevados a cabo por una o varias personas en el entorno laboral, que de forma persistente en el tiempo, tiene como objetivo intimidar, apocar, amilanar y consumir emocionalmente e intelectualmente a la víctima, con vistas a forzar su salida de la organización o a satisfacer la necesidad patológica de agredir, controlar y destruir que suele presentar el hostigador como medio de reafirmación personal”.

El acoso laboral o mobbing es el acoso que sufre un trabajador durante la prestación laboral. En el quedan incluidas además de las circunstancias o comportamientos que individualmente puedan considerarse vejatorios, las conductas orientadas a degradar las condiciones de trabajo simultánea y/o alternativamente en las diferentes facetas de la relación laboral (personal, ambiental y profesional)¹⁹⁶

El acoso moral debe tener siempre unos objetivos como son los de las sistematicidad, la reiteración y la frecuencia y al mismo tiempo otros subjetivos como son la intencionalidad y el de la persecución de un fin.¹⁹⁷

Son por tanto elementos básicos por una parte la intencionalidad, es decir, el elemento subjetivo, orientado a conseguir el perjuicio de la integridad moral de otro, aunque no se produzca un daño a la salud mental del trabajador y, de otra parte, la reiteración de esa conducta de rechazo que se desarrolla de forma sistemática durante un periodo de tiempo. Lo importante es que el comportamiento sea objetivamente humillante,

¹⁹⁶ STSJ de Andalucía (Granada) de 17 de diciembre de 2015 (Rec. 2450/2015)

¹⁹⁷ STSJ de Castilla La-Mancha de 2 de febrero de 2016 (Rec. 1183/2015)

llevando así implícito el perjuicio moral, pues si se piensa que el acosador puede ser un enfermo y no por tanto responsable de sus actos, la búsqueda del resultado de humillación o vejación es un elemento normal de ese comportamiento pero no necesario.¹⁹⁸

En relación con esta materia no es extraño encontrar en la doctrina judicial y científica continuas referencias a aquellas previsiones que protegen la dignidad de la persona (art. 10.1 CE y 4.2 e) ET) y que suelen ponerse en relación además con el derecho fundamental a la integridad moral (art. 15 CE) con el resultado de que el acoso moral es calificado como un trato degradante expresamente proscrito en este precepto de la CE.¹⁹⁹

En cuanto al tema de la carga de la prueba, al tratarse de la vulneración de un derecho fundamental, y como ya hemos visto en anteriores ocasiones, se puede llegar a invertir la carga de la prueba desde el momento en que exista un indicio racional de determinadas conductas. Destaca la doctrina que en muchos casos tendremos una dualidad de bienes jurídicos protegidos y una doble reacción ante el acoso, lo que da lugar, en cualquier caso, a una posible dualidad de sanciones lo que nos llevará a problemáticas referidas al resarcimiento del daño producido por el acoso.

El trabajador acosado podrá:

- Desde el punto de vista ofensivo: ejercitar la acción extintiva de su contrato de trabajo (art. 50 ET) o ejercitar la acción por violación de derechos fundamentales para el cese.
- La reacción ante el cese será la acción de despido nulo.²⁰⁰

c. Despido nulo por vulneración de la garantía de indemnidad

La garantía de indemnidad forma parte de derecho fundamental de tutela judicial efectiva protegido en el art. 24.1 CE²⁰¹.

¹⁹⁸ STSJ de Madrid de 9 de marzo de 2015 (Rec. 33/2015)

¹⁹⁹ STSJ de Andalucía (Granada) de 17 de diciembre de 2015 (Rec. 2450/2015)

²⁰⁰ STSJ de Valencia de 31 de julio de 2015 (Rec. 1394/2015)

²⁰¹ Art. 24.1 CE: "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión".

El Tribunal Supremo resume la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la garantía de indemnidad en su sentencia de 22 de diciembre de 2009²⁰² en la que se señala que “esta garantía se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de su derecho, con la lógica consecuencia de que una actuación empresarial basada en el hecho de haber ejercitado una acción en defensa de sus derechos laborales habría de calificarse nula, conforme a los arts. 24.1 CE y art. 4.2 g) ET”²⁰³.

Esa prohibición se desprende también de lo dispuesto en el art. 5 c) del Convenio núm. 158 de la OIT, ratificado por España que expresamente excluye de las causas válidas de la extinción del contrato de trabajo “el haber planteado una queja o participado en un procedimiento entablado contra un empleado por supuestas violaciones de Leyes o reglamentos o haber presentado un recurso ante las autoridades administrativas competentes”.²⁰⁴

Debido a la importancia que tiene la protección de los derechos fundamentales es importante señalar cuales son los criterios aplicables en materia de prueba. La carga de la prueba en las relaciones de trabajo se encuentra regulada en los arts. 96 y 179.2 de la LPL aunque con la entrada en vigor de la LRJS no ha supuesto cambio alguno en los criterios doctrinales sino su reafirmación como puede verse en sus arts. 96 y 181.2. Según el primero de estos artículos, si de las alegaciones de la parte actora en el proceso se deduce 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.²⁰⁵

La finalidad de la prueba indiciaria es evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial impida que tal acto resulta lesivo del derecho fundamental, y sobre esta finalidad se asienta el doble elemento de la prueba indiciaria (objetivo y subjetivo). El primero consiste en la necesidad de que el trabajador aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental. Una

²⁰² También la STC 16/2006, de 16 de enero recuerda la doctrina sobre esta materia.

²⁰³ Art. 4.2 g) ET: “Los trabajadores tienen como derechos básicos, con el contenido y alcance que para cada uno de los mismos disponga su específica normativa, los de: g) Información, consulta y participación en la empresa”.

²⁰⁴ STSJ de Cantabria de 19 de julio de 2003 (Rec. 909/2003)

²⁰⁵ STSJ de C. Valenciana de 28 de mayo de 2007 (Rec. 1116/2007) y STSJ de Asturias de 30 de enero de 2015 (Rec. 2760/2014) que hacen referencia a las STC 136/1996 de 23 de julio y 171/2005.

vez que se ha realizado esta exigencia se invierte la carga de la prueba y recaerá sobre el demandado la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias de calificar de razonable y ajeno a cualquier propósito lesivo del derecho fundamental, el acto empresarial cuestionado.²⁰⁶

Es decir para que opere este desplazamiento al empresario del “onus probando”, no basta simplemente con que el trabajador diga que el despido es discriminatorio sino que la importancia está en que este aporte la existencia de indicios que generen la razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato.²⁰⁷

Este modo de actuar en la carga de la prueba en estos supuestos actúa también en los despidos pluricausales, es decir aquellos en los que hay una causa discriminatoria y otros motivos eventuales concurrentes de justificación.²⁰⁸

B. DESPIDO NULO CUYO ORIGEN SE ENCUENTRA EN LA VULNERACIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES ESPECÍFICOS

a. Despido nulo por lesión del derecho de libertad sindical

El derecho de libertad sindical constituye un derecho fundamental de estructura compleja dado que se integra en un conjunto de derechos tanto de titularidad individual como colectiva. Así pues, en los derechos de fundación, afiliación y de actividad sindical se entremezclan de forma inevitable facultades que son ejercidas tanto por individuos como por colectividades que actúan de manera concertada.

El propio TC, considera que el derecho de libertad sindical puede reconocerse tanto a los afiliados como a los órganos sindicales por ellos formados. Ambas manifestaciones de la libertad sindical se diferencian netamente por la propia estructura del derecho de que se trate, con facetas del ejercicio del derecho compartidas o exclusivas.²⁰⁹

²⁰⁶ STSJ de Asturias de 30 de enero de 2015 (Rec. 2760/2014) que hace referencia a la STS de 22 de diciembre de 2009 (Rec. 286/2009) y a las STC 38/1986, de 21 de marzo, 90/1997, de 6 de mayo y 29/2002 de 11 de febrero.

²⁰⁷ STSJ de Islas Canarias de 7 de marzo de 2006 (Rec. 16/2006)

²⁰⁸ STSJ de Asturias de 30 de enero de 2015 (Rec. 2760/2014).

²⁰⁹ J.L. MONEREO PÉREZ Y J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS, *La libertad sindical en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Consultado el 10/6/16. Disponible en <http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/73/Est08.pdf>

El derecho de libertad sindical se encuentra regulado en el art. 28.1 CE: “Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato”.

También en el artículo primero de la Ley Orgánica de Libertad Sindical: “Todos los trabajadores tienen derecho a sindicarse libremente para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales”.

El tema que nos ocupa es explicar cómo operan las extinciones discriminatorias en relación con la libertad sindical encubiertas bajo un despido disciplinario.

En la STSJ de 1 de diciembre de 2004²¹⁰ se señala la siguiente doctrina que es muy esclarecedora en la materia.

1. Los trabajadores no afiliados a ningún sindicato pueden ser titulares del derecho de libertad sindical cuando participen en actividades organizadas por los sindicatos.
 - Cuando una actividad de un sindicato tenga proyección externa y se dirija a todos los trabajadores, tanto afiliados como no afiliados, el derecho constitucional a la libertad de acción sindical debe proteger a todos los trabajadores que participen en la misma.
 - Cuando en una empresa no existan representantes electivos de los trabajadores, el despido de un trabajador por convocar una reunión dirigida a tratar problemas laborales comunes y elegir el hasta entonces inexistente órgano de representación electiva de los trabajadores se tutela como derecho a la libertad sindical.
2. La promoción de elecciones sindicales en la empresa forma parte del derecho adicional de libertad sindical. El art. 28.1 CE integra además de la vertiente organizativa de la libertad sindical, los derechos de actividad y medios de acción de los sindicatos que constituyen el núcleo mínimo de la libertad sindical. Junto a estos también hay otros derechos adicionales atribuidos por normas legales o convenios colectivos que se añadan a aquel núcleo esencial.

²¹⁰ (Rec. 1103/2004)

La promoción de elecciones sindicales constituye parte de ese contenido adicional. Cualquier impedimento u obstaculización al sindicato o a sus miembros de participar en el proceso electoral puede ser constitutivo de una violación de la libertad sindical.

3. Quienes se ven perjudicados por su participación en la promoción del proceso de elecciones sindicales se benefician de la tutela propia del derecho de libertad sindical. El trabajador tiene derecho a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa.

En esta materia como en los demás casos de discriminación también opera el mismo proceso probatorio. En primer lugar el trabajador deberá aportar indicios de que se ha producido lesión del derecho fundamental, debe justificar mediante indicios la relación de causalidad entre el ejercicio del derecho y la decisión calificada como lesiva del derecho. En caso de que se funde la demanda en alegaciones meramente retóricas o falta la acreditación de elementos centrales para la acreditación, no se podrá pretender el desplazamiento del onus probandi al demandado, es decir no se invertirá la carga de la prueba.²¹¹

En caso de que los indicios sean suficientes, le corresponderá al empresario probar que el despido se realizó por causas ajenas a todo propósito discriminatorio del derecho constitucional.²¹²

También es importante señalar el alcance y los límites del derecho a la libertad sindical sobre todo en su vertiente de distribución de información sindical.

Para explicar este aspecto podemos señalar la STS de 20 de abril de 2005²¹³. Se trata de un supuesto en el que dos trabajadores (que ostentan la condición de representantes de los trabajadores) distribuyen un comunicado de la sección sindical entre los empleados de la empresa. En dicho comunicado hay numerosas manifestaciones despectivas y vejatorias hacia los directivos, jefes de personal, accionistas, etc. de su empresa.

Tras la difusión de ese comunicado son despedidos por violación del art. 54.2 d) (“transgresión de la buena fe contractual”) y del art. 54.2 c) (“Ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares

²¹¹ STSJ de Cataluña de 27 de enero de 2016 (Rec. 6293/2015) y STSJ de Madrid de 10 de julio de 2013 (Rec. 6663/2012)

²¹² STSJ de Andalucía de 27 de febrero de 2013 (Rec. 1417/2012)

²¹³ (Rec. 6701/2003)

que convivan con ellos”). El despido primeramente se declara procedente pero recurren pidiendo la nulidad del despido (o subsidiariamente su improcedencia) porque entienden que se ha lesionado su derecho de libertad sindical (art. 28.1 CE) y de expresión (art. 20 CE). Y fundándose para ello en los arts. 8.1 b) LOLS (facultad de “distribuir información sindical”) y 8.1 c) (facultad de “recibir información que le remita su sindicato”). En base a esto podemos señalar el alcance y límites del derecho de estos dos trabajadores.

1. La celebración de un contrato de trabajo no implica la privación por parte del trabajador de los derechos que la CE le reconoce, entre ellos el derecho a difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones.
2. La transmisión de noticias de interés sindical constituye un elemento esencial del derecho de la libertad sindical.
3. La denuncia de hechos de relevancia pública, efectuada a través de medios adecuados y de forma proporcionada, por parte de los trabajadores o sus representantes, puede estar amparada por el ejercicio de los derechos fundamentales de libertad sindical y libertad de expresión.
4. El complejo de derechos y obligaciones que genera el contrato de trabajo modula el ejercicio de los derechos fundamentales, puesto que la buena fe en esta relación contractual comporta un límite adicional al ejercicio de la libertad de expresión, de donde se desprende que manifestaciones que incluso en otro contexto podrían ser legítimas no tienen por qué serlo en el ámbito de la relación laboral.
5. Con carácter general, el ejercicio de la libertad de expresión y también el derecho a la información no puede justificar el empleo de expresiones o apelativos insultantes, injuriosos o vejatorios que exceden del derecho de crítica y son claramente atentatorias para la honorabilidad de aquél cuyo comportamiento o manifestaciones se critican.

Por lo tanto en el caso mencionado, al tratarse de la distribución de un folleto sindical pero con expresiones vejatorias constituiría un límite al derecho de libertad sindical y de expresión y por lo tanto, transgresión de buena fe contractual por parte de los trabajadores y no procedería su recurso.

b. Despido nulo por lesión del derecho a huelga

El derecho a huelga es otro de los derechos de carácter fundamental específicamente laboral. Se encuentra regulado en el art. 28.2 de la CE. Se trata de un mecanismo de defensa de los intereses de los trabajadores y por lo tanto el empresario no puede -en caso de que se trate de una huelga legal- despedir al trabajador por haber participado en ella y en caso de que esto ocurra estaríamos ante un despido nulo por vulneración del derecho fundamental.

Además se deduce del art. 6.1 del DLRT que aunque el empresario no puede sancionar el ejercicio regular del derecho a huelga, sí podrá sancionar las conductas del trabajador que supongan una extralimitación del mismo. “El ejercicio del derecho a huelga no extingue la relación de trabajo, ni puede dar lugar a sanción alguna, salvo que el trabajador, durante la misma, incurriera en falta laboral”.

Tampoco podemos olvidar el art. 33 del DLRT el cual establece como justa causa de despido en su apartado j): “la participación activa en huelga ilegal o cualquier otra forma de alteración colectiva en régimen normal de trabajo” y en el apartado k): “la negativa, durante la 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 ulterior reanudación de las tareas de la empresa”. Sin embargo, este art. 33 fue derogado por la disposición final 3.15 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo del ET, y así lo expresaron sentencias como las del 10 de mayo de 1984. Sin embargo, la STS de 21 de mayo de 1984 admitió implícitamente la vigencia del art. 33 j) por remisión por parte del art. 16²¹⁴ del DLRT.²¹⁵

Actualmente la jurisprudencia mayoritaria del TS sostiene la inaplicabilidad del art. 33 DLRT y, por tanto la regulación de los efectos disciplinarios de la participación ilegal en huelga ilegal en el art. 54 del ET. La STS de 18 de julio de 1986²¹⁶ dice que: “Será el particular modo de participación del trabajador en una huelga ilegal concreta, desarrollada de la forma singular en que lo haya sido, lo que permitirá decidir si ha

²¹⁴ Art. 16: “Los trabajadores que participasen 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”

²¹⁵ J. TUÑÓN BÁRZANA, L. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J. GARCÍA LUENGO, M. ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, L.A. FERNÁNDEZ VILLAZÓN, A. CEINOS SUÁREZ, M.D. PALACIOS GONZÁLEZ, L. M. GARCÍA, *Jurisprudencia constitucional sobre libertades públicas 2015. Casos y reglas*, Revista jurídica de Asturias, Nº 39, 2016

²¹⁶ (Rec. 4394/1986)

concurrido o no un incumplimiento contractual grave y culpable, merecedor de la sanción de despido”.²¹⁷

Pero hay que advertir que la empresa no puede decidir si la huelga es ilícita o no, esa competencia la tienen reservada los Jueces y Tribunales. En la práctica es posible solicitar esa declaración de ilicitud y luego tomar las medidas que correspondan. Lo más común es que el empleador actúe en función de la calificación que considera adecuada y luego se discuta su decisión en sede judicial.²¹⁸

4.3.2. DESPIDO NULO POR VULNERACIÓN DE LAS NORMAS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL

En cuanto a la normativa en el ámbito internacional hay que destacar el Convenio nº 3 de la OIT²¹⁹, relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto, reconoce que es ilegal el despido en aquellos casos en que la trabajadora no se encuentre en su puesto de trabajo por estar disfrutando de un periodo de descanso como consecuencia del embarazo o parto, siempre y cuando no se supere el periodo máximo establecido por cada país. Además, establece que es obligatorio el descanso durante al menos 6 semanas después del parto. También quedan protegidos aquellos supuestos en que la mujer se ausenta de su puesto de trabajo por padecer enfermedad derivada del embarazo. En el mismo sentido el Convenio nº 156 de la OIT²²⁰, sobre la igualdad de oportunidades de trato entre trabajadores con responsabilidades familiares, considera que las responsabilidades familiares no son motivo de extinción del contrato de trabajo. También el Convenio nº 158 de la OIT²²¹ en su art. 5 d) dice que el embarazo no constituirá causa justificada para la terminación de la relación de trabajo. En la misma dirección, el art. 4.1 de la Recomendación nº 95 de la OIT²²² establece que el periodo durante el cual será ilegal para el empleador despedir a una mujer

²¹⁷ R. Y. QUINTANILLA NAVARRO, *El derecho de huelga en la doctrina del Tribunal Constitucional: propuestas para una Ley Orgánica*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Consultado: 11/6/16. Disponible en: <http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/73/Est10.pdf>

²¹⁸ A. V. SEMPERE NAVARRO, *¿Puede una empresa minorar los efectos de la huelga?*, Noticias Breves, Enero 2014, Consultado: 11/6/2016; Disponible en: <<http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/puede-una-empresa-minorar-los-efectos-de-la-huelga.pdf>>

²¹⁹ Convenio relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto (Entrada en vigor: 13 de junio de 1921)

²²⁰ Convenio sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares. (Entrada en Vigor: 11 de agosto de 1985)

²²¹ Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador (Entrada en vigor: 23 de noviembre de 1985)

²²² Recomendación sobre la protección de la maternidad, 1952

embarazada debe comenzar a contarse a partir del día en que le haya sido notificado el embarazo por medio de un certificado médico. También, la Declaración de 1975 sobre igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras, en su art. 8.1 se insiste en que la mujer en cinta estará protegida contra todo despido por razón de su condición durante el período de embarazo.

En cuanto a la normativa comunitaria, es un ámbito en el cual también queda protegida la situación del embarazo y se entiende que un despido fundado en esa causa es nulo y contrario a los objetivos de la UE, entre ellos el objetivo de igualdad efectiva de hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo recogido en el actual art. 153 del TFUE.

Entre las diversas Directivas que amparan la igualdad de género, encontramos la Directiva 76/207/CEE del Consejo de 9 de febrero de 1976, sobre igualdad en las condiciones de trabajo, modificada por la actual Directiva 2006/54/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, cuyo objetivo es garantizar la aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres en temas de empleo. Esta regulación viene completada por la Directiva 92/85/CEE del Consejo, que aporta una definición de conceptos como “trabajadora embarazada”²²³, “trabajadora que ha dado a luz”²²⁴, “trabajadora en periodo de lactancia”²²⁵ (art. 2). Es esencial el art. 10 de dicha directiva que establece regula la prohibición del despido durante el comienzo del embarazo y el final del período de maternidad. Para que sea efectivo, el empresario deberá motivar que el mismo se basa en razones objetivas y, por tanto, que no se debe a una intención discriminatoria.

Por último, en nuestro ordenamiento jurídico, el art. 14 de la CE establece el principio de igualdad ante la ley, por medio del cual se prohíbe cualquier discriminación por razón de sexo. En la legislación laboral, concretamente en el ET, se reconoce el derecho de la mujer a no ser discriminada para el empleo en múltiples artículos como el 4.2.c), el cual se configura como la extrapolación del artículo 14 de la CE; también, el art. 17, el cual lleva como rótulo “no discriminación en las relaciones laborales” y estima nula cualquier decisión del empresario que conlleve una situación de discriminación por razón de sexo, entre otras muchas. Profundizando en materia de

²²³ “Cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales”.

²²⁴ “Cualquier trabajadora que haya dado a luz en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales”

²²⁵ “Cualquier trabajadora en período de lactancia en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales”.

despido, se deben tener en cuenta los artículos 52 y 55.5.b) del ET. Sobre estos, incidió la Ley 39/1999, la cual introdujo importantes cambios en materia de despido nulo para conseguir la tan estimada igualdad entre mujeres y hombres. No debemos olvidar los preceptos de la LRJS que versan sobre el tema que nos ocupa. Así, por ejemplo, el artículo 108.2.c) y 122.1.c) que casi que reproducen lo dispuesto en el artículo 55.5 del ET. También destacable es el artículo 96, el cual establece que cuando hay indicios fundados de discriminación por razón de sexo, como en el caso del despido de una trabajadora embarazada, “corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

Del mismo modo, debemos tener presente la LO 1/2004 de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, que modifica el ET en su art. 52.d) con el fin de justificar las faltas de asistencia por situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, según proceda. También, introduce la posibilidad de la movilidad geográfica de víctima de violencia de género y por último, la suspensión con reserva de puesto de trabajo y la extinción del contrato de trabajo.

Y la LOIMH, amplía el catálogo de causas de calificación de nulidad con la cobertura de la suspensión del contrato, el permiso de maternidad y paternidad, la reducción de la jornada, además de la protección extendida en los nueve meses siguientes a la vuelta al trabajo, una vez disfrutados los permisos. Si bien, se protege a la mujer embarazada salvo que se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencias.

El embarazo, como cualquier otra circunstancia personal dotada de protección, no constituye en ningún caso un escudo irrefragable, sino una exigencia de justificación razonable de la decisión extintiva por parte de quien la adoptó. La nulidad del despido en estos casos es independiente de ninguna motivación discriminatoria hacia la trabajadora despedida, es decir, aunque el embarazo no sea la causa del despido pues, por ejemplo, el empresario puede desconocer este dato. Siempre que no se acredite una causa suficiente para despedir y por tanto la procedencia del despido, el despido será nulo.²²⁶

²²⁶ STSJ de Andalucía de 23 de junio de 2009 (Rec. 3558/2008)

Hay que señalar en esta materia la importante doctrina constitucional recogida en la sentencia nº 92/2008 de 21 de julio del Tribunal Constitucional la cual señala que la nulidad del despido tiene según el art. 55.5 b) carácter automático. Anteriormente solo podía considerarse discriminatorio el despido de una trabajadora embarazada si el empresario conocía el hecho del embarazo. Por tanto eran requisitos constitutivos de la nulidad la razón misma y única de su estado y además el conocimiento por parte del empresario.²²⁷

Pero la Ley 39/1999 de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras añadió otro supuesto de nulidad al art. 55.5 y es el apartado b) que dice que “será también nulo” el despido de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión, salvo que se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo. Lo hace sin contemplar requisito específico alguno ni de comunicación previa del embarazo al empresario, ni de conocimiento previo por parte de éste, por cualquier otra vía, del hecho del embarazo.²²⁸

La finalidad esencial de la norma es la de combatir los despidos discriminatorios o motivados por razón de embarazo lo que constituye, uno de los principales desafíos a los que ha de hacer frente el derecho a la no discriminación por razón de sexo e las relaciones laborales, y es lógico que así lo resalte el texto en el que se exponen los motivos de la norma.²²⁹

Que esa sea la finalidad última no implica que el instrumento elegido por el legislador no pueda consistir en una garantía objetiva y automática, que otorgue la protección al margen de cualquier necesidad de prueba del móvil discriminatorio.

²²⁷ D. M. CAIRÓS BARRETO, *La confirmación constitucional de la nulidad objetiva del despido de la trabajadora embarazada*, Relaciones Laborales, Nº 22, Sección Comentarios de jurisprudencia, Quincena del 23 de Nov. Al 8 Dic. 2008, Año XXIV, pág. 667, tomo 2, Editorial LA LEY, (LA LEY 40845/2008)

²²⁸ STSJ de Aragón de 3 de marzo de 2009 (Rec. 57/2009)

²²⁹ STSJ de Cataluña de 13 de julio de 2011 (Rec. 2983/2011): Dichas modificaciones se introdujeron por el legislador, con objeto de completar la transposición a la legislación española de las directrices marcadas por diversas normas internacionales y comunitarias – citándose expresamente, las Directivas del Consejo 92/85/CEE, de 19 de octubre de 1992, 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 periodo de lactancia, y 96/34/CE, del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, y la Declaración de los Estados reunidos en la IV Conferencia mundial sobre las mujeres, celebrada en Pekín en septiembre de 1995-, superando los niveles mínimos de protección previstos en las mismas. La propia exposición de motivos enmarca dichas medidas en los derechos y principios contenidos en los arts. 14, 39.1 y 9.2 de la Constitución”.

Por lo tanto, se configura así por el legislador un mecanismo de garantía reforzada en la tutela de las trabajadoras embarazadas, reforzamiento que posee, además, una clara relevancia constitucional ya que el derecho a la no discriminación por razón de sexo se ve reforzado al dispensar a la trabajadora de una prueba que en ocasiones puede ser enormemente complicada y cuya existencia limitaría la eficacia del derecho fundamental. También se exime además, de la necesidad de demostrar el conocimiento por un tercero de un hecho que pertenece a la esfera más íntima de la persona y que la trabajadora puede desear mantener, legítimamente, fuera del conocimiento de los demás y, en particular, de la empresa, por múltiples razones, incluida la del deseo de preservar un puesto de trabajo que puede entender amenazado como consecuencia del embarazo. Exonerar de esta prueba del conocimiento del embarazo y, con ella, de toda obligación de declaración previa, sustituyéndola por la prueba en caso de despido de un hecho físico y objetivo como es el embarazo en sí, constituye, sin duda, una medida de fortalecimiento de las garantías frente al despido de la trabajadora embarazada, al tiempo que plenamente coherente con el reconocimiento de su derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE).²³⁰

Lo que se deduce de esta incorporación de ese nuevo apartado al art. 55.5 ET es que nos encontramos con dos tipos de nulidad: la nulidad por causa de discriminación y la nulidad objetiva que tiene su motivación en el solo hecho del embarazo.

Como ya hemos señalado en supuestos anteriores de nulidad, aquí también hay que señalar la importancia de la prueba indiciaria. “Como declara la Sentencia 41/2002, de 25 de febrero, para que se produzca la inversión pretendida por la recurrente, no basta con que la trabajadora esté embarazada y demuestre tal dato objetivo, sino que, a partir de tal constatación, es preciso alegar circunstancias concretas en las que fundamental la existencia de un presumible trato discriminatorio. En la medida en que no basta la mera alegación, sino la muestra de un panorama indiciario, no puede apreciarse una valoración incorrecta de la carga de la prueba por parte de los órganos judiciales por el hecho de que la empresa no haya probado la existencia de una causa real suficiente y seria de extinción que acredite que el despido es ajeno a un motivo discriminatorio”.²³¹

²³⁰ STSJ de Aragón de 3 de marzo de 2009 (Rec. 57/2009)

²³¹ STSJ de Cataluña de 13 de julio de 2011 (Rec. 5015/2011)

En relación con esto podemos contrastar tres sentencias con tres supuestos distintos relacionados con el periodo de prueba en relación con la nulidad del despido de las embarazadas.

En relación con la extinción del contrato durante el periodo de prueba, es cierto que el principio de libre resolución de los contratos durante el periodo de prueba supone que existe libertad de desistimiento durante la misma y que es irrelevante el motivo alegado para resolverlo sin que se requiera ningún requisito formal. Ahora bien, a pesar de eso, la rescisión de la relación laboral de un trabajador en periodo de prueba sin fundarla en motivos tasados el uso de la facultad rescisoria, no puede hacerse valer en contra de un Derecho Fundamental. Por lo tanto no cabe considerar la facultad de desistimiento como absoluta sino que su ejercicio está amparado por motivación fraudulenta.²³²

Cuando ante una decisión empresarial se invoque por el trabajador su carácter discriminatorio por vulneración de derechos fundamentales, de modo que genere una presunción en favor del alegato de discriminación en ese momento se invertirá la carga de la prueba y le corresponderá al empresario la prueba de la existencia de un motivo razonable de la actuación empresarial, constituyendo esta exigencia una auténtica carga probatoria y no un mero intento probatorio, debiendo convencer al juzgador de que su decisión estaba libre de cualquier propósito discriminatorio.²³³

En la STSJ de Aragón de 3 de marzo de 2009²³⁴, la trabajadora embarazada había sido despedida fundamentándose tal despido en la finalización del periodo de prueba pero la relación laboral de la trabajadora no estaba sometida a periodo de prueba ya que según el art. 14 ET el periodo de prueba “podrá concertarse por escrito” y al no existir pacto escrito no había tal periodo de prueba y el contrato se reputaría celebrado sin la condición resolutoria implícita en el mismo. En consecuencia la decisión de la empresa que puso fin a la relación laboral por no superación del periodo de prueba no es ajustada a derecho y al no existir causa de despido procedente el despido sería nulo, a tenor de lo dispuesto en el art. 55. 5 (“(...) será de aplicación salvo que, en

²³² STSJ de Cataluña de 13 de julio de 2011 (Rec. 2479/2011)

Los tratos desfavorables en el trabajo basados en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen una discriminación por razón de sexo proscrita por el art. 14 de la CE, y el TC ha estimado diversos recursos de amparo relativos a la materia respecto a decisiones empresariales ad nutum, como la resolución de la relación laboral en periodo de prueba o también en situaciones semejantes como la no renovación de un contrato temporal, debiendo prevalecer la misma solución ante decisiones causales, como el despido.

²³³ STSJ de Cataluña de 13 de julio de 2011 (Rec. 2479/2011)

²³⁴ (Rec. 57/2009)

esos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo (...”).

Pero estamos ante una causa de nulidad objetiva distinta a la causa de nulidad por discriminación, aunque podría llegar a serlo si concurren indicios de tratamiento discriminatorio, cosa que no ocurre en este caso, ya que resultó probado que la trabajadora no había superado un curso de formación impuesto por la empresa, mientras que otra trabajadora en su mismo estado y superando dicho curso no había sido despedida.

El siguiente caso se trata de un ejemplo de inexistencia de nulidad, recogido en la STSJ de Cataluña de 13 de julio de 2011²³⁵. En el caso de autos la trabajadora embarazada fue despedida durante su periodo de prueba. La extinción de la relación laboral durante el periodo de prueba no es equivalente a despido cuyas causas hayan de justificarse, estando facultadas las partes para dar por terminada la relación de trabajo durante tal periodo de prueba. Por consiguiente, solo en el caso de que se acredite que la extinción del contrato durante el periodo de prueba obedece a un móvil discriminatorio o vulnera algún derecho fundamental, la decisión extintiva puede ser nula si el empresario no consigue probar que su decisión es totalmente ajena a cualquier propósito de vulnerar aquellos derechos.

Por lo tanto, los indicios que deberá presentar la actora es que la empresa conocía su embarazo, cosa que no era así y al quedar válidamente acreditada la inexistencia de discriminación por razón de sexo por falta de indicios el contrato se extinguió válidamente.

El último caso a comparar está recogido en la STSJ de Cataluña de 13 de julio de 2011²³⁶. Como en el caso anterior se trata de un despido de una trabajadora embarazada durante el periodo de prueba e igual que en el caso anterior será la trabajadora la que deberá probar los indicios de que está siendo discriminada por razón de sexo (embarazo) por la empresa. El indicio que deberá aportar es que la empresa tenía conocimiento de su estado y quedó acreditado válidamente que eso era así y por lo tanto se declaró la nulidad del despido de la trabajadora.

Es importante señalar que la STC 92/2008 puso fin a una situación en la que se hacía depender la declaración de nulidad en casos de embarazo, del conocimiento por parte de la empresa de tal situación, con lo que podía tener de afectación el derecho a la

²³⁵ (Rec. 2983/2011)

²³⁶ (Rec. 2479/2011)

intimidad de la trabajadora embarazada. Pero tal pronunciamiento no ha significado que se acaben los problemas y prueba de ello lo podemos encontrar por ejemplo en la STSJ de Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife de 28 de marzo de 2011²³⁷ en la cual una trabajadora es despedida por su empresa y dicho despido es calificado primeramente como improcedente pero la trabajadora interpone recurso y solicita que se califique su despido como nulo debido a su embarazo.

Como ya hemos mencionado anteriormente el art. 55.5 b) dice que: Será también nulo el despido: “El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a)”.

y en la demanda que presenta la trabajadora no consta cuando empezó su embarazo, sino que en el momento de la demanda está embarazada. A partir de ese momento surgen distintas interpretaciones sobre si el despido se produjo antes o después de su embarazo.

La OMS define embarazo como el periodo comprendido desde la implantación – la adherencia del blastocito a la pared uterina- hasta el parto o expulsión del feto.

La recurrente interpreta que el cómputo del embarazo es desde su última regla.²³⁸

El juez consideró que la prueba se basaba en suposiciones debido al gran margen de error que había en las fechas y además porque en la presentación de la demanda acreditó que estaba embarazada pero no que lo estaba en el momento del despido con lo cual se le denegó la nulidad.

Probablemente el TC en su sentencia 92/2008 no pensó en la dificultad que en ocasiones podía suscitar demostrar la situación de embarazo, carga que sin duda incumbe, a la trabajadora que pretende valerse del beneficio de la nulidad del despido del que ha sido objeto.

²³⁷ (Rec. 613/2010)

²³⁸ El juez discute que si parte para el cómputo de su última regla (23 de agosto), suponiendo que el ciclo menstrual de la trabajadora sean 28 días y que la ovulación se produzca en fecha cierta tras la regla, llega a la conclusión de que la fecundación se debió producir en un periodo temporal aproximado entre el 4 y el 8 de septiembre y que la implantación del blastocito entre el 9 y el 15 de septiembre siendo los dos días más probables el 11 y el 12 y el despido se produjo el 10.

Además en la práctica médica, los cálculos para determinar la fecha probable del parto se realizan usando la fecha de la última menstruación, añadiéndole 7 días y restándole 3 meses y aplicando esa fórmula al caso de autos la fecha probable de parto sería el 30 de junio del año siguiente. Si la trabajadora fue despedida el 10 de septiembre habrán transcurrido 8 meses y 20 días

4.3.3. EFFECTOS DE LA NULIDAD DEL DESPIDO

El art. 113 de la LRJS señala los efectos de la declaración de nulidad del despido, y dice lo siguiente: “si el despido fuera declarado nulo se condenará a la inmediata readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir. La sentencia será ejecutada de forma provisional en los términos establecidos por el artículo 297, tanto si fuera recurrida por el empresario como si lo fuera por el trabajador”.

Además también hay que señalar el art. 55.6 ET que dice que: “el despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir”.

A. READMISIÓN

Si el despido es declarado nulo, el empresario queda condenado a la inmediata readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir. Es decir el empresario se encuentra ante una doble obligación. La readmisión del trabajador debe realizarse en iguales condiciones que las que regían antes de producirse el despido. De ahí que los problemas aparezcan en el momento de efectuar una readmisión en distintas condiciones que regían antes del despido, o bien no llevarla a cabo. Estos actos que, sin lugar a dudas, ocasionan situaciones conflictivas deben resolverse a través de la vía de ejecución de sentencia.²³⁹

Esto no siempre ocurre así ya que en ocasiones aunque la norma ordene una cosa en la realidad ocurre otra distinta, incluso con intervención judicial. La negativa empresarial a la readmisión de un trabajador cuyo despido merecía la consideración de nulidad solía desembocar en incidente de no-readmisión y en el abono de una indemnización. Para progresar en la concordancia entre norma y realidad, el legislador adoptó varias decisiones como: reducir los casos de nulidad del despido, desterrar la calificación de radicalidad, tipificar los supuestos en la norma sustantiva y en la laboral, prever medidas equivalentes a la readmisión incumplida e implantar medidas coercitivas.²⁴⁰

²³⁹ M.S. HERRAIZ MARTÍN, *El Despido Nulo: Causas y Efectos (A propósito de la jurisprudencia)* Cit

²⁴⁰ A. V. SEMPERE NAVARRO, *Encuentros y desencuentros sobre despido nulo*, Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 870/2013 parte Tribuna, Editorial Aranzadi, SA, Cizur Menor. 2013 (BIB 2013/2114)

B. LOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN

Los salarios de tramitación son los que el trabajador deja de percibir desde la fecha del despido hasta la fecha en la que se dicte sentencia declarando la nulidad o la improcedencia del despido. Aunque tras la Reforma Laboral (RD-Ley 3/2012 y posterior Ley 3/2012) desapareció el pago de los salarios de tramitación en caso de optar por la indemnización en un despido improcedente, siguen teniendo que abonarse en caso de que el despido sea declarado nulo (o también en caso de despido improcedente cuando se opte por la readmisión). Se trata de un coste que a la empresa le conviene cuantificar adecuadamente, ya que en algunos casos puede llegar a ser incluso más elevado que la propia indemnización (en los despidos improcedentes).

El objetivo de los salarios de tramitación es compensar al trabajador del perjuicio del despido, de no recibir remuneración alguna desde la fecha del despido. Como resultado, el trabajador no se ve perjudicado económicamente por el despido efectuado por la empresa y debe percibir el mismo salario como si el despido nunca hubiera existido. Los salarios de tramitación por tanto tienen naturaleza indemnizatoria y no salarial aunque tengan la obligación de cotizar, y por tanto no generan derecho a vacaciones.²⁴¹

Las sentencias de despido que dicta en primera instancia el Juzgado de lo social pueden ser recurridas tanto por la empresa como por el trabajador (en el plazo de 5 días desde que se dicte sentencia). Para ellos, se interpone recurso de suplicación ante el TSJ de la comunidad autónoma que corresponda. Los salarios de tramitación, se deben abonar en el momento de la readmisión en la cuenta de depósitos y consignaciones del juzgado, ya que se trata de una condena en sentencia.

En el caso de que la sentencia sea dictada por el juzgado de lo social (en primera instancia), en el caso de nulidad la empresa tendrá que readmitir al trabajador y abonar los salarios de tramitación con independencia de que la empresa recurra o no la sentencia.

En el caso de que la sentencia sea dictada por el TSJ (segunda instancia). Tanto si la empresa o el trabajador recurren la sentencia del Juzgado de lo social, en función de lo que sentencie el TSJ, podrá ocurrir que si el despido se declara nulo y previamente

²⁴¹ A. ARADAS GARCÍA, *Los salarios de tramitación*, Cuestiones Laborales, consultado (8/6/16); Disponible en: < <http://www.cuestioneslaborales.es/los-salarios-de-tramitacion/>>

había sido declarado procedente, además de readmitir al trabajador, deberá abonar los salarios de tramitación desde la fecha de despido hasta la fecha de la nueva sentencia (la del TSJ). Si previamente había sido declarado improcedente, también tendrá que readmitir al trabajador y abonar los salarios de tramitación.

Si la sentencia es dictada por el Tribunal Supremo (última instancia), si el despido nulo primeramente el TSJ lo había declarado procedente, en este caso deberá abonar los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la fecha de la nueva sentencia (la del TS). Si antes el TSJ había declarado el despido como improcedente, tendrá que readmitir y abonar los salarios de tramitación hasta la fecha de la nueva sentencia.²⁴²

En el supuesto de un despido nulo por vulneración de derechos fundamentales siempre se ha considerado que es compatible con la readmisión y los salarios de tramitación, una indemnización compensatoria de los daños morales causados al trabajador, pero para que dicha condena se produzca se requiere una precisa producción de un daño resarcible y su acreditación, en cuanto a su existencia y relación de causalidad entre daño y conductas.²⁴³

Es decir que la reparación mediante indemnización del daño moral que produce toda conducta discriminatoria, se enfrenta desde siempre al problema de la objetivación de dicho daño moral, esto es, la exigencia de concreción y prueba de los perjuicios concretos en que se traduce la lesión, que es lo mismo que exigir concreción de los perjuicios derivados del daño moral que produce la lesión del derecho fundamental.²⁴⁴

²⁴² ASESORIZA, *Salarios de Tramitación: cuándo hay que pagarlos y que situaciones pueden darse en su empresa*, PractiLetter Laboral y de rrhh, Abril, nº 87, Consultado (8/6/16); Disponible en: <http://www.anced.org/Descargas_D/PLL87v3.pdf>

²⁴³ M.S. HERRAIZ MARTÍN, *El Despido Nulo: Causas y Efectos (A propósito de la jurisprudencia)* Cit. Haciendo referencia a STS de 9 de junio de 1993, STS de 12 de junio de 2001 y 21 de junio de 2001

²⁴⁴ STSJ de Galicia de 22 de octubre de 2010 (Rec. 2913/2010)

CONCLUSIONES

Primera: Para que un incumplimiento por parte del trabajador sea sancionado mediante el despido, tal incumplimiento deberá ser contractual, grave y culpable. Estos tres requisitos son imprescindibles para sancionar a un trabajador mediante despido disciplinario ya que el empresario no puede tomar arbitrariamente tal decisión.

Segunda: Las causas de despido disciplinario reguladas en el art. 54 ET pueden considerarse un listado cerrado. Ello implica que, para sancionar a un trabajador con un despido el incumplimiento deberá encajar necesariamente en alguna de estas causas aunque en ocasiones un mismo incumplimiento pueda ser debido a varias causas diferentes. Por ejemplo, la transgresión de la buena fe contractual es una causa tan genérica que prácticamente cualquier incumplimiento por parte del trabajador podrá incluirse en ella.

Tercera: Además de lo establecido en la ley, los convenios colectivos también adquieren notable importancia en relación con el despido, ya que en ellos pueden establecerse diferentes graduaciones de las sanciones para las faltas que puedan permitir aplicar sanciones más o menos severas a conductas más o menos graves.

Cuarta: Cuando en la conducta de un trabajador se aprecie el incumplimiento, pero no la gravedad suficiente para proceder al despido, el juez podrá autorizar al empresario para imponer al trabajador una sanción adecuada a la gravedad de la falta. Para ello, no obstante, será necesario que el empresario opte por la previa readmisión del trabajador en las mismas condiciones en las que se encontraba antes del despido.

Quinta: En cuanto a los requisitos formales del despido, la concreción de los hechos en la carta de despido ha de hacerse de tal modo que permita al trabajador conocer los motivos de su despido y pueda defenderse posteriormente en el juicio. Se justifica sobre la base del derecho a tutela judicial, a efectos de que no se produzca la indefensión del trabajador.

Sexta: La determinación de la fecha de efectos del despido también es importante para la seguridad jurídica del trabajador ya que a partir del día siguiente hábil al de la fecha de efectos del despido comienza a contar el plazo de caducidad de la acción para su impugnación. Por ello, la ausencia de tal fecha en la carta dará lugar a la improcedencia del despido.

Séptima: Los representantes de los trabajadores y los afiliados a un sindicato también gozan de protección particular en el proceso de despido disciplinario. En cuanto a los representantes de los trabajadores tal protección se traduce en la necesidad de apertura de expediente contradictorio. En cuanto a los afiliados a un sindicato la protección consiste en la audiencia previa a los delegados sindicales de su sección sindical, si los hubiera.

Octava: El órgano judicial sólo podrá calificar el despido como procedente, improcedente o nulo, teniendo en cuenta la doctrina gradualista, es decir, la sanción debe ser proporcional al incumplimiento que se ha producido.

Novena: En cuanto al despido declarado como improcedente, fue en esta materia donde la Ley 3/2012 de 6 de julio de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral introdujo una de las modificaciones más importantes que es la reducción de la indemnización de 45 días de salario por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades a la actual indemnización de 33 días de salario por año de servicio con un máximo de 24 mensualidades. Asimismo, limitó la condena a los salarios de tramitación.

Décima: La declaración de nulidad de un despido es importante a efectos de garantizar los derechos fundamentales de los trabajadores. Con este fin se invertirá la carga de la prueba, siempre que el trabajador aporte indicios suficientes de la lesión producida, correspondiéndole entonces al empresario probar que su conducta obedece a motivos razonables y justificados.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA IZQUIERDO, R. *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*. Cizur Menor, Aranzadi, 1997

BLASCO PELLICER, A. *La Extinción del contrato de trabajo en la reforma laboral de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

BRIONES GONZÁLEZ, C. *La disminución del rendimiento en el trabajo, como causa de despido disciplinario*, Relaciones Laborales, Sección Comentarios de jurisprudencia, 1991, pág. 533, tomo 2, editorial LA LEY.

CAIRÓS BARRETO, D. M. *La confirmación constitucional de la nulidad objetiva del despido de la trabajadora embarazada*, Relaciones Laborales, Nº 22, Sección Comentarios de jurisprudencia, Quincena del 23 de Nov. Al 8 Dic. 2008, Año XXIV, pág. 667, tomo 2, Editorial LA LEY, (LA LEY 40845/2008)

CAVAS MARTÍNEZ, F. *La libertad ideológica y contrato de trabajo*”, Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales. Estudios ofrecidos al profesor Alfred Montoya Melgar, editorial Aranzadi Thomson Reuters, 2011, P. 58

FERNANDEZ DOCAMPO, M. B. *La Salud del Trabajador como causa de discriminación*, Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 162/204 Parte Estudio, Aranzadi, S.A, Cizur Menor, 2014 (BIB 2014/627).

FUSTER GIMÉNEZ, M.B. *Conductas constitutivas de acoso sexual en el trabajo y repercusiones*, Monografía: “El plan de igualdad y la responsabilidad social de la empresa”, [online], 23/3/2011, [consultado: 30/03/16]; [disponible en: <http://portaljuridico.lexnova.es/articulo/JURIDICO/54949/conductas-constitutivas-de-acoso-sexual-en-el-trabajo-y-repercusiones>]

GARCÍA-NÚÑEZ SERRANO, F. *La embriaguez habitual o toxicomanía como causa de despido disciplinario*, Actualidad Laboral, nº 22, Sección de Monografías de Jurisprudencia, Quincena del 16 al 31, Dic. 2004, P. 2755, tomo 2, Editorial LA LEY

GARCÍA PAREDES, M. L. *Despido disciplinario: Carta de despido (1)*, Actualidad Laboral, Nº 10, Sección de Sentencias Ejemplares, Octubre 2013, Ref. 383, pág. 1294, tomo 1, Editorial LA LEY, (LA LEY 6877/2013)

GARCÍA- PERROTE, I. Y MERCADER UGINA, J. R. *Reforma Laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid, 2012.

GARCÍA- PERROTE, I. *Manual de derecho del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015

GÓMEZ ABELLEIRA, F. J. *La Causalidad del Despido Disciplinario*, Aranzadi, Navarra, 2009.

GONZALEZ DEL RÍO, J. M. “Extinción por despido disciplinario del deportista”, *El deportista profesional ante la extinción del contrato de trabajo deportivo*, edición nº 1, Editorial LA LEY, Madrid, Febrero 2008

GONZALEZ GONZALEZ, A. *El Despido. Cuestiones Prácticas, Jurisprudencia y preguntas con respuesta*, Lex Nova, Valladolid, 2009.

GONZALEZ GONZALEZ, A. *El Despido. Análisis Práctico de los Aspectos Sustantivos y Procesales*, Lex Nova, Valladolid, 2012.

GORELLI HERNANDEZ, J. Y GÓMEZ ÁLVAREZ, T.. *El Despido Disciplinario*, Madrid, Difusión Jurídica, 2008.

HERRAIZ MARTÍN, M. S. *El Despido Nulo: Causas y Efectos (A propósito de la jurisprudencia)*, Aranzadi, Navarra, 2008

IGLESIAS CABERO M. *Transgresión de la buena fe contractual: requisitos y efectos en orden al despido (1)*, Actualidad Laboral, Nº 12, Sección Sentencias Ejemplares, Diciembre 2013, Ref. 451, pág. 1556, tomo 1, Editorial LA LEY

MERCADER UGUINA, J. R. *Lecciones de Derecho del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MONEREO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C.; MORENO VIDA, M. N. *Manual de Derecho del trabajo*, Comares, Granada, 2014.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. *Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos*, Caja Duero, Salamanca, 2004.

PATRICIO JIMENEZ, D. *Manual de derecho del trabajo y seguridad social*, ESIC, Madrid, 2014.

POQUET CATALÀ, R. *La configuración del absentismo laboral como causa extintiva tras la reforma laboral de 2012*, Actualidad Laboral, nº 11, [online], Sección de estudios, Quincena del 1 al 15 de junio de 2012, P. 1281, tomo 1, Editorial: LA LEY

POQUET CATALÀ, R. *El despido ideológico en empresas en tendencia*, Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 8/2015 parte Estudio, Editorial Aranzadi, SA, Cizur Menor, 2015 (BIB 2015/4018)

RODRÍGUEZ CRESPO, M. J. *El ejercicio de la libertad ideológica en el ámbito empresarial: doctrina general y últimos pronunciamientos judiciales*, Revista de Información Laboral núm. 8/2015 parte Art. Doctrinal, Lex Nova, Valladolid, 2015 (BIB 2015/4322)

RODRIGUEZ-PIÑEIRO, M. *Obediencia debida y desobediencia justificada*, Relaciones Laborales, Sección editorial, 1988, P. 11, tomo 1, editorial LA LEY

SARAZÁ GRANADOS, J. *La Transgresión de la Buena Fe contractual y Figuras Afines*, Aranzadi, Navarra, 2014.

SARGADOY BENGOCHEA, J. A. *Los Principios de aplicación del derecho del trabajo*, ACARL, Madrid, 1991

SEMPERE NAVARRO, A. V. *Encuentros y desencuentros sobre despido nulo*, Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 870/2013 parte Tribuna, Editorial Aranzadi, SA, Cizur Menor. 2013, (BIB 2013/2114)

WEBGRAFÍA

ARADAS GARCÍA, A. *El despido disciplinario*, 2016, <<http://www.cuestioneslaborales.es/el-despido-disciplinario/#faltas>>

ARADAS GARCÍA, A. *Los salarios de tramitación*, Cuestiones Laborales, consultado (8/6/16); Disponible en: < <http://www.cuestioneslaborales.es/los-salarios-de-tramitacion/>>

GORELLI HERNÁNDEZ J. Y GÓMEZ ÁLVAREZ T., *Los Requisitos Formales del despido disciplinario*, Consultado el 13/6/16; Disponible en < <http://www.difusionjuridica.com.bo/bdi/biblioteca/biblioteca/libro165/lib165-3.pdf>>

GUITART CARRERO M. *Aplicación de la teoría gradualista a despido fundamentado en una transgresión de la buena fe contractual. (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 29 de abril de 2009)*, 2010. *Anuario laboral para abogados. Los casos más relevantes en 2009 de los grandes despachos*, [online], edición nº 1, Editorial LA LEY, Madrid, Mayo 2010, [fecha de consulta: 16 de marzo de 2016] Disponible en <laleydigital360>

MENÉNDEZ SEBASTIÁN P.; MENÉNDEZ SEBASTIAN E. M. *El Acoso laboral como fuente de responsabilidad patrimonial de la administración. Criterios de actuación y valoración*; *Revista jurídica de Castilla y León*; [online]; nº 38; enero de 2016, [consultado: 29 de marzo de 2016]; [Disponible en: <http://www.diba.cat/documents/467843/66058236/El+acoso+laboral+como+fuente+de+responsabiliad+patrimonial+de+la+Administraci%C3%B3n.+Criterios+de+actuaci%C3%B3n+y+valoraci%C3%B3n.pdf/36bf95a8-2e65-4acc-862e-2f9de59199c7>]; ISSN: 2254-3805

MONEREO PÉREZ, J. L. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. *La libertad sindical en la doctrina del Tribunal Constitucional*, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Consultado el 10/6/16. Disponible en <http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/73/Est08.pdf>

PALOMAR LICERAS, N. *Sobre la transgresión de la buena fe contractual a efectos de determinar la legalidad de un ulterior despido disciplinario del trabajador, con especial referencia a la Sentencia nº 242/13 de TSJ de Andalucía (Sala de lo Social) de 30 de enero de 2013*, *Revista Aranzadi de Derecho de deporte y entretenimiento*, [online], Aranzadi SA, Cizur menor, num. 39/2013, 2013, [9/3/2016], <Acceso: Base de datos de Aranzadi>.

PASCUAL CORTÉS, R. *Así quedan los despidos después de la reforma*, 2012, <http://cincodias.com/cincodias/2012/03/22/economia/1332555819_850215.html>

POQUET CATALÀ, R. *El límite de la desobediencia a las órdenes del empresario*, <http://www.raco.cat/index.php/IUSLabor/article/viewFile/283446/372904>

SEMPERE NAVARRO, A. V. *¿Puede una empresa minorar los efectos de la huelga?*, *Noticias Breves*, Enero 2014, Consultado: 11/6/2016; Disponible en: <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/puede-una-empresa-minorar-los-efectos-de-la-huelga.pdf>

QUINTANILLA NAVARRO, R. Y. *El derecho de huelga en la doctrina del Tribunal Constitucional: propuestas para una Ley Orgánica*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Consultado: 11/6/16. Disponible en: http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/73/Est10.pdf

