

dad Social», núm. 195, 1999, págs. 49-55 y 65-68; J. L. TORTUERO PLAZA, *Las excedencias*, «ET, 20 años», págs. 970-971; A. VÁZQUEZ VIALARD, *Novación subjetiva de la relación laboral*, en A. VÁZQUEZ VIALARD (ed.), *Tratado de Derecho del Trabajo*, t. V, Buenos Aires, 1984, pág. 8; J. VIDA SORIA, *La suspensión del contrato de trabajo. Estudio de las causas que afectan a la prestación del trabajador*, Madrid, 1965; L. E. DE LA VILLA, *La extinción del contrato de trabajo. Un estudio de la causa cuarta del art. 76 de la LCT*, Madrid, 1960, págs. 212 y sigs.

## DESPIDO. FUERZA MAYOR. EXPEDIENTES DE CRISIS Y RECONVERSION. CIRCUNSTANCIAS OBJETIVAS

SUMARIO: I. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.—II. CONCEPTO DE DESPIDO.—III. INDICACIONES GENERALES SOBRE EL DESPIDO: A. *Causalidad del despido*. B. *Regulación del despido*.—IV. DESPIDO POR FUERZA MAYOR: A. *Fuerza mayor propia*. B. *Fuerza mayor impropia; causas «económicas, técnicas, organizativas o de producción»*. C. *Caracteres generales de la fuerza mayor*.—V. LOS EXPEDIENTES DE CRISIS: A. *El expediente extensor*: a) Período de consultas y «plan social»; b) Iniciación del expediente administrativo; c) Tramitación del expediente; d) Resolución del expediente; e) Efectos de la resolución autorizante: a') Sustantivos; b') Procesales administrativos; c') Procesales judiciales; d') Legitimación; f) Efectos de la falta de autorización. B. *Expedientes abreviados*: a) Crisis por fuerza mayor propia; b) Crisis de empresa pequeña; c) Suspensiones por crisis.—VI. RECONVERSIONES INDUSTRIALES.—VII. DESPIDO POR CAUSAS OBJETIVAS: A. *Supuestos*: a) Ineptitud; b) Falta de adaptación; c) Amortización de puestos de trabajo (despido de colectivos menores); d) Absentismo. e) «*Factum principis*». B. *Requisitos*. C. *Revisión de este despido*.

### I. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Por extinción del contrato de trabajo entendemos la terminación del vínculo que liga a las partes con la consiguiente cesación definitiva de las obligaciones de ambas. La extinción supone, pues:

— Una ruptura o cesación *definitiva* del contrato de trabajo, sin posibilidad de reanudación de la relación salvo en virtud de contrato nuevo.

— Una ruptura o cesación del contrato de trabajo *válido y eficaz*, sin comprender, por tanto, las declaraciones de ineficacia de contratos originariamente nulos; ni de los contratos ya extintos<sup>1</sup>.

La cesación definitiva del contrato de trabajo válido puede producirse:

1. Por voluntad unilateral del empresario.
2. Por voluntad unilateral del trabajador.
3. Por voluntad concurrente de ambas partes.
4. Por desaparición o incapacidad de las partes.

El art. 49.1 ET lista las causas de extinción; con las matizaciones que se harán en cada caso, se incluyen en el grupo primero de los recién mencionados las causas *h)*, *i)*, *k)* y *l)* de las listadas; en el grupo segundo, las causas *d)* y *j)*; en el grupo tercero, las causas *a)*, *b)* y *c)*, y en el grupo cuarto, las causas *e)*, *f)* y *g)*.

<sup>1</sup> Si los suspendidos; no los de prejubilados según STSud 25 junio 2001 (Ar. 7.079) de compleja y dudosa doctrina.

## II. CONCEPTO DE DESPIDO

Llamamos *despido* a la extinción del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empresario. Tratándose por hipótesis de una incidencia que sobreviene durante la vida del negocio jurídico, siendo el negocio fuente en el caso del contrato de trabajo de obligaciones recíprocas, y pendiendo la extinción de la voluntad de las partes —concretamente de la unilateral de una de ellas—, el término general que mejor conviene al despido es el de *resolución*.

Despido es, por tanto, la *resolución del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empresario*.

## III. INDICACIONES GENERALES SOBRE EL DESPIDO

Partiendo del concepto de despido recién formulado, es necesario, antes de entrar en su compleja regulación, analizar su naturaleza causal y contemplar en su conjunto las líneas maestras de aquella regulación.

### A. Causalidad del despido

Al definir el despido se propende a completar la definición con un inciso final del tipo... *en virtud de hecho o acto acaecido durante su ejecución*; lo que, al tiempo, distinguiría el despido de la extinción resultante de vicios preexistentes o de circunstancias tenidas en cuenta al tiempo de la celebración del contrato, y especificaría de algún modo la fundamentación de la voluntad resolutoria. Pero si esto se hiciera exigiendo una justificación o causa para el despido, *ex definitione* se sentaría que éste es en efecto una institución causal, estableciendo así como conclusión lo que debe ser tema de investigación; este estudio sobre la causalidad del despido es el que se resume seguidamente.

El contrato de trabajo es un negocio jurídico bilateral; como tal, su cumplimiento y ejecución no puede pender de declaraciones o manifestaciones de voluntad unilaterales de las partes: «El cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes» (art. 1.256 CC). Sin embargo, precisamente lo contrario es lo que ocurre en el despido, en el que la voluntad unilateral extingue el contrato. La contradicción se salva exigiendo una causa para el despido, una circunstancia obstativa a la continuación del contrato que dé fundamento jurídico a la voluntad resolutoria del empresario y que no consista en su mera discreción; de nuevo: «la resolución del contrato no puede pender del arbitrio de una sola de las partes» (García Goyena, comentando precisamente el art. 1.524 del proyecto de Código en 1851 sobre «servicio de los criados y trabajadores asalariados»). El despido tiene que ser, por tanto, una institución causal.

Lo es, en efecto; el despido se justifica a través de sus causas; nuestro ordenamiento jurídico no conoce el despido *ad nutum* o sin causa, salvo la excepción aparente de la extinción del contrato durante el período de prueba; pero ya dijimos en su lugar (*supra*, cap. 7.º, VII) que en este caso no se trata tanto de circunstancia sobrevinida como de condición resolutoria potestativa *ex lege* tenida en cuenta al tiempo de celebrar el contrato.

Sin embargo, el ordenamiento jurídico tiene que enfrentarse con la posibilidad de que el empresario despida —es decir, «unilateralmente manifieste... la decisión de dar por terminada la relación laboral», noción genérica de despido (STS 27 enero 1981)— sin más, esto es, sin alegación ni prueba de causa, o con alegación y prueba de causa que no sea suficiente para producir un efecto tan drástico sobre el contrato, o sin guardar la forma mandada para la exteriorización de su voluntad de despedir. Reacciona entonces el ordenamiento jurídico, en demostración de la eficacia que le caracteriza como tal, teniendo el despido por ilegítimo o antijurídico y extrayendo la consecuencia alternativa propia de la antijuridicidad (Guasp, Zippelius), esto es:

— bien privando al acto de su consecuencia normal; decretando la ineficacia o nulidad del despido, con la consiguiente readmisión del trabajador despedido;

— bien adicionando al acto consecuencias anormales no queridas por su autor, esto es, sanciones, configuradas como indemnizaciones compensatorias o punitivas en favor del trabajador.

La pregunta inmediata es la de qué causas justifican el despido; las que ofrece nuestro Derecho pueden ser subsumidas en estas dos:

1.ª Un hecho, o conjunto de hechos, independiente de la voluntad de las partes que definitivamente impida o en extremo dificulte la continuación en la ejecución del contrato; nos hallamos ante los *despidos por fuerza mayor*.

2.ª Un incumplimiento previo del contrato por parte del trabajador; nos hallamos ante los *despidos disciplinarios*.

Fuerza mayor e incumplimiento previo son las causas únicas del despido, las únicas circunstancias en que el empresario puede fundar legítimamente su voluntad unilateral resolutoria. Enfocadas desde la teoría general de las obligaciones, a las que se ajustan, la causa primera aplica la regla de que las obligaciones se extinguen «cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible» (art. 1.184 CC), mientras que la segunda resulta de la facultad resolutoria implícita en las obligaciones recíprocas que, «para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe», se concede al otro (art. 1.124 CC).

### B. La regulación del despido

Como se dijo, las causas de despido están relacionadas en el art. 49. 1.ª h). i). k). l) ET, desarrollando sus requisitos, procedimiento y efectos los arts. 51-56, con frecuencia bien reiterados, bien completados por los artículos de la LPL, que se dirán. A su estudio dedícanse este cap. 16 (despidos por fuerza mayor propia e impropia y por «causas objetivas») y los siguientes caps. 17 y 18 (despidos disciplinarios y discriminatorios).

Estudio al que deben preceder estas advertencias<sup>2</sup>:

En primer lugar, todo lo hasta aquí expuesto sobre la causalidad del despido es válido cualquiera que sea la duración del contrato, incluida la

<sup>2</sup> Sobre el Convenio 158 OIT (*sobre terminación de la relación de trabajo*, 1982), véase la 13.ª ed., págs. 409-410, así como GALIANA y ALONSO OLEA.

indefinida; en nuestro derecho no rige *para el empresario* la regla, tan frecuente en el comparado, según la cual el contrato de trabajo por tiempo indefinido puede ser resuelto, preavisando quizá, por la sola y libre voluntad de las partes.

En segundo término, el ET aplica hoy, como debe, la expresión *despido* a toda extinción cuya causa próxima sea la voluntad unilateral resolutoria del empresario; *despido* es la voz que preside los esenciales arts. 51, 54, 55 y 56, aunque por un curioso prurito no use el ET de ella para el cajón de sastre del despido, de tal se trata, por «causas objetivas».

En tercer lugar, como se verá (*infra*, cap. 20), otras causas de extinción sujetan su virtualidad a denuncias o preavisos del empresario; no es infrecuente el uso tosco de la expresión *despido* también en estos casos.

No es, en cambio, tosco, sino muy pertinente, el uso del término *despido* en los supuestos fácticos de resolución del contrato por el empresario sin alegación de causa válida, o con alegación de una, de cualquier tipo, insuficiente. Lo que muy adecuadamente describe la breve e importante SCT 28 diciembre 1982 como «la fuerza institucional del despido causal», lo impone así, pues otra solución privaría «al trabajador cesado... de su derecho a ejercitar la acción de despido»<sup>3</sup>. Aparte de que fallida la causa aparece la pura y nuda voluntad unilateral del empresario con pretensión de eficacia resolutoria, esto es, el despido puro y nudo; de ahí que, aunque excesiva —porque el despido con causa es desde luego despido—, de algún modo el despido se caracterice en efecto por la deficiencia de su causa (o de su forma), «por su improcedencia o... por su nulidad» (García López). Con la jurisprudencia, «el despido disciplinario [justificado o procedente] es... una especie dentro del despido genérico que comprende [además] la extinción del contrato acordada por el empresario sin alegación de causa o alegando una causa inexistente o ineficaz» o «dispuesta unilateralmente»<sup>4</sup>; «la noción de despido... comprende toda extinción del contrato de trabajo por voluntad del empleador»<sup>5</sup> con la doctrina, «este concepto amplio de despido... es el único que permite abarcar lo que el despido es» (Rodríguez-Sañudo, Rojo Torrecilla).

#### IV. DESPIDO POR FUERZA MAYOR

La fuerza mayor, entendida como circunstancia obstativa del cumplimiento independiente de la voluntad de las partes, está prevista como extintiva en varios preceptos del ET que distinguen dos tipos claramente diferenciados entre sí por su naturaleza y origen, aunque presenten alguna característica común. Estos dos son los tipos que se estudian seguidamente.

##### A. Fuerza mayor propia

La fuerza mayor extintiva que mencionan los arts. 49.1.h) y 51.12 es,

<sup>3</sup> Doctrina reiterada en SCT 2 marzo 1983 y 28 septiembre 1984; la de 1982 en Ar. 7.844.

<sup>4</sup> SCT 11 enero 1984 (Ar. 139).

<sup>5</sup> STS 6 abril 1990 (Ar. 3.438), citando la de 26 enero 1990 (Ar. 1.912); STSud 23 marzo y 25

mayo 1993 (Ar. 2.895 y 4.124), 2 marzo 1994 (Ar. 2.046) y 23 diciembre 1996 (Ar. 9.839). Discursivamente, y con trascendencia en el planteamiento procesal, STSud 27 julio y 23 octubre 1993 (Ar. 5.992 y 8.060), entre otras.

según claramente resulta de sus precedentes, el acontecimiento que las partes no han podido prever, o que previsto no han podido evitar, si su carácter catastrófico exorbita por completo la voluntad y la conducta de las partes; el «incendio, inundación, terremoto, plaga del campo, guerra, tumulto o sedición» en la tan gráfica relación ejemplar del derogado LCT, art. 76.6.<sup>o</sup><sup>6</sup>; el acaecimiento «que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo», en la fórmula abstracta de la que usa el ET (pero ver *infra*, C.3.<sup>o</sup>).

Constitutivo de la fuerza puede ser el acto de autoridad, respaldado o no por circunstancias análogas a las mencionadas (así, en la jurisprudencia, la orden de la autoridad de «desalojo y clausura de centro de trabajo... en estado inminente de ruina»; terminación por un Ayuntamiento de la concesión de la recaudación de impuestos, que expresamente califica como «circunstancia de fuerza mayor»<sup>7</sup>; a estos supuestos puede asimilarse la expropiación de un centro de trabajo, o del terreno en que esté sito, sin que la actividad en aquél desarrollada pueda razonablemente trasladarse a otro lugar).

##### B. Fuerza mayor impropia; causas «económicas, técnicas, organizativas o de producción»

Los cuatro tipos de causas —«económicas, técnicas, organizativas o de producción»— que justifican los despidos de colectivos *mayores* [arts. 49.1.i) y 51.1 ET] y los individuales y de colectivos *menores* [arts. 49.1.i) y 52.c) ET] revelan todos ellos la presencia de «intereses de carácter colectivo» que apartan estos despidos y dejan de ser consecuencia «*naturaliter*... de la ruptura del equilibrio contractual [por incumplimiento] que da derecho a la extinción del contrato», propia del despido disciplinario (Xavier). Son, por otro lado, supuestos próximos a los de fuerza mayor propia, de los que se distinguen porque normalmente revelan más dificultades graves que imposibilidades de cumplimiento. En efecto:

<sup>6</sup> Los «sucesos que no hubieran podido preverse» calificativos de la fuerza mayor según el art. 1.105 CC, «convienen a hechos... que, aunque no imposibles físicamente y, por tanto, previsibles en teoría, no son de los que pueda calcular una conducta prudente atenta a las eventualidades que el curso de la vida permite esperar» (STS, S. 1.<sup>a</sup>, 18 noviembre 1980, que reitera doctrina de las de 9 noviembre 1949 y 7 abril 1965, de la misma Sala); así destrucción completa por incendio de hotel (STS, S. 3.<sup>a</sup> [4.<sup>a</sup>], 23 noviembre 1999 [Ar. 9.523], terminante y enérgica). Por el contrario el «acontecimiento inevitable» no es fuerza mayor a estos efectos si es previsible (STS, S. 3.<sup>a</sup> [7.<sup>a</sup>], 28 septiembre 1990 [Ar. 6.863] y las que cita); «... en esta mina el incendio es usual y común», ergo no es fuerza mayor (STS, S. 3.<sup>a</sup> [7.<sup>a</sup>], 1 octubre 1990 [Ar. 7.415]).

El art. 144.2 de la Ley 13/1995, *de contratos de las Administraciones públicas*, contiene una relación espeluznante de fuerzas mayores.

<sup>7</sup> SCT 6 diciembre 1974 y 18 diciembre 1984; en un caso muy complejo la segunda; también STS, S. 3.<sup>a</sup> [4.<sup>a</sup>] 16 mayo 1995 (Ar. 4.139).

No «la anulación en el registro sanitario y prohibición de venta» de medicamento, que «de ningún modo [es] fuerza mayor» propia; quizá sí impropia (STS, S. 5.<sup>a</sup>, 5 abril 1988 [Ar. 3.527]); tampoco la «parada biológica» de la pesca, si habitual y previsible (STS, S. 3.<sup>a</sup> [4.<sup>a</sup>], 16 julio 2001 [Ar. 6.761]).

Si la debida al delito ecológico de los arts. 325 y 326 CP, salvo prosecución de la actividad bajo intervención, conforme a CP, arts. 327 y 129.a), e); también la nulidad de la convocatoria de plazas de personal laboral (STSud, sg 10 marzo 1999 [Ar. 2.124] y *id* 5

— La causa *técnica* debe ser y viene siendo entendida como la necesidad de reestructurar o reconvertir la empresa para que siga funcionando o produciendo en mejores condiciones, y la causa *económica* como acaecimientos en virtud de los cuales ocurra o fundadamente se prevea la ocurrencia de producción con pérdidas sostenidas, faltando los recursos, o siendo inútil la inversión de los que se obtuvieran, para la prosecución de la actividad productiva; «cualquier modalidad de un estado desequilibrado y crítico en la estructura económica y financiera de la empresa»<sup>8</sup>. En esto consisten las *crisis* usando de la expresión consolidada por el uso; algunas próximas a las fuerzas mayores propias (depresión de la economía; obstáculos a sus intercambios; pérdida de mercados por la situación de éstos o por los cambios de hábitos, gustos o necesidades de los consumidores, falta absoluta de materias primas, etc.); otras, en cambio, que quizá pudieran haber sido evitadas con una mayor decisión, energía, dedicación, clarividencia, experiencia o conocimientos del empresario. Las primeras en general son imprevisibles o inevitables, dato que normalmente se demuestra por su generalidad, esto es, por afectar a muchos empresarios; las segundas son parte del riesgo y ventura que el empresario asume por su calidad de tal.

— La causa *organizativa* más bien parece una consecuencia de las dos anteriores. A través de la causa *de producción*, es evidente que se quieren «flexibilizar» las relaciones de trabajo facilitando los despidos mediante el acomodamiento de las plantillas de las empresas, y la existencia misma de éstas, a las situaciones de los mercados, hoy tan insegura y variable, tanto por la intensidad de los cambios tecnológicos como por la globalización del tráfico internacional, señaladamente en el seno de la Comunidad Europea, de servicios, mercancías y capitales. Con todo, la novedad de estas dos causas está no tanto en su formulación como en los criterios que para su aplicación, «para su apreciación correcta» (R. de la Borbolla), se dan al intérprete en el art. 51.1.2.º, reflejo de «flexibilidad» querida, de la que son también muestra los arts. 40.1 y 41.1, sobre movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo, respectivamente; en sustancia, la sobrevivencia y la viabilidad de la empresa y de los empleos que procura, «supuestos de viabilidad amenazada más que... de inviabilidad irreversible» (López Gómez), que «aplicada[s] al ámbito del poder directivo empresarial, opera[n] una ampliación de la discrecionalidad del empresario» (Monereo-Fernández Avilés), y que dan un tinte «preventivo» a los despidos que en virtud de la causa «organizativa» se autorizan (Duréndez)<sup>9</sup>. Ver también, *infra*, pág. 425, a propósito de ET, art. 52.c).

octubre 1999 [Ar. 7.761] y 5 julio 2000 [Ar. 6.897].

<sup>8</sup> STS, S. 3.ª, 4 noviembre 1981.

<sup>9</sup> Un notable intento jurisprudencial para distinguir «las cuatro esferas o ámbitos» de los despidos por crisis, en STSud 14 junio 1996 (Ar. 5.162); sentencia más notable aún por su acertada distinción entre los despidos que se caracterizan por la reducción de la plantilla y los que implican la supresión de ésta; y por la

constatación de la identidad de supuestos de los arts. 51.1 y 52.c) del ET. La misma constatación en STSud 24 abril 1996 (Ar. 5.297) que además recalca, para los supuestos de reducción, que «no es necesario... que la situación económica negativa de la empresa sea irreversible», ni que «el despido... sea por sí solo medida suficiente e ineludible para la superación de la crisis».

### C. Caracteres generales de la fuerza mayor

Comunes a ambos tipos de fuerza mayor son los caracteres siguientes:

1.º El art. 49.1.h) ET dice que la causa ha de «imposibilitar... la prestación»; el art. 49.1.i) ET —explayado por el art. 51.1.5.º ET («se entenderá que concurren las causas...»), *a contrario*— pide sean de tal naturaleza que justifiquen soluciones tan drásticas como los despidos. De ambas puede decirse que, para operar, han de perturbar «de modo decisivo la actividad... de la empresa, haciéndola imposible o dificultándola extremadamente». Ni para el apartado h) debe exigirse una imposibilidad metafísica, ni para el i) cabe contentarse con una dificultad baladí.

2.º A medio camino entre la fuerza mayor propia e impropia, se encuentra la quiebra, «cuando los síndicos hubieran acordado la no continuidad de la actividad empresarial», y los ceses de actividad en virtud de decisión judicial. En estos casos (previstos en ET, art. 51.11) el expediente se tramita «a los solos efectos del acceso de los trabajadores... a la situación... de desempleo»; con seguridad en ellos el expediente sólo «procedimentaliza el despido», la justificación económica de cuya causa está ya dada (Rentero); «la quiebra... normalmente conduce al fin del negocio con el consiguiente despido de los trabajadores», y tal es la posición que «los órganos de la quiebra suelen adoptar» (Alameda), yendo al expediente de crisis.

3.º De la imposibilidad dicha ha de predicarse que tenga una cierta permanencia, o sea por tiempo indefinido; de nuevo lo que aquí se impone es la razonabilidad en la apreciación de una u otra causa, ni pidiendo su eternidad ni admitiendo su transitoriedad notoria y breve. Si el contrato es por tiempo limitado, la fuerza mayor propia o impropia que impida su ejecución precisamente durante este tiempo frustra definitivamente lo pactado, porque tal tiempo forma parte del contenido esencial del contrato, con lo que una fuerza mayor no definitiva o permanente *per se* puede serlo en relación con estos contratos de trabajo en particular y operar como extintiva respecto de ellos. Sólo en cuanto a los contratos indefinidos es exigible la «cierta permanencia» de la imposibilidad.

4.º Los acaecimientos en que la fuerza mayor propia e impropia consista han de ser independientes de la voluntad del empresario. Desde luego han de ser independientes de su voluntad resolutoria (mucho más si dolosa ésta<sup>10</sup>); pero también deben serlo, con seguridad, de actos u omisiones voluntarias que sean la causa mediata de una aparente fuerza mayor; así, la rescisión de una contrata —o subcontrata— por incumplimiento culpable del contratista —o subcontratista— no es fuerza mayor que pueda jugar como causa de despido de los trabajadores a su servicio (*a contrario*, la rescisión por incumplimiento culpable del dueño de la obra puede ser fuerza mayor que afecte al contratista —o del contratista al subcontratista— o la caducidad de una concesión<sup>11</sup>). Los casos extremos tienen regulación especial; así, la suspensión o cierre de centro de trabajo como sanción por infracción de excepcional gra-

<sup>10</sup> Así, «quiebra voluntaria... [para]... obtener la extinción de los contratos laborales» (STS, S. 1.ª, 17 junio 2000 [Ar. 5.289]).

<sup>11</sup> STS 7 marzo 1988 (Ar. 1.860), considerando 5.º

vedad de normas sobre seguridad en el trabajo (art. 39 LIS; con seguridad, en este caso las indemnizaciones debidas son las propias del despido improcedente, si el cierre es definitivo); o el cierre, asimismo temporal o definitivo, de establecimiento por infracción de la «disciplina del mercado» (D 2.846/1974, de 9 agosto, art. 3.º; completado en el sentido de que en las «clausuras definitivas» el trabajador ha de tener derecho a las indemnizaciones propias del despido improcedente). En todo caso, el acaecimiento ha de ser imposibilitante; el incendio, la inundación, la expropiación, la guerra, la «causa tecnológica o económica» puede o no imposibilitar o gravemente dificultar las prestaciones; sólo si en efecto tal es el caso, estamos ante una fuerza mayor que justifique el despido y podemos proseguir la indagación sobre su origen.

5.º La fuerza mayor propia no opera por sí misma ni provoca automáticamente la extinción del contrato, sino que proporciona una causa en virtud de la cual el empresario puede extinguir o, más exactamente, pedir que se le autorice a extinguir mediante un *expediente de crisis*. Respecto de la impropia, la exigencia o no de este expediente depende de la distinción entre colectivos mayores y menores, como se verá; pero en ambos supuestos está presente la voluntad resolutoria del empresario. En suma, la voluntad del empresario es siempre la causa de la extinción, por más que sea la fuerza la que ampare la causa; voluntad que se manifiesta por la decisión de resolver fundada en la causa y no por la mera denuncia de la presencia de ésta<sup>12</sup>.

## V. LOS EXPEDIENTES DE CRISIS

La regulación del *despido colectivo* —únicamente pensable en nuestro Derecho como debido a una crisis derivada de fuerza mayor propia o impropia— parte de las distinciones que siguen:

1.ª Distinción clara entre las crisis por fuerza mayor propia e impropia; las primeras necesitan de expediente *de constatación* («la existencia de fuerza mayor... deberá ser constatada... [arts. 49.1.h) y 51.12 ET]»); las segundas, de expediente *de autorización* («despido colectivo... debidamente autorizado...»; «el empresario deberá solicitar autorización...» [arts. 49.1.i) y 51.2 ET]). Con todo, en ambos casos hay que constatar y en ambos autorizar; cosa distinta es el tipo de fuerza mayor —propia o impropia— que en uno u otro caso hay que constatar para autorizar, que condiciona los requisitos del expediente; y lo que en el presente o para el futuro haya que constatar, probar o acreditar para la impropia [*supra*, IV, B, *infra*, VII, B.c)].

2.ª Distinción, dentro de los despidos por fuerza mayor impropia, entre los despidos de colectivos mayores y los de colectivos menores.

Son despidos *de colectivos mayores*:

— Los que afecten *al menos* a diez trabajadores en empresas que ocupen a menos de cien; al 10 por 100 de los trabajadores en empresas que ocupen entre cien y trescientos; a treinta trabajadores en empresas que ocupen trescientos o más.

<sup>12</sup> *Contra*, errónea, la doctrina de STSud 17 abril y 22 mayo 1996 (Ar. 3.321 y 4.608).

— Los que afecten a todos los trabajadores en cualquier caso en empresas que ocupen a más de cinco<sup>13</sup>.

Estos despidos precisan del que llamamos expediente *extenso* de crisis; repárese en que el número de trabajadores afectados refiere a la empresa y no al centro de trabajo pese a ser este último el previsto por la Dir. CE 75/129 (modificada por la 92/56), de donde, como muestra su lectura conjunta, viene el actual ET, art. 51.1 (Desdorado, Duréndez, Monereo, Navarro); por otro lado es evidente que, en los términos de ET, art. 51.1 —y en los de ET, art. 52.c)— la «situación económica negativa de la empresa» o su «viabilidad futura» puede venir determinada por la de uno solo de sus centros de trabajo<sup>14</sup>.

Son despidos *de colectivos menores* los que en cada caso afecten a menos trabajadores de los recién mencionados. Estos despidos de colectivos menores quedan fuera del art. 51 ET —y de su desarrollo procedimental por el DRYTC— desplazados al art. 52.c) ET como despidos «por causas objetivas» (posibles, por tanto, sin expediente de crisis)<sup>15</sup>.

3.ª La distinción entre despidos colectivos mayores y menores no afecta a los despidos por fuerza mayor propia respecto de los cuales el expediente de crisis, aunque *abreviado*, es necesario «cualquiera que sea el número de los trabajadores afectados».

### A. El expediente extenso

Se insiste: es el necesario para el despido de colectivos mayores por fuerza mayor impropia, esto es, causas «económicas, técnicas, organizativas o de producción»; y se insiste, asimismo, el despido colectivo mayor puede afectar a parte de la plantilla o a la totalidad de la misma<sup>16</sup>.

Se caracteriza por el curso simultáneo y paralelo de un llamado «período de consultas» entre el empresario y los «representantes legales» de los trabajadores (comité de empresa o delegados de personal) y una tramitación administrativa ante la Autoridad laboral. Se inicia por la «comunicación de apertura» del empresario<sup>17</sup> a unos y otra, acompañada de documentación que pruebe la causa y justifique los despidos que se proponen.

<sup>13</sup> En este exacto supuesto no cabe el despido por causas objetivas (*infra*, VII.A.C); si, aun con la conformidad de los trabajadores se practica éste —o el colectivo prescindiendo de sus trámites— el FGS no asume la responsabilidad que se estudia *infra*, B.b); morosamente esto en STSud 14 diciembre 1999 (Ar. 9.814).

<sup>14</sup> *Contra*, carente de realismo la interpretación, por lo demás sólo aparentemente literal, de STSud 14 mayo 1998 (Ar. 4.650).

<sup>15</sup> Disimular despidos colectivos mayores (para obviar el expediente de crisis) espaciando los menores hace que los despidos sean nulos como efectuados en fraude de ley (art. 51.1.4.º-5.º ET).

<sup>16</sup> STSud 12 junio 1996 (Ar. 5.162).

<sup>17</sup> El Estado y los organismos de él dependientes necesitan también autorización para despedir por crisis (STS 19 diciembre 1974, *en interés de la ley*; SCT 26 abril 1983). Sin período de consultas, los establecimientos militares (STS 29 octubre 1986 [Ar. 5.929]).

Para el caso de que no exista comité o delegado, véase la extremadamente confusa y poco realista STS 24 septiembre 1986. Subraya los poderes de los delegados de personal, STS, S. 5.ª, 4 marzo 1988 (Ar. 2.193).

### a) Período de consultas y «plan social»

La «comunicación de apertura» inicia el período de consultas, durante treinta días<sup>18</sup> (quince en las empresas de menos de cincuenta trabajadores), durante los cuales las partes deben tratar obtener un acuerdo» sobre cómo evitar o reducir los efectos de la crisis, y en particular, en caso de crisis parcial, sobre cómo «posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial» [readaptación de los trabajadores, redistribución de la jornada y otras análogas en la fórmula de DREyTC, art. 6.1.c)]. Este acuerdo, que precisa de la conformidad de la mayoría de los representantes de los trabajadores, con seguridad comprende las indemnizaciones que el empresario se avenga a pagar («atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados», en ET, art. 51.4; «cálculo de las posibles indemnizaciones por despido», en Dir 75/129, art. 2.º3.a.vi), convirtiéndose así en lo que en Derecho comparado se suele llamar «plan social» —de «plan» a secas habla ET, art. 51.4.1.º— que aunque básicamente regulador de las extinciones de los contratos (Escudero), al extenderse a sus paliativos y al parar en «acuerdo» fruto de una negociación «de buena fe» —significativa coincidencia de los arts. 51.4.3.º y 87.1.3.º— aproxima su carácter «al producto de la negociación colectiva» (Serrano García).

Si el período de consultas concluye —como la experiencia dice que es normalmente el caso (Serrano Carvajal)— con acuerdo, se comunica a la Autoridad laboral, por quien, sin más trámite, en plazo de quince días, oída la entidad gestora de la prestación de desempleo, se han de autorizar los despidos propuestos, salvo que estime que ha mediado «dolo, coacción o abuso de derecho», en cuyo caso, suspendiendo el plazo para resolver, lo remite al Juez de lo Social surtiendo esta comunicación los efectos de una demanda de oficio, iniciando el correspondiente proceso cuyo objeto es decidir si, por la concurrencia de alguno de aquellos vicios invalidantes del consentimiento, debe declararse nulo el acuerdo [art. 146.b) LPL]<sup>19</sup>. La misma remisión si entiende de que el acuerdo pretende «la obtención indebida de prestaciones» de desempleo.

«Si transcurrido dicho plazo [el citado de quince días, salvo que haya sido suspendido] no hubiera recaído pronunciamiento expreso, se entenderá —silencio administrativo positivo— autorizada la medida extintiva [esto es, los despidos] en los términos contemplados por el acuerdo»; en todo caso, en cuanto a ello, expresa o tácitamente, la resolución administrativa es necesaria; sin ella, pese al acuerdo, no hay «causa suficiente» para extinguir; «el acuerdo no homologado es insuficiente» (Aguilar-Pérez del Río).

Los demás «términos» de este acuerdo ni son aprobados ni dejan de serlo, ni expresa ni tácitamente, puesto que respecto de ellos carece de competencia la Autoridad laboral; aunque puede afirmarse que la resolución aprobatoria

<sup>18</sup> No es preciso agotarlo; puede acabar antes «por acuerdo... o... desacuerdo expreso» (STS, S. 3.º, 11 noviembre 1986 [Ar. 6.187]). Puede también ser ampliado «en virtud de acuerdo de la empresa y trabajadores» (STS, S. 3.º [4.º], 3 octubre 2000 [Ar. 8.187], doctrina dudosa).

<sup>19</sup> El proceso *no* es el especial de conflicto colectivo (SCT 13 diciembre 1982 y 6 mayo 1986 [Ar. 3.085]).

Si no concurre alguno de estos vicios el acuerdo es válido (SCT 26 diciembre 1983).

de ésta refuerza la presunción de validez y legalidad y, por tanto, la eficacia del acuerdo.

Lo anterior salvo en cuanto a la responsabilidad del FGS (nos hallamos ante una resolución administrativa de las previstas en el art. 32.2 ET) en caso de insolvencia del empresario, respecto de la cuantía de las indemnizaciones pactadas para los despidos, que sólo alcanza a su cuantía legal (anómalamente, el FGS no es llamado al expediente de crisis; el llamamiento ordenado por el art. 33.3 ET es sólo para discutir la insolvencia).

### b) Iniciación del expediente administrativo

Competente para conocer es el Director de Trabajo en que esté el centro afectado, siempre que el expediente no afecte a más de doscientos trabajadores; si afecta a más o tiene «especial trascendencia social», la DG Trabajo puede recabar la competencia, que en todo caso es suya si los centros de trabajo están en dos o más Comunidades Autónomas, o en varias provincias de una a la que la competencia no haya sido transferida (pero en estos casos, a su vez, el DG puede delegar en alguno de los Directores Provinciales); si ha habido transferencia la competencia corresponde «al órgano que determine la Comunidad Autónoma», respecto de los expedientes de centros de trabajo sitos en su territorio<sup>20</sup>.

El expediente, abierto ya por la comunicación de apertura, tiene como objeto la petición del empresario —de los síndicos en caso de quiebra<sup>21</sup>— de que, fracasado el intento de acuerdo, se le autorice administrativamente a extinguir las relaciones de trabajo por causas, según sea el caso, económicas, tecnológicas, organizativas o de producción, haciendo las alegaciones y acompañando las pruebas pertinentes.

— En cuanto a las *alegaciones*, la básica es que se halla en situación en virtud de la cual ha de despedir a todos o parte de sus trabajadores, cuya relación nominal debe adjuntar. Los hechos en que fundamenta su petición deben ser concretados en la solicitud «de modo claro y preciso».

— En cuanto a la *prueba*, que debe haber acompañado a la comunicación de apertura (el DMSE exigía una documentación mínima copiosa), debe fundar las alegaciones; para el análisis de ambas debe tenerse en cuenta que la crisis debe aparecer fundada en un algo que de presente se impone al empresario o de futuro entiende éste que afectará «a la viabilidad... de la empresa»; dicho de otro modo, la crisis buscada de propósito y con la sola finalidad de despedir es un fraude de ley y debe conducir irremediabilmente a una deci-

<sup>20</sup> Las Comunidades autónomas pueden asumir, y varias han asumido en efecto, competencia sobre los expedientes de crisis, al serlo «de ejecución» en el sentido del art. 149.1.7.º Const. Reglas complejas regulan la competencia, si asumida (RODRÍGUEZ SAÑUDO); en todo caso, el procedimiento es el del ET «combinado» con el de la LRJyPA [*infra*, e).b').

<sup>21</sup> Del depositario, hasta la elección de los síndicos, al estar ya, declarada la quiebra, «secuestrada la facultad de disposición del empresario» (RENTERO). Sobre el supuesto de suspensión de pagos y posible actuación de los interventores, RENTERO, *asimismo*.

Ver también *infra*, cap. 20, III.D.

sión denegatoria; el «hecho obstativo» que impide la ejecución del contrato, aun definitivo e irreformable, no ha de ser «de producción voluntaria por el deudor», pues en tal caso no nos hallamos ante una fuerza mayor propia ni impropia, sino ante un incumplimiento culpable.

Excepcionalmente, los representantes de los trabajadores pueden instar el expediente de crisis si temen que la inercia del empresario pueda «ocasionarles perjuicios de imposible o difícil reparación» (art. 51.9 ET); en este caso, la Autoridad laboral determina la documentación, informes y trámites precisos; entre ellos, es claro, la audiencia del empresario.

### c) Tramitación del expediente

El expediente debe ser resuelto dentro de los quince días naturales improrrogables siguientes al en que el empresario comunique a la Autoridad laboral «el resultado [infructuoso] del período de consultas»; debe ésta recabar «con carácter preceptivo», sobre las causas de la crisis, informe de la Inspección de Trabajo (sobre éste, su contenido, su ocasión y sus plazos, Vázquez); puede pedir los demás que crea necesarios.

ET, art. 51.3, y DREyTC, arts. 6.º y 13 otorgan a la Autoridad laboral un poder virtualmente omnímodo sobre el expediente al atribuirle la comprobación, en plazo de diez días, de que la solicitud «reúne los requisitos exigidos», cuya subsanación, para ser hecha también en plazo de diez días, puede pedir, teniendo por desistido al peticionario y ordenando el archivo del expediente si aquella no ocurre o es insatisfactoria, mediante resolución en que declara la «improcedencia» de la solicitud y su consiguiente inadmisión (resolución recurrible en vía administrativa, y presumiblemente contencioso-administrativa, versando el recurso «exclusivamente sobre la inadmisión»).

Si durante la tramitación del expediente —incluido con seguridad el período de consultas— la Autoridad laboral conociera actuaciones del empresario que pudieran hacer ineficaces sus pronunciamientos en cuanto a la crisis —por ejemplo, el pago de las indemnizaciones—, podrá recabar del empresario su paralización o pedirla a la «autoridad competente», a la que también denunciará —si la extinción afecta «a más del 50 por 100 de los trabajadores» (!)— la venta de bienes de la empresa. Normalmente, la denuncia debe hacerse al Ministerio Fiscal, puesto que, el alzamiento de bienes y la elusión de la satisfacción o pago de deuda, «incluidos los derechos económicos de los trabajadores» —el denominado «alzamiento laboral»— están previstos como insolvencia punible en CP, art. 257<sup>22</sup>. Cabe también la denuncia al juez o funcionario «que tramite las actuaciones a paralizar» (Campos Alonso).

### d) Resolución del expediente

Dentro de los quince días naturales siguientes al en que reciba la comuni-

<sup>22</sup> Para doctrina y jurisprudencia anteriores al CP de 1995, la 14.ª ed., págs. 394-395, notas 15, 16 y 17.

cación de que el período de consultas ha concluido sin acuerdo, la Autoridad laboral debe conceder o denegar la autorización en resolución «motivada y congruente».

En cuanto *motivada*, la resolución debe decir si se han acreditado o no «las causas motivadoras del expediente», y si en virtud de ellas se justifican «razonablemente» o no los despidos. Pero es preciso distinguir en cuanto a la motivación:

— Si la crisis es *parcial*, que los despidos van a contribuir «a superar [la] situación económica negativa» o a «garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo [reducido por los despidos] en la misma».

— Si la crisis es *total*, que los despidos son la consecuencia llamémosla fatal de la ruina e inviabilidad sobrevenida de la empresa.

Con seguridad la resolución deberá contener<sup>23</sup> —como debe contener la solicitud de iniciación («... designar los trabajadores que vayan a ser afectados»); DREyTC, art. 6.1.c)— la relación nominal de los despidos que autoriza, lo que quiere decir que decide también sobre la prioridad de éstos en los supuestos de crisis parcial. Sin embargo, la jurisprudencia admite que la «resolución administrativa» no «contenga el listado», esto es, que autorice «la extinción... sin especificación de personas»<sup>24</sup>.

La jurisprudencia habla también insistentemente de la «sana e indispensable» discrecionalidad de que la Autoridad laboral debe gozar para la resolución de estos expedientes<sup>25</sup>.

En cuanto *congruente con la solicitud empresarial*, con seguridad se elimina la posibilidad de resolver algo distinto de lo pedido ni en más de lo pedido<sup>26</sup>; sí, quizá, en menos, aunque sin alterar la calidad de la petición (se pueden, por tanto, autorizar despidos en número menor de los pedidos).

Si en plazo «no hubiera recaído pronunciamiento expreso, se entenderá autorizada la medida extintiva —esto es, autorizados los despidos— en los términos de la solicitud». Silencio administrativo positivo, pues.

### e) Efectos de la resolución autorizante

Conviene distinguir entre efectos sustantivos y efectos procesales.

a') *Los efectos sustantivos* de la autorización son múltiples; por su orden deben reseñarse los siguientes:

1.º El reconocimiento y pago al trabajador<sup>27</sup> al que se despida de la

<sup>23</sup> Interpretación confirmada por la sentencia del Tribunal de conflictos (art. 38.1 LOPJ) de 26 diciembre 1988 (BOE 6 febrero 1989).

Contra la inclusión o exclusión en la lista, el recurso es el contencioso-administrativo (STS 24 abril 1990 [Ar. 348]; Auto, S. 3.º [7.º], 25 junio 1990 [Ar. 4.686]); Trib. Conflictos 25 junio 1996 (Ar. 4.979).

<sup>24</sup> STSud 12 julio 1999 (Ar. [2000] 3.416), entre otras, de lo que extrae la consecuencia de que el Juez de lo Social conoce de la «especificación» que haga el empresario, si impugnada.

<sup>25</sup> STS, S. 4.º, 31 mayo 1966, 16 abril 1969, 9 mayo 1972, 23 enero 1974 y 2 noviembre 1976; S. 3.º, 11 junio 1984. Sin conculcar «materia reglada» (STS 29 septiembre 1973) y observando las reglas de procedimiento (STS 23 enero 1974).

<sup>26</sup> Sobre la desaparecida latitud de la resolución, la 13.ª ed., págs. 421-422, notas 41-42.

<sup>27</sup> La resolución autorizante *no* implica reconocimiento del carácter laboral de la relación, novedosa doctrina (STSud 4 noviembre 1999 [Ar. 9.109]).

indemnización que prevé el art. 51.8 ET: «veinte días [de salario] por año de servicio... con un máximo de doce mensualidades»<sup>28</sup>, indemnización que no puede ser eliminada, ni su cuantía disminuida «por ninguna clase de estipulación o pacto»<sup>29</sup>. La indemnización se fija, por el empresario, en vista de la resolución administrativa que autoriza los despidos, demandando el trabajador ante el Juez de lo Social si «el empresario no abonara... la indemnización o existiese disconformidad respecto de su cuantía», caso este en que puede demandar también el FGS<sup>30</sup>. El Juez de lo Social<sup>31</sup> decide sobre las indemnizaciones, «sin revisar ni examinar las causas que sirvieron de fundamento a la Autoridad laboral para autorizar la extinción de los contratos»<sup>32</sup> ni, menos, declarar la nulidad del despido por falta de pago de la indemnización<sup>33</sup>.

2.º No parece que ni el empresario esté obligado a sujetarse ni la resolución pueda establecer un orden determinado de prioridades para los despidos en caso de crisis parcial, salvo respetar la «prioridad de permanencia»<sup>34</sup> —esto es, han de ser a los últimos a quienes se despida dentro de su categoría profesional—, que tanto el art. 51.7 como el art. 68.b) reconocen a los representantes legales de los trabajadores<sup>35</sup>; prioridad renunciabile<sup>36</sup>. El orden inverso al de antigüedad es comúnmente seguido; en cualquier caso la selección de los despedidos no puede discriminar en violación de ET, art. 17.1<sup>37</sup>.

3.º Firme en vía administrativa la resolución que autoriza los despidos, es el empresario quien en su caso, despide haciendo uso, no necesario, de la autorización<sup>38</sup>. Tampoco tiene por qué despedir al mismo tiempo a todos los

<sup>28</sup> Determinadas normas sectoriales conceden indemnizaciones; si aquéllas son anteriores al ET, están derogadas por éste (STS 17 julio 1989 [Ar. 5.486], doctrina dudosa). Se pueden pactar indemnizaciones complementarias, sujetas a las condiciones que el pacto fije (STSud 28 octubre 1996 [Ar. 7.799], 8 julio 1997 [Ar. 5.566] y las que citan); estas condiciones pueden o no afectar a la devolución de la indemnización; desde luego a la complementaria, pero también a la básica de ET, art. 51.8, atendida la justificación del pacto de devolución (TCO, 99, 100 y 117/2001).

<sup>29</sup> STSud 20 marzo 1996 (Ar. 2.303).

Tiene derecho a la indemnización el excedente forzoso; no el excedente voluntario (STSud 25 octubre 2000 [Ar. 9.676], aunque esta decisión precisará de matizaciones, algunas de las cuales prevé el voto, particular aunque concurren con el fallo, que acompaña al de la mayoría).

<sup>30</sup> Si ha de pechar con parte de la indemnización, conforme al art. 33.8 ET; el Juez, no el Fondo, fija entonces la indemnización (STS 7 noviembre 1986 [Ar. 6.294]).

<sup>31</sup> Citando, en su caso [*infra*, B.b)], al FGS (SCT 18 septiembre 1985).

<sup>32</sup> STS 12 mayo 1981 y 8 mayo 1982, en supuestos anteriores al ET, siguiendo jurisprudencia reiterada; SCT 27 enero 1987 (Ar. 1.546).

La acción para pedir «las indemnizaciones derivadas de la extinción» prescribe al año conforme al art. 59.1 ET (STS 14 julio 1983).

<sup>33</sup> SCT 11 enero 1983.

<sup>34</sup> Ni siquiera para los minusválidos, por falta de previsión legal expresa (STS, S. 3.º [4.º], 11 junio 2001 [Ar. 4.399]); quizá pudiera haberse llegado a otra solución al amparo de las normas generales antidiscriminatorias; como en efecto se ha llegado en el supuesto de selección discriminatoria antisindical (TCO 48/2002).

<sup>35</sup> Reflexionando sobre fecha de nombramiento del representante, y cumplimiento por éste de sus funciones en caso de suspensión, STS 13 septiembre 1990 (Ar. 7.004).

<sup>36</sup> *Supra*, cap. 6.º, nota 91a y texto correspondiente.

<sup>37</sup> La prioridad de permanencia se extiende a los delegados sindicales, por remisión implícita al art. 68.a) ET del art. 10.3 LOLS. Por más que parezca tácitamente contradictoria en STS 21 noviembre 1989 (Ar. 8.214).

La fecha que debe tenerse en cuenta a estos efectos es la del despido, no la anterior de la autorización (STS 30 octubre 1989 [Ar. 7.465]).

<sup>38</sup> A esta solución llega, por atornillada vía, STS, S. 3.º, 20 junio 1986; por llano camino, STS 30 octubre 1989 (Ar. 7.465).

trabajadores afectados<sup>39</sup>, ni inmediata y automáticamente; aparte de que la propia resolución administrativa puede dar un plazo para «poner[la] en práctica»<sup>40</sup>, en todo caso puede «ir realizando [los despidos] de forma gradual»<sup>41</sup>; pero si no se extingue en plazo razonable<sup>42</sup>, justificando la demora (por ejemplo; «conclusión de labores en curso») hay que entender caducada la autorización, por renuncia a lo autorizado, que no ordenado. El pago de las indemnizaciones debe ser previo o simultáneo al despido.

4.º El despido por crisis es un parado forzoso conforme al art. 208.1.a) LSS (o un anticipadamente jubilado si tiene 55 o más años [ET, art. 51.15, adicionado por la Ley 35/2002, de 13 de julio]) de ahí que la Autoridad laboral deba dar traslado de la iniciación del expediente al INEM, como gestor de las prestaciones de desempleo (ET, art. 51.3; LSS, art. 226) para su conocimiento (y para su «posible... informe», según DREyTC, art. 9.1 [¿?]); y probablemente a la TGS si de jubilación se trata, para el complejo tema de la financiación de la pensión.

5.º Si el expediente se ha iniciado a instancia de los trabajadores, no nos hallamos ante una autorización al empresario de la que éste pueda hacer o no uso, sino ante una decisión que se le impone (Montoya).

b) *En cuanto a los efectos procesales administrativos*, teniendo en cuenta que para lo no previsto en el art. 51, su núm. 13 remite a la LRJyPA, «en particular (!) en materia de recursos», la resolución expresa que conceda o niegue la autorización, y la resolución presunta que, por hipótesis, la conceda, son susceptibles de recurso administrativo ordinario, en plazo de un mes, transcurrido estérilmente el cual, «la resolución será firme a todos los efectos» (salvo que proceda el recurso de revisión).

El recurso queda desestimado por silencio si transcurren tres meses desde su interposición, sin que recaiga resolución expresa; ésta o la presunta ponen fin a la vía administrativa.

El sucesivo silencio, originario y en la alzada, implica que la autorización ha sido concedida, lo que exige que la petición (a depurarla habrá contribuido el período de consultas) tenga los requisitos precisos para que el silencio positivo opere (García-Trevijano), que, en general, son los mismos que impedirían una resolución expresa negativa; causa a su vez de la que la expresa tardía de tal contenido quede precluida.

c) *En cuanto a los efectos procesales judiciales*, agotada la vía administrativa debiera quedar abierta la de la Jurisdicción social<sup>43</sup>; pero aplazada *ad kalendas graecas* la vigencia de estos preceptos, sigue conociendo la contencioso-administrativa.

<sup>39</sup> SCT 22 julio 1986 (Ar. 6.623).

<sup>40</sup> STS 13 septiembre 1990 (Ar. 7.004).

<sup>41</sup> STC 7 febrero 1983, muy precisa.

<sup>42</sup> El de más de tres años no es razonable (SCT 28 enero 1986 [Ar. 417]).

<sup>43</sup> Artículo 3.2.b) de la LPL —modificado por la disp. ad. 5.ª LJCA; y ésta, y por consiguiente aquél de nuevo, por LPac.99, disp. ad. 24.ª— conforme al cual la Jurisdicción

social «conocerá... de las pretensiones sobre... las resoluciones administrativas relativas a regulación de empleo».

Para la regulación anterior, ver la 15.ª ed., págs. 418-419, y en ellas las notas 36 a 42; también STS, S. 3.º [4.º] 3 enero 2001 [Ar. 726]; refiriendo a la actual Auto *of* 20 diciembre 2000 (Ar. [2001] 9.098), [Ver D.Pr.Tr., cap. 1.º, III.B.c.b)].

### f) Efectos de la falta de autorización

Un despido por crisis sin haber «obtenido [el empresario] la previa autorización administrativa» —por tanto, si no se ha pedido o si se ha pedido y denegado— es nulo; declaración que hará el Juez incluso de oficio (art. 124 LPL) y que implica «la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir»<sup>44</sup>.

### B. Expedientes abreviados

Junto al expediente de crisis típico prevé el ET expedientes abreviados para otros supuestos, que a continuación se resumen.

#### a) Crisis por fuerza mayor propia

Conforme al art. 51.12 ET, aparte de que en tal caso el «período de consultas» no es necesario y de que la Autoridad laboral ha de resolver tan sólo tras «las actuaciones e informes indispensables» (ni siquiera el del Inspector de Trabajo lo es; Vázquez), en plazo de cinco días; la resolución autorizante retrotrae sus efectos a «la fecha del hecho causante de la fuerza mayor», que será también la fecha de los despidos, si desde ella se dejaron de prestar los servicios.

Sólo el empresario puede iniciar el expediente.

La Autoridad laboral puede decidir que todo o parte de la indemnización sea pagada por el FGS, que puede repetir contra el empresario.

El art. 51 dice que la fuerza mayor [propia] «deberá ser constatada», mientras que para la impropia dice que los despidos deben ser autorizados. No se trata sino de modos de expresión: en virtud de la constatación se autorizan los despidos en el primer caso, y la autorización en el segundo exige también la constatación de la crisis. «Constatación» —esto es, comprobación o prueba— y autorización son necesarias en ambos casos<sup>45</sup>; y en el de fuerza mayor propia no dejarán de jugar factores interpretativos a propósito de una regla —«imposibilidad definitiva de la prestación de trabajo»— formulada de tal modo que su supuesto de hecho es casi imposible (del Valle).

#### b) Crisis de empresa pequeña

Si la empresa tiene menos de veinticinco trabajadores, con independen-

<sup>44</sup> SCT 11 marzo 1982 y 29 octubre 1985 [dos sentencias]; STSud 15 junio 1992 (Ar. 4.576), entre otras muchas.

Sobre la ejecución de estas sentencias, *DPTr*, 11.ª ed., 2001, cap. 10.ª, II.C.

<sup>45</sup> Un principio de constatación puede venir ya dado; así, «los expedientes de regulación de empleo que tengan su causa en... las inunda-

ciones [del norte de España; agosto 1983] se consideraron debidos a fuerza mayor, a los efectos de los arts. 47 y 51 ET (RDL 5/1983, de 1 septiembre, art. 5.1).

La Jurisdicción contencioso-administrativa decide la controversia (fuerza mayor propia o impropia) sobre la causa (STS, S. 3.ª, 9 y 22 diciembre 1986 [Ar. 7.119 y 7.181]).

cia de su solvencia<sup>46</sup>, el FGS asume, como «obligación pura», el pago del 40 por 100 de la indemnización<sup>47</sup> (art. 33.8 ET; «ajustada a los límites» del número 2.º y, por tanto, a los del art. 51.8 [Fernández Domínguez] en cuanto al módulo de la indemnización y en cuanto a su cuantía global<sup>48</sup>). Probablemente, al referirse la ayuda del FGS a la «indemnización legal» —y venir limitada, por tanto, por la cuantía esta (los veinte días de salario por año de servicio con el máximo de doce meses, de ET, art. 51.8)—, responde el FGS aunque extinción e indemnización se fijen por acuerdo en el período de consultas. Por otro lado, cuando las indemnizaciones se fijan por el Juez, no es necesaria reclamación ni vía previa ante el FGS<sup>49</sup>. Del 60 por 100 es responsable el empresario, con el FGS como «fiador o responsable legal subsidiario»<sup>50</sup>; del 40 por 100 el FGS es «responsable directo»<sup>51</sup>.

#### c) Suspensiones por crisis

El art. 47 ET, se recordará, remite al 51 en cuanto a la suspensión del contrato de trabajo, «a iniciativa del empresario por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción», lo que con seguridad quiere decir que aquí también opera la distinción entre suspensión de colectivos *menores* y *mayores*, siendo sólo la de estos últimos los que precisan autorización administrativa; respecto de la que se dan las siguientes reglas especiales:

1.ª Las suspensiones no se indemnizan (art. 47.1).

2.ª La duración del período de consultas se reduce a su mitad, y la documentación justificativa a la estrictamente necesaria.

3.ª La autorización debe ser otorgada cuando se juzgue «razonablemente que... es necesaria para superar una situación de carácter coyuntural de la actividad de la empresa».

Cuando se trate de suspensión por fuerza mayor propia, la «constatación» por la Autoridad laboral, y por consiguiente su autorización, es precisa en todo caso «cualquiera que sea el número de trabajadores afectados» (arts. 47.2 y 51.12 ET)<sup>52</sup>.

<sup>46</sup> STSud 27 junio 1992 (Ar. 4.684).

<sup>47</sup> SCT 10 enero 1989 (Ar. 538); errónea en este respecto la citada STSud 27 junio 1992. Si el empresario anticipa este pago, puede reclamarlo del FGS dentro del año siguiente al pago (STSud 5 diciembre 2000 [Ar. 10.420]).

<sup>48</sup> Para que el FGS se haga cargo del 60 por 100 restante es precisa la insolvencia del empresario (MONTOLYA). El Juez de trabajo es competente respecto de la reclamación contra el FGS, conforme al art. 2.ª) LPL; en su sentencia ha de constar el número de trabajadores de la empresa (SCT 1 octubre 1985).

La mejora por el empresario (o por convenio colectivo; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ) de su «fracción de indemnización... no afecta a la prestación a cargo del Fondo» (STSud 24 noviembre 1992 [Ar. 8.831]).

Confusas, si no de insostenible doctrina, STSud 12 y 16 diciembre 1992 (Ar. 10.077 y 10.334).

<sup>49</sup> SCT 27 noviembre 1985 y 4 febrero 1986 (Ar. 623); ni «expediente interno» en el propio FGS (STSud 27 junio 1995 [Ar. 5.231]) y 7 mayo 1997 [Ar. 3.657]); siempre que el FGS hubiera sido citado al juicio (SCT 29 enero 1986 [Ar. 460]).

<sup>50</sup> STSud 24 abril 2001 [Ar. 4.878]; de ahí que a la interrupción de la prescripción se aplique CC, art. 1.975.

<sup>51</sup> STSud 3 julio 2001 (Ar. 7.305); ver *supra* cap. 13, IX.B.b).

<sup>52</sup> Ejemplo de fuerza mayor propia suspensiva, «nevada... que impide el acceso de los trabajadores», en STS, S. 3.ª [4.ª], 20 julio 1995 (Ar. 6.282); lluvia «suspensiva» y «no suspen-

Durante la suspensión el trabajador *no* puede ser llamado a que se reincorpore a su trabajo acortando la suspensión, y *sí* puede prestar sus servicios a otro empresario, sin que por ello se rompa el contrato de trabajo suspendido<sup>53</sup> (razonable esto, no aquello). La buena fe exige que el empresario avise al trabajador para su reincorporación cuando concluya la suspensión<sup>54</sup>.

Según doctrina, inconcusa ya, el tiempo de suspensión no computa para vacaciones<sup>55</sup>.

Con seguridad, el no llamamiento de trabajadores de temporada exige expediente de crisis, que será de suspensión si refiere a temporada concreta y de extinción en otro caso<sup>56</sup>.

## VI. RECONVERSIONES INDUSTRIALES

Causa del expediente de crisis puede ser, se dijo, la reestructuración de la empresa para que ésta siga existiendo; el expediente de crisis de empresa aislada fundado en esta causa no tiene particularidad especial; la tiene, en cambio, si la empresa está incluida dentro de un sector industrial o forma parte de un grupo de empresas declarado «en reconversión».

La reconversión sectorial está regulada hoy por la Ley 27/1984, de 26 junio<sup>57</sup>, según la cual para un sector industrial o, excepcionalmente, grupo de empresas que «se encuentre en una situación de crisis de especial gravedad y la recuperación del mismo se considere de interés general», el Gobierno puede acordar una serie de medidas, tras una tramitación que tiene las siguientes fases:

1.ª Elaboración de un *plan de reconversión*, negociado por la Administración y las organizaciones de trabajadores y empresarios implicadas. Si sobre el plan no se obtiene acuerdo, puede no obstante ser aprobado si la reconversión «se estima imprescindible para los intereses de la economía nacional».

2.ª Aprobación de un *Real Decreto de reconversión*, sobre la base del plan, que determine los beneficios aplicables de los previstos en la ley, precise los recursos públi-

siva» (STS, S. 3.ª [4.ª], 26 junio 1988 [Ar. 4.730] y 19 octubre 1998 [Ar. 7.702]; huelga que desabastece de materias primas (STS, S. 3.ª [4.ª], 29 junio 1998 [Ar. 5.039] y 24 febrero 1998 [Ar. 918]). Ver también *supra*, cap. 13, IX.A, sobre *Impedimentos del trabajo*.

<sup>53</sup> Respectivamente, STS 18 noviembre 1986 (de muy dudosa doctrina) y 7 mayo 1990 (Ar. 3.973); SCT 11 junio 1980.

<sup>54</sup> SCT 21 septiembre 1988 (Ar. 5.734).

<sup>55</sup> SCT 5 enero, 21 febrero y 10 abril 1980; menos fundadas, SCT 4 abril y 6 mayo 1981; vuelven a la doctrina inicial SCT 17 enero, 2 agosto y 17 noviembre 1983, 3 y 9 mayo, 3 julio y 2 octubre 1984, 18 marzo 1985, razonando que el supuesto *no* guarda analogía con los previstos por el art. 5.º del Convenio 132 OIT (véase *supra*, cap. 10, IV.A).

<sup>56</sup> SCT 11 abril 1981; STS 11 junio 1983, entre otras.

<sup>57</sup> Para las normas generales anteriores al

RDL 9/1981, de 11 junio, y planes de reconversión aprobados con arreglo a ellas, véase la 6.ª ed. de este libro, págs. 294-295; para las del RDL citado, la 7.ª, págs. 320-321; para las de la Ley 21/1982, la 8.ª, págs. 310-312. Precedente inmediato de la Ley 27/1984, en esta sucesión vertiginosa, fue el RDL 8/1983, de 30 noviembre. Para las prestaciones de paro forzoso, véase ALONSO OLEA-TORTUERO, *Instituciones de Seguridad Social*, 18.ª ed., Madrid, 2002, cap. 6.

Ejemplo de reconversión en aplicación de la Ley 27/1984, el del «sector de fertilizantes» aprobado por RD 295/1985, de 20 febrero.

Sobre planes de reconversión en otros sectores, véase la 10.ª ed., pág. 379, nota 49.

En GARCÍA BECEDAS, cerrada a 31 diciembre 1987, una completa «Relación normativa de la reconversión», sectores afectados y «zonas de urgente reindustrialización».

cos a comprometer y establezca una comisión de seguimiento y control de la aplicación del plan<sup>58</sup>.

3.ª Acogimiento de empresas concretas al Decreto de reconversión mediante la elaboración de un *programa de reconversión*, que debe ser aprobado por la Administración, previo informe del comité y, «en su caso, de los delegados sindicales reconocidos», de empresa o por quien designen éstos, según lo que pueda prever el RD de reconversión; sustituye este informe al previsto por el art. 64.1.4.ª) ET y el art. 10.3.3.º LOLS<sup>59</sup>.

Las medidas que la ley prevé son básicamente tributarias y financieras, pero contiene también algunas laborales y de seguridad social, a saber:

— «La aprobación de un plan de reconversión será considerada como causa... a los efectos de que las empresas... puedan modificar, suspender o extinguir las relaciones laborales», lo que probablemente quiere decir que el expediente de crisis no necesita otra fundamentación que el acogimiento al plan. Si el expediente es de suspensión o de reducción de jornada, «las empresas se beneficiarán de la exoneración [de pago de las cuotas de seguridad social] prevista en el art. 20.3 de la Ley 15/1980, de 8 octubre» (hoy, en el art. 12.2 de la Ley 31/1984, de 2 agosto)<sup>60</sup>.

— También pueden aplicarse medidas «de movilidad geográfica y funcional», modificación de las condiciones de trabajo que probablemente precisan de expediente (el del art. 41 ET), justificado por la reconversión misma, y aun sin necesidad de plan, si se solicita y obtiene la suspensión de los contratos de trabajo y están dentro de sector en reconversión<sup>61</sup>.

— Si del plan derivan «fusiones, segregaciones, asociaciones o agrupaciones de empresas», el plan debe fijar «el régimen unitario o no» de las condiciones de trabajo en las empresas afectadas, así como, en su caso, las transferencias de personal con «las correspondientes garantías jurídicas y económicas».

— Se conceden «ayudas equivalentes a la jubilación anticipada» de trabajadores mayores de sesenta años, con garantías de percepción mínima y situación asimilada al alta en la seguridad social, hasta cumplir la edad normal de jubilación. *No* nos hallamos ante una jubilación de las prohibidas por inconstitucionales (*infra*, cap. 20, III.C).

— Se conceden las prestaciones de paro, «por el período máximo legal, por una sola vez, con independencia de las cotizaciones previas».

— Pueden prever los Decretos de reconversión la constitución de *Fondos de promoción de empleo* para la creación de empleos nuevos, readaptación profesional de los trabajadores excedentes y colaboración con el INEM<sup>62</sup>.

— Las indemnizaciones que deban pagar las empresas como consecuencia de la extinción de los contratos de trabajo «podrán ser fraccionadas hasta un máximo de doce mensualidades»; pero cada fracción no debe ser inferior al salario «que el trabajador hubiere percibido en activo».

Aunque, según su disposición final 1.ª, la Ley 27/1984 —salvo para los planes de reconversión conforme a ella aprobados<sup>63</sup>— concluía el 31 diciembre 1986, su vigencia, se prolongó indefinidamente, y se puso en conexión con las normas de la CE, por la disposición adicional 42.ª LP.87 (Martínez Girón). La Ley 27/1984 fue desarrollada

<sup>58</sup> La Ley 27/1984, art. 6.º1, prevé en efecto la creación en los RD de reconversión de estas «comisiones de control y seguimiento» formadas por «las organizaciones empresariales y sindicales» que estén de acuerdo con el plan de reconversión; las que no lo estén quedan excluidas (TCO 9/1986; *Jur. Const.* TSS, t. IV, ref. 179).

<sup>59</sup> SCT 12 febrero 1987.

<sup>60</sup> La exoneración es obligada, no discrecional (STS, S. 3.ª [7.ª], 21 junio 1990 [Ar. 4.682]); y [4.ª] 14 octubre 1999 [Ar. 7.560]).

<sup>61</sup> STS 12 marzo 1998 (Ar. 3.491) y las que cita.

<sup>62</sup> La creación y funcionamiento de estos fondos en RD 335/1984, de 8 febrero.

<sup>63</sup> STS, S. 3.ª [4.ª], 30 noviembre 1999 (Ar. 9.530).

por RD 1.880/1984, de 17 octubre, norma esta básicamente de seguridad social, como muestran las rúbricas de sus tres capítulos: ampliación de las prestaciones de desempleo, ayudas de jubilación anticipada y cotización adicional de seguridad social<sup>64</sup>.

Las ayudas «laborales» a las empresas en reconversión se concedían con cargo al *Fondo nacional de protección al trabajo*; suprimido éste<sup>65</sup>, se atienden, junto con las de seguridad social, mediante consignaciones presupuestarias, además de aportaciones de las propias empresas, que pueden nutrir los *Fondos de promoción de empleo*, que administran las prestaciones sociales de los planes de reconversión.

Se debe subrayar que el empresario que reconvierte y provoca con ello una situación de crisis, como quiere el art. 51 ET en general para las crisis parciales, lo hace en evitación de situaciones catastróficas previsibles, que generarían crisis ulterior sin reconversión posible; ello explica las facilidades y ayudas estatales en estos supuestos, siempre que lo que la Ley llama «la recuperación» sea de interés general, y declaraciones como que «el mantenimiento a ultranza de un determinado número de puestos de trabajo... no es principio configurador del orden público laboral»<sup>66</sup>.

El RD 825/1993, de 28 mayo, dice contener medidas laborales y de seguridad social aplicables a las empresas que, conforme a la Ley 21/1992, de *industria*, «tengan aprobado un programa de promoción industrial»; lo único «laboral» de las medidas es la previsión de que del programa resulten despidos («trabajadores excedentes», «trabajadores que... cese[n]») que, por consiguiente, en principio se entienden justificados, previéndose para los despedidos prejubilaciones y prestaciones de paro.

## VII. DESPIDO POR CAUSAS OBJETIVAS; INEPTITUD, CRISIS INDIVIDUAL Y DE COLECTIVO MENOR, ABSENTISMO

Entre el despido por fuerza mayor y el disciplinario, el ET coloca, bajo la rúbrica eufemística (Blancas; nos hallamos en efecto ante despidos) *Extinción del contrato por causas objetivas* la serie heterogénea de supuestos —de despido, se insiste— que se pasa a estudiar.

### A. Supuestos

El complejo art. 52 ET resulta de la acumulación en él de los supuestos que seguidamente se exponen.

#### a) Ineptitud

Siguiendo al DLRT, y corrigiendo un error técnico de la LCT, se sitúa aquí, extrayéndola de las causas de despido disciplinario, la ineptitud [«inhabilidad

<sup>64</sup> A su vez, este RD fue desarrollado por OM 31 julio 1985, y está modificada por OM 8 mayo 1991 (demostraciones de la vigencia continuada de la Ley y el Decreto de 1984).

<sup>65</sup> Con los demás *Fondos* creados por Ley 45/1960, de 21 julio (Ley 74/1980, de 29 diciembre, disposición adicional 4.<sup>a</sup>); no desaparece la atención a sus finalidades, para las cuales se siguen consignando partidas en los

Presupuestos del Estado. En efecto, suprimido ya el *Fondo*, OM 27 marzo 1981 y sucesivas anuales aprueban lo que ahora se llama *Plan de Inversiones de Protección al Trabajo* (antes, «Plan de inversiones del *Fondo Nacional...*», etc.

<sup>66</sup> STS 10 abril y 20 mayo 1990 (Ar. 3.452 y 4.510); con cita de las de 27 octubre 1987 (Ar. 7.210 y 7.211).

o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona...»<sup>67</sup>) del trabajador «conocida [y probada<sup>68</sup>] o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa»<sup>69</sup>, una vez transcurrido el período de prueba<sup>70</sup>; bien entendido que si se prueba que la ineptitud existía con anterioridad «al cumplimiento de un período de prueba» deja de ser operante, inciso que debe ser corregido en el doble sentido de que, de un lado, la ineptitud juega como causa de nulidad del contrato si fue ocultada dolosamente por el trabajador o motivó el error sustancial del empresario<sup>71</sup>, y que, probablemente, deja de jugar si el empresario ha renunciado al período de prueba (Goñi) expresamente. La ineptitud debe referir a las tareas esenciales del trabajador, ser de efectos no circunstanciales (Rivero) y no amparar conductas negligentes (Fita).

#### b) Falta de adaptación

Como la ineptitud, el supuesto de ET, art. 52.b) se caracteriza por una impotencia subjetiva no culpable: «falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas... [de]... su puesto de trabajo», tras un período de dos meses para intentar la readaptación, o de tres si se ofrece un curso de reconversión (en cuyo último caso el contrato de trabajo queda en suspenso con percepción del salario medio; una causa de suspensión a añadir a las del art. 45.1), extremos ambos que la doctrina (Albiol *et al.*, Aparicio, Desdentado) había recomendado.

#### c) «Amortización» de puestos de trabajo

La hipótesis del apartado c) es la «necesidad... de amortizar puestos de trabajo [léase despedir] por alguna de las causas previstas en el art. 51.1... en número inferior al establecido en el mismo»; esto es, en los casos de despidos individuales o despidos colectivos *menores*<sup>72</sup>, siempre que en cuanto a éstos

<sup>67</sup> STS 2 mayo 1990 (Ar. 3.937).

<sup>68</sup> SCT 1 julio 1986 (Ar. 5.358).

<sup>69</sup> Por ejemplo: «retirada del carnet de conducir... [a trabajador]... cuyo puesto era precisamente el de conductor» (STS 27 octubre 1983 [dos sentencias] y las que cita la primera). «La suspensión del carnet profesional [por la Administración que inhabilita para todo trabajo en casinos» (STS 5 marzo 1984). En estos casos hay que indagar, quizá, la motivación del *factum principis*.

<sup>70</sup> Aún a los pocos días de esto (STSud 27 octubre 2000 [Ar. 9.677]).

<sup>71</sup> Este es, evidentemente, el caso en SCT 10 febrero 1988 (Ar. 1.531); por ello la sentencia dice que *no* tiene «relevancia... que haya transcurrido el período de prueba, pues el cese se decreta por nulidad del contrato».

Sobre el juego de la ineptitud como causa de despido, STS 12 febrero 1990 (Ar. 898).

<sup>72</sup> *Supra*, V, 2.<sup>a</sup> distinción. Sin necesidad de expediente respecto de los representantes unitarios ni sindicales, por no ser un despido disciplinario (CORTE); pero posiblemente conservando aquéllos la «prioridad de permanencia», si la «amortización» no consiste, como puede, «en la supresión de la totalidad de la plantilla» (STSud 14 junio 1996 [Ar. 5.162]).

Sobre la identidad de la causa, de ET, art. 51.1 y art. 52.c), STSud 14 junio y 24 abril 1996 (Ar. 5.162 y 5.297); *supra*, notas 10 y 12.

Hay amortización y cabe por tanto el despido aunque la plaza del despido la ocupe el empresario mismo (STSud 29 mayo 2001, Ar. 5.452).

no se supere el «umbral» que los define y no se eluda la prohibición de los noventa días (esto es, que medien al menos ciento ochenta días entre dos grupos de despedidos; Briones).

La LMFci modificó ET, art. 52.c) y —aparte de «suprimir a la referencia a la empresa» lo que permite referir la causa a unidad inferior dentro de ella (Durán)— explicita morosamente en qué ha de consistir la «necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo», pidiendo para ella una causa similar —aunque al explicitarla al tiempo la robustezca y la flexibilice y, si se quiere, la amplíe (Alonso Olea), «reforzando los poderes del empresario en la adopción de medidas extintivas»— a la pedida, y similarmente ampliada, por el artículo 51.1 para los despidos colectivos que necesitan autorización, recalcando el precepto que debe «acreditar» el empresario la razonabilidad de sus previsiones de futuro, que no probar inexistentes hechos presentes (Monereo, Fernández Avilés, Alonso Olea); «ni el Juez [en el supuesto del art. 52.c)] ni la Administración [en el supuesto del art. 51.1] puede sustituir por la suya propia la decisión del empresario»; «el control [administrativo o judicial, en sus respectivos campos] no puede ir más allá de verificar la razonabilidad de la medida... excluyendo cualquier valoración de la gestión del empresario» (Rivero Lamas, de Val Tena); obedeciendo, pues, la versión 1997 de ET, art. 52.c), como se apreciara ya respecto de la de 1994, «a una concepción limitativa del control judicial... sobre esta[s] causa[s] para despedir» (Casas), a «ofrecer menos margen... a interpretaciones judiciales de la libertad empresarial de despedir» (Durán). De despido se trata, en efecto <sup>73</sup>.

Conexa a la modificación de ET, art. 52.c), bien que de importancia menor, es el precepto contenido en la disp. ad. 1.<sup>ª</sup> de la LMFci, conforme a la cual, respecto de los contratos celebrados a su amparo (o respecto de todos [?]; esto probablemente, visto lo genérico del precepto), si el despido es declarado improcedente por cualquiera de las causas objetivas de ET, art. 52 y el empresario opta por la indemnización, ésta no es la de ET, art. 56.1.b) [*infra*, cap. 18, 2], sino una más reducida: treinta y tres días de salario por año de servicio, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades.

El art. 52.c) reitera para sus supuestos el precepto del art. 51.7 sobre prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores; esta respetada, la selección de los trabajadores afectados es facultad del empresario <sup>74</sup>.

La subvención del 40 por 100 de las indemnizaciones que a las empresas de menos de veinticinco trabajadores otorga el art. 33.8 ET con cargo al FGS [*supra*, V.B.b)] comprende también el supuesto de despido «por la causa prevista en el apartado c) del art. 52» <sup>75</sup>.

<sup>73</sup> «La extinción contractual prevista en el art. 52.c) ET tiene igual naturaleza que la del art. 51... ambos [son] supuestos de despido» reconoce bien STSud 26 enero 1998 (Ar. 1.065).

<sup>74</sup> STSud 19 enero 1998 (Ar. 996).

<sup>75</sup> Esta regla, procedente de LMFci, había sido anticipada por la jurisprudencia (STSud 26 enero y 13 febrero 1998 [Ar. 1.065 y 1.303]).

#### d) Absentismo

Constituyen el supuesto d) del art. 52 las faltas de asistencia al trabajo intermitentes, justificadas o no, por causas tales como huelga *ilegal* <sup>76</sup>, enfermedades comunes no constatadas «por los servicios médicos oficiales» (los Nacionales de Salud normalmente), o de duración inferior a veinte días en cualquier caso, que se aproximan a un incumplimiento contractual culpable presunto y que persiguen en sus ejemplos individuales más notorios (ausencias del 20 o 25 por 100 de las «jornadas hábiles») el fenómeno colectivo del absentismo (que el índice de éste «supere el cinco por ciento... de la plantilla del centro de trabajo» es condición para que la causa juegue <sup>77</sup>; las ausencias por debajo de este índice jugarán, en su caso, como causa para sancionar a quienes las cometan [Briones]), fenómeno este (presente en numerosos ambientes: absentismo escolar y académico, administrativo y parlamentario, laboral) definible, en lo que aquí importa, como la ausencia de un número excesivo de trabajadores, que resulta del hábito de dejar ocasional y frecuentemente de trabajar sin motivo serio —la enfermedad simulada o el simple malestar es causa frecuente—, dependiente de factores múltiples y diversos, entre ellos caracteres del individuo, organización y tipo de trabajo, vida familiar, ambiente social. La versión *colectiva* de este fenómeno del «intermitente "goteo" de breves períodos... de ausencia... de difícil comprobación en cuanto a su origen» <sup>78</sup>, es la clave del precepto y la que arroja dudas sobre si las ausencias deben ser contempladas con más amplitud que las faltas de asistencia *individuales* (Sagardoy).

#### e) «Factum principis»

Por dar algún nombre a hechos tales como la «insuficiente consignación presupuestaria anual para el mantenimiento del puesto de trabajo», en contratos por tiempo indefinido para «ejecución de planes y programas *públicos*, aunque no se pide que el empresario sea un ente público. Estamos ante un acto de autoridad de los aludidos, *supra*, IV.A.

Con todos estos supuestos [a un lado el e), añadido a ET, art. 52.1 por la LRim] configura el ET un tipo de despido bajo la rúbrica anodina de *causas objetivas*, cuyo antecedente se halla en el despido «por motivos justificados, pero independientes de su [del trabajador] voluntad» que preveía el art. 81 LCT (Montoya) y cuya razón dominante es la mejora de la eficacia o la defensa de la productividad (Durán, Rivero), combinada con la pretensión de evitar defectos cuantitativos o cualitativos del rendimiento

<sup>76</sup> No por huelga legal, excluida por el art. 52.d) ET, que suspende el contrato conforme al art. 45.1.f) ET (SCT 18 abril 1985).

<sup>77</sup> No juegan a estos efectos los descansos de la mujer por parto (SCT 18 septiembre y 1 octubre 1980 y las que en ellas se citan), ni por riesgo de embarazo.

Las excepciones del art. 52.d), párr. 2.º, ET

son de derecho necesario (TJMa 12 diciembre 1989).

<sup>78</sup> SCT 26 mayo 1981 (Ar. 3526). Puede pactarse un «incentivo por deducción de absentismo» que no se percibe si éste se da, reduciéndose en consecuencia el salario; sobre este pacto y sus límites, TCo 189/1993 (*Jur. Const. TSS*, t. XI, ref. 758; *com. Gil y Gil*).

no debidos a conductas deliberadas, sino a abulia o negligencia continuada, culposas pues, que no llegando a lo sancionable como incumplimiento, hacen que el despido disciplinario no sea utilizable. Aunque los arts. 52 y 53 ET evitan cuidadosamente hablar de despido, prefiriendo expresiones genéricas («extinción», «decisión extintiva», «acto de extinción»), nos hallamos sin duda ante un despido.

## B. Requisitos

Son requisitos de forma de este despido, a tenor del art. 53.1 ET, aparte del de fondo de la concurrencia de la causa:

1.º «Comunicación escrita al trabajador expresando la causa»; *forma del despido* similar a la del disciplinario y con sus mismos efectos; «causa» equivale a «hechos»<sup>79</sup>, debiendo, por tanto, alegarse éstos en la carta, no valiendo la mera referencia al precepto legal (*infra*, cap. 18, I.A).

2.º «Poner a disposición» del trabajador al tiempo de la comunicación —así debe ser entendida la expresión «simultáneamente»— una indemnización de veinte días de salario por cada año de servicios, con un máximo de doce mensualidades; la «puesta a disposición» no exige la entrega, aunque por supuesto ésta cumple el precepto; exige algo más que un mero ofrecimiento<sup>80</sup>, y desde luego exige, además de la simultaneidad<sup>81</sup>, la indicación precisa de la cantidad, calculada en su importe legal, y el lugar en que el trabajador la tiene a su disposición para percepción inmediata. No existe inconveniente, y hasta es lógico, que sea en la misma comunicación donde se contengan las menciones precisas sobre la indemnización ofrecida.

Si el despido se funda en el art. 52.c) alegando causa económica, el pago de la indemnización puede demorarse hasta el momento mismo del despido<sup>82</sup>.

3.º Concesión de un preaviso de treinta días (o abono de los salarios correspondientes al mismo), durante el cual el trabajador tiene derecho a un permiso retribuido de seis horas por semana para «buscar nuevo empleo».

## C. Revisión del despido

El trabajador despedido puede demandar «como si se tratara de despido disciplinario», dentro del plazo de caducidad de éste, que comienza a contar desde el despido efectivo, no desde el preaviso, *infra*, cap. 20, V.B; aunque la

<sup>79</sup> «La expresión "causa" en este precepto [art. 53.1.a)]... es equivalente a los "hechos" del art. 55.1 (STS 3 noviembre 1982); que por ello deben exponerse con precisión y claridad (STS 10 marzo 1986 [Ar. 1.371]).

<sup>80</sup> A tenor de SCT 3 mayo 1980, el ofrecimiento debe ser tal que «el destinatario pueda sin más requisito posterior que su personal y voluntaria determinación hacer efectiva la suma dineraria»; en el mismo sentido, STS 28 abril 1988 (Ar. 3.042). El ofrecimiento es obligatorio también para el Estado empresario (SCT 10 diciembre 1981).

<sup>81</sup> Exigida ésta con rigor extremo, y hasta excesivo si se quiere, por la jurisprudencia (STSud 23 abril y 28 mayo 2001, Ar. 4.874 y 5.445).

<sup>82</sup> Causa económica precisamente (no «técnica, organizativa [ni] de producción») y la demora precisamente debida a «tal situación económica» y haciéndolo constar en la comunicación de despido [requisitos adicionales del art. 53.1.a), párr. 2.º, ET]. STSud 17 julio 1998 (Ar. 7.049) y 20 noviembre 1999 (Ar. 8.745).

decisión del empresario es impugnabile desde el propio preaviso, como dijo la jurisprudencia anterior a la LPL y ésta (art. 121.1) confirmó<sup>83</sup>.

Las modalizaciones, que hacen la regulación similar, pero no idéntica, a la del despido disciplinario, son las siguientes:

1.ª El Juez declarará *procedente* el despido si la forma se ha cumplido y la causa probado y condenará al abono de la indemnización mencionada *supra* —si ésta no hubiera sido hecha efectiva ya, en cuyo supuesto queda «consolidada»—, y, en su caso, a la indemnización por falta de preaviso. El trabajador queda en situación de paro involuntario a efectos de seguridad social [art. 208.1.d)].

2.ª El Juez declarará *nulo* el despido:

— Si es discriminatorio o si viola los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, o los relativos a descansos y suspensiones por causa de maternidad y conexas<sup>84</sup>.

— Si no se han cumplido los requisitos de forma (salvo el preaviso), esto es, si falta la comunicación escrita o no se ha puesto —o pagado *a posteriori* si hubo acogimiento justificado a la excepción del art. 53.1.b)— la indemnización a disposición del trabajador, o la ofrecida es inferior sustancial y notoriamente a la debida<sup>85</sup> (salvo «error de cálculo» [art. 122.3 LPL]).

Si el despido es nulo por defecto de forma —no si por discriminatorio, porque entonces la nulidad es insubsanable—, puede procederse a la «posterior observancia... de los requisitos incumplidos»; pero esto no es técnicamente «subsanción» del anterior, sino «nuevo... [despido]... con efectos desde su fecha»<sup>86</sup>, también revisable.

3.ª El Juez declarará *improcedente* el despido si, aun formalmente válido, la causa legal alegada no resulta probada o es insuficiente.

(La declaración de nulidad o improcedencia del despido no impone que la indemnización haya de pagarse de nuevo si percibida en su momento, lo que es posible porque se parte de la regla anómala conforme a la cual la «percepción... de la indemnización... no enerva el ejercicio de la acción ni supone conformidad con la decisión empresarial» de despedir [art. 121.2 LPL]). Procede desde luego la indemnización propia del despido improcedente, ajustada a lo ya dicho [*supra* A.c), pág. 442] con probable deducción de la indemnización ya percibida).

Tiene poco sentido, si alguno, que siendo *improcedente* el despido disciplinario por vicio de forma, como se verá, sea *nulo* por esto mismo el despido por causas objetivas; pero el texto del art. 53.4 ET —no modificado por el DLMFCi— es claro en su sentido y a él habrá de estarse, por anómalo que parezca; salvo que la anomalía reiteradamente acusada (así Galiana, Rodríguez Sañudo), se corrija<sup>87</sup> entendiendo que los despidos objetivos como los disciplinarios, en que se haya incurrido en vicio de forma, son improcedentes y no nulos.

Llena de sentido, en cambio, es la nulidad del despido discriminatorio; también la regla del art. 122.2.d) LPL según la cual son nulos los despidos cuando en los de colectivos menores haya habido fraude de ley, encubriendo despidos de colectivos mayores para los cuales se hubiera precisado autorización administrativa.

<sup>83</sup> Anterior, SCT 6 diciembre 1977; posterior, 11 diciembre 1984.

<sup>84</sup> ET, arts. 41.1.d), 37.4-5 y 46.3 (*red.* LVFL); *supra*, caps. 4.º I.C.; 10.º I.B.; 14.º III.C.

<sup>85</sup> STS 19 noviembre 1980 (segunda sentencia); SCT 20 enero 1978, 16 marzo 1982, 17 febrero 1988 (Ar. 1.556). Sobre esta jurisprudencia reflexiona TCo 60/1984 (*Jur. Const.* TSS,

t. II, ref. 116). Con descuento por diferencia entre la ofrecida y la debida en SCT 20 mayo 1986 (Ar. 3.472).

<sup>86</sup> El nuevo despido obsta a la ejecución del anterior por la vía de la readmisión (STS 8 mayo 1985).

<sup>87</sup> Lo que *no* ha sido el caso en la jurisprudencia: STSud 17 julio 1998 (Ar. 7.049).

BIBLIOGRAFIA: M.ª C. AGUILAR GONZÁLEZ y T. PÉREZ DEL RÍO, *El período de consultas...*, en DpCE, pág. 144; M. T. ALAMEDA CASTILLO, *Extinción del contrato de trabajo e insolvencia empresarial*, Madrid, 2001, págs. 60-61, 172-173; J. ALBIOL MONTESINOS *et al.*, *El Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, 1981, págs. 406-407; M. ALONSO OLEA, *El despido. Un estudio de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario*, Madrid, 1957, págs. 18-22; el mismo, *Sobre la forma del despido en relación con el Convenio núm. 158 de la OIT*, en «Doc. Laboral», núm. 20 (1986), págs. 43-50; el mismo, *El mercado de trabajo en España y en la UE*, en «Papeles y memorias de la RACMP», Madrid, 1998, págs. 68-69; el mismo, *[La] Disposición adicional quinta*, en RAP, núm. 100, 1998; J. APARICIO TOVAR, *Contrato de trabajo en prácticas y formación profesional permanente*, en *Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales*, Departamento de Derecho del Trabajo, Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, 1977, págs. 129-130; C. BLANCAS BUSTAMANTE, *El Despido en el Derecho Laboral Peruano*, Lima, 2002, pág. 36; B. BLASCO SEGURA, *La suspensión del contrato de trabajo: los apartados i), j) y iii) del art. 45 del Estatuto de los Trabajadores*, en «Cuad. Derecho Judicial», noviembre 1994, pág. 217; M.ª E. CASAS BAAMONDE, *El despido individual...: la improcedencia y la nulidad del despido*, en R. ESCUDERO (COORD.), *Reforma de la legislación laboral*, Universidad de Sevilla, 1997, pág. 161; N. CORTE HEREDERO, *Forma y efectos del despido por causas objetivas*, en EsD, pág. 189; A. DESDENTADO BONETE, *Problemas de enjuiciamiento del despido colectivo y del despido objetivo*, en «Cuad. Derecho Judicial», núm. ..., págs. 93-99; J. DRAPER MATEU, *La comprobación de la existencia de la crisis*, en *Diecisiete lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y desempleo*, Departamento de Derecho del Trabajo, Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, 1970; F. DURÁN LÓPEZ, *El despido por circunstancias objetivas y la nueva regulación del despido*, en RPS, núm. 117 (1978); el mismo, *El despido objetivo: causa, forma y efectos*, «ET, 20 años», t. II, pág. 1108; I. DURÉNDEZ, *El despido objetivo*, en EsD, págs. 163-164 y 168-170; R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, *El impacto en el sistema de fuentes...*, en el mismo (COORD.), *Reforma...*, cit., pág. 252; F. FITA ORTEGA, *La ineptitud como causa de extinción del contrato de trabajo*, Valencia, 1997, págs. 42-44; J. M. GALLANA MORENO, *El Convenio núm. 158 de la OIT y su incidencia en los despidos individuales*, en «Revista Jurídica Murcia», núm. 4 (1986), págs. 103-108; el mismo, *Consideraciones sobre la improcedencia del despido por razones formales*, en CaDD, pág. 96; G. GARCÍA BECEDAS, *Reconversiones industriales y ordenamiento laboral*, Madrid, 1989, págs. 245-249; F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, ed. Universidad de Zaragoza, 1974, pág. 799; R. GARCÍA LÓPEZ, *Consideraciones en torno a la figura del despido*, en RPS, núm. 143 (1984), pág. 75; E. GARCÍA-TREVIGIANO GARNICA, *El silencio administrativo en el Derecho español*, Madrid, 1991, caps. IV, III, y IV; el mismo, en B. PENDAS GARCÍA y col., *Administraciones públicas y ciudadanos*, Barcelona, 1993, pág. 383; J. GONZÁLEZ PÉREZ, *La Ley de planta y el proceso administrativo*, en REDA, núm. 61 (1989), pág. 28; el mismo, *Régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común*, Madrid, 1993, pág. 960; J. L. GONI SEIN, *La ineptitud del trabajador como causa de despido*, en REDT, núm. 11 (1982); J. GUASP, *Apuntes de clase (Curso 1944-1945)*, Facultad de Derecho, Universidad de Madrid; J. M. LÓPEZ GÓMEZ, *Las causas económicas y empresariales de despido*, en DpCE, pág. 49; J. LÓPEZ LÓPEZ, *Marcos autonómicos de relaciones laborales y de protección social*, Madrid, 1993, pág. 115; J. MARTÍNEZ GIRÓN, *Despidos colectivos...* (Seminarío [sobre] la reforma del mercado de trabajo), Madrid, 1993, págs. 797-798; J. L. MONEREO PÉREZ, *La regulación comunitaria de la reestructuración de empresas...*, en el mismo, ed., «La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral», Univ. de Granada, 1996, págs. 390-405; el mismo y J. A. FERNÁNDEZ AVILÉS, *El despido colectivo en el Derecho español*, Pamplona, 1997, págs. 100-101; los mismos, *La reconfiguración causal del despido colectivo*, en PyFD, págs. 176, 180, 187, 195-199; A. MONTROYA MELGAR, *El despido por fuerza mayor*, en RPS, núm. 85 (1970); el mismo, *Derecho del trabajo*, 4.ª ed., Madrid, 1981, pág. 423; 8.ª ed., 1987, pág. 464; el mismo, *La reforma del FGS*, en «Doc. Laboral», núm. 17 (1985), pág. 25; F. NAVARRO NIETO, *Los despidos colectivos*, Madrid, 1996, págs. 99-104 y 211-213; J. RENTERO JOVER, *El despido por quiebra o insolvencia empresarial*, en EsD, págs. 254-256 y 263; J. RIVERO LAMAS, *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas: criterios jurisprudenciales*, en «Revista General de Derecho», núm. 573 (1992), págs. 5492-5495; el mismo y A. L. DE VAL TENA, *Los despidos por causas económicas: aspectos procedimentales y procesales*, en PyFD, págs. 234-239; J. RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA, *De la rigidez al equilibrio flexible*, Madrid, 1994, pág. 146; F. RODRÍGUEZ SAÑUDO, *Las competencias de la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia laboral*, III.La.f) (Ponencia), Jerez, 30 de noviembre de 1984; el mismo, *El régimen jurídico del despido individual*, Ponencia, VIII Congr. Nacional D. Tr. y S.S., Albacete, 1997; el mismo, *Reflexiones en torno al régimen jurídico del despido improcedente*, en CaDD, pág. 207; E. ROJO TORRECILLA, *El despido disciplinario*, en PaD, págs. 231-232; J. A. SAGARDOY BENGOCHEA, *Ineptitud, falta de adaptación y absentismo*, en EsD, págs. 151-153;

A. V. SEMPERE NAVARRO, *La fijación de las indemnizaciones en los expedientes de regulación de empleo*, en REDT, núm. 19 (1984); J. M.ª SERRANO GARCÍA, *El plan social en los despidos colectivos*, Valladolid, 2002, págs. 92-93 y 216 ff.; F. SUÁREZ GONZÁLEZ, *Las nuevas relaciones laborales y la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, 1980, págs. 174-175; J. L. TORTUERO PLAZA, *Jubilación forzosa...*, Madrid, 2002, cap. V, págs. 91-104; I. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, *El informe de la Inspección de Trabajo en los expedientes de regulación de empleo*, en REDT, núm. 71 (1995); B. DA G. LOBO XAVIER, *O despedimento colectivo no dimensionamento da empresa*, Lisboa/São Paulo, 2000, págs. 711-712; R. ZIPPELIUS, *Rechtsphilosophie*, § 6 IV, 3, Munich, 1982, pág. 39; varios autores, *El Convenio núm. 158 de la OIT*, en «Doc. Laboral», núm. 20 (1986).

\* \* \*

EsD abrevia *Estudios sobre el despido*, en homenaje al profesor Montoya Melgar, Univ. Complutense, 1996. CaDD abrevia *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario*, estudios ofrecidos al profesor M. Alonso Olea (J. GARATE CASTRO, ed.), Univ. de Santiago de Compostela, 1997; DpCE abrevia *Despidos por causas económicas y empresariales* (J. CRUZ VILLALÓN, ed.), Univ. de Cádiz, 1996; PyFD abrevia *Presente y futuro de la regulación del despido* (J. CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, ed.), Junta de Andalucía, Sevilla, 1997; PaD, *Problemas aplicativos del despido en las reformas laborales de 1994 y 1997* (V. MARTÍNEZ ABASCAL, ed.), Acta de Tarragona, 1998).

Son lecturas obligadas hoy, como lo fueron en el pasado, de varios autores, *Dieciséis lecciones sobre causas de despido y Diecisiete lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y desempleo*, Universidad de Madrid, 1969 y 1970 (BAYÓN CHACÓN y ALONSO OLEA, eds.).

## DESPIDO DISCIPLINARIO: LAS CAUSAS DEL DESPIDO

SUMARIO: I. CONCEPTO Y NATURALEZA DEL DESPIDO DISCIPLINARIO.—II. CAUSA GENÉRICA Y CAUSAS ESPECÍFICAS DEL DESPIDO DISCIPLINARIO.—III. INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL: A. *Defectos en cuanto a la prestación básica*. B. *Defectos de disciplina*. C. *Defectos de conducta*. D. *Concurrencia de incumplimientos*.—IV. SOBRE LA TASA DE LAS CAUSAS DE DESPIDO.—V. INCUMPLIMIENTO GRAVE.—VI. INCUMPLIMIENTO CULPABLE.—VII. DESPIDOS DERIVADOS DE CONFLICTOS COLECTIVOS.—VIII. DESPIDO DISCRIMINATORIO O POR VIOLACIÓN DE DERECHO FUNDAMENTAL.

### I. CONCEPTO Y NATURALEZA DEL DESPIDO DISCIPLINARIO

El despido disciplinario puede ser definido como la *resolución unilateral del contrato de trabajo por decisión del empresario fundada en un incumplimiento previo del trabajador*.

El primer inciso de la definición refiere al despido como género y ha sido ya analizado; el segundo, a través de su causa, diferencia los despidos disciplinarios de los fundados en fuerza mayor. Ya se dijo que el despido en nuestro Derecho es una institución causal en cuanto que el empresario tiene que alegar y probar un fundamento de su decisión resolutoria para legitimarla; se señaló también que todos los posibles fundamentos o causas se reducían a dos: el hecho obstativo imposibilitante definitivo de las prestaciones contractuales y el incumplimiento de lo convenido por parte del trabajador. Nos hallamos ahora ante el segundo supuesto.

Recuérdese que estamos ante una extinción [«el contrato de trabajo se extinguirá... por despido»: art. 49.1.k) ET] por resolución («por decisión del empresario, mediante despido»: art. 54.1 ET), lo que quiere decir que la causa extintiva no opera automáticamente, sino que faculta a una de las partes para extinguir, legitimando su acción. Dicho de otra forma: el empresario puede resolver basándose en el incumplimiento, o puede tolerarlo, continuando en consecuencia el contrato; el perdón expreso o tácito del incumplimiento agota sus efectos; como en tantos otros ámbitos, lo importante no es lo que se incumple, ni el incumplimiento, sino las consecuencias que, quien puede, extrae de ello.

Si la consecuencia que extrae el empresario es despedir, nos hallamos ante el *despido disciplinario*, que así contemplamos ahora como modo de extinción del contrato; puede serlo también como sanción impuesta por la comisión de falta, en virtud de la potestad que deriva del poder de dirección del empresario; ya se hizo este análisis en su lugar (*supra*, cap. 14) y se dijo cómo precisamente el despido, pese a ser la sanción más grave, puede ser explicado sin refe-

rencia a aquel poder, y cómo por su esencia es irrenunciable *ex ante* la facultad de despedir: *dolus futurus per pactum remitti non potest*, que dijera Baldo.

## II. CAUSA GENERICA Y CAUSAS ESPECIFICAS DEL DESPIDO DISCIPLINARIO

Cualquier incumplimiento del contrato de trabajo por el trabajador no es causa de despido; ha de tratarse de un incumplimiento cualificado, por lo mismo que sus efectos sobre el contrato son de la máxima gravedad: el incumplimiento del trabajador, precisa el ET, ha de ser *contractual, grave y culpable*.

El ET, sin romper por completo con sus precedentes, aunque desviándose notoriamente de ellos, contiene a la vez esta fórmula general definitoria o descriptiva del incumplimiento resolutorio —elaborada por la doctrina española y normal en el Derecho comparado<sup>1</sup>— y una lista de causas de despido que la explaya. Vamos a examinar una y otra, fórmula y lista, estudiando de paso el tema —muy controvertido en el pasado, de poco relieve ya— de si la lista es limitativa o enunciativa.

## III. INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

No se puede despedir sino por incumplimiento de obligaciones que el trabajador ha asumido contractualmente. El ET se cuida de recalcarlo: la lista del art. 54.2 es una relación de «incumplimientos *contractuales*»; para su análisis deben tenerse en cuenta, de un lado, la complejidad y las matizaciones del deber contractual de buena fe, así como todo lo implicado en el de obediencia a las órdenes generales y particulares del empresario, y de otro, que el contrato se ejecuta normalmente en el seno de la empresa, en contacto sus sujetos y prestaciones con sujetos y prestaciones simultáneas, antecedentes y consecuentes, de otros contratos de trabajo; de esta «inserción» en la empresa derivan deberes, ocasionados, si no causados, por el contrato de trabajo, que se incorporan a su contenido obligacional.

De ahí la variedad de incumplimientos que pueden servir de causa al despido, y de ahí que esta variedad no debe nunca difuminar el dato esencial de que los incumplimientos han de ser contractuales.

Una clasificación ordenada de estos incumplimientos, tomando por base la lista del art. 54.2 ET, puede ser la siguiente (las letras que preceden a cada incumplimiento son las mismas con que aparecen en la lista citada):

### A. Defectos en cuanto a la prestación básica

La prestación básica del trabajador es la de trabajar o prestar sus servicios

<sup>1</sup> Referencias doctrinales y comparadas, en la 7.ª ed. de este libro, págs. 326-327. Suavización de la «voluntad deliberadamente rebelde» como requisito para la resolución, STS, S. 1.ª, 15 febrero 1991 (Ar. 1.271).

al empresario; se consideran incumplimientos contractuales típicos, por tanto, los defectos en cuanto a esta prestación. Son tales:

a) *Las faltas repetidas e injustificadas de puntualidad o de asistencia al trabajo*, en cuanto que forzosamente implican que durante ellas el trabajo no se está prestando, se está frustrando el objeto del contrato y el trabajador está incumpliendo su obligación esencial, como resultado necesario de su ausencia total o parcial durante el tiempo de trabajo.

e) *La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del trabajo normal o pactado*, que implica defecto de diligencia en el cumplimiento exigible contractualmente; el trabajador no debe un tiempo de trabajo, sino el trabajo prestado durante un cierto tiempo, en cantidad o a nivel bien de rendimiento acostumbrado (*normal*), cuando no se ha fijado uno expreso, bien de este último si tal es el caso (*pactado*). Repárese en que la falta de rendimiento debe ser grave (*continuada*) y culpable (*voluntaria*); en otro caso, podemos hallarnos ante la ineptitud del art. 52.a). No alcanzar un rendimiento mínimo, que obviamente no pueda calificarse de excesivo o abusivo, puede haber sido previsto por las partes en el contrato como condición resolutoria, en cuyo caso juega al amparo del art. 49.1.b) ET; aunque la jurisprudencia está encontrando dificultades para la aplicación de este precepto en vez de, o junto con, el de los arts. 54.2.e) y 55.1 ET<sup>2</sup> —y art. 68.a) ET en caso de representantes del personal<sup>3</sup>—. Probablemente la distinción pasa por el carácter continuado y voluntario que, además de grave, se exige para la causa de despido, y que no es exigible en cuanto incumplimiento de la condición, por mucho que este incumplimiento deba ser atemperado por la presencia demostrada de fuerzas mayores que impidan alcanzar el rendimiento pactado.

Una fenomenal masa de jurisprudencia, literalmente miles de decisiones, de la hoy Sala 4.<sup>a</sup> —antes, sucesivamente, 5.<sup>a</sup> y 6.<sup>a</sup>— del TS y del TCT, y la aún más abundante de los Magistrados, Jueces hoy, de instancia, ha versado sobre estas y las demás causas de despido, de acuerdo con las listas legales anteriores; quede, por tanto, dicho de una vez que la consulta de un repertorio de jurisprudencia, o de un texto de la LCT antes, del ET hoy, anotados jurisprudencialmente, es imprescindible para conocer la aplicación práctica de todas y cada una de las causas: antes, art. 77 LCT; hoy, art. 54.2 ET<sup>4</sup>. En ocasiones, alguna sentencia reexamina el «estado [jurisprudencial] de la cues-

<sup>2</sup> Así, para STS 18 noviembre 1982, la condición pactada al amparo del art. 49.2 ET, «no genera una causa autónoma de extinción..., sino una modalidad del despido del apartado 11 del mismo artículo [49 del ET] expresamente contemplada en el art. 54.2.e)». En cambio, para STS 15 noviembre 1982, que cita la de 26 noviembre 1980 y SCT 20 abril 1983, la peculiaridad del pacto, con todo y con poder derivar de él un despido, es que el empresario no tiene que probar «otra cosa que la existencia de la obligación, siendo el trabajador quien habrá de probar que, si dejó incumplido el contrato, no fue por culpa suya». SCT 25 febrero y 14 abril 1983 y 10 abril 1985 configuran como despido la extinción por incumplimiento del

pacto de rendimiento mínimo, mientras que para SCT 3 mayo 1980 y 15 diciembre 1982 (con menor claridad ésta) se trata de una «resolución automática» por incumplimiento de la condición.

<sup>3</sup> STS 28 abril 1987 (Ar. 2861).

<sup>4</sup> Para la jurisprudencia y para una exégesis pormenorizada del art. 77 LCT, puede consultarse el libro de los profesores del Departamento de Derecho del Trabajo, Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, *Dieciséis lecciones sobre causas del despido disciplinario*, Madrid, 1968; M. RODRÍGUEZ NAVARRO, *Doctrina laboral del Tribunal Supremo*, t. II, Madrid, 1955; C. RODRÍGUEZ DEVESA, *Las causas de despido y su jurisprudencia*, Madrid,

ción» sobre alguna de las causas (así, STS 30 abril 1976, sobre disminución de rendimiento, que trae a colación hasta cuarenta y cuatro sentencias anteriores). Jurisprudencia reciente habla de que son las causantes del despido «situaciones extremadamente individualizadas» poco apropiadas para la casación de unificación de doctrina, por faltar «la igualdad sustancial de hechos» que pide el art. 216 LPL<sup>5</sup>; lo que, si justificado para escapar del aplastamiento por la litigiosidad, trae consigo el abandono por el Tribunal Supremo de tarea secular suya y, en realidad, la renuncia a unificar; y es que si para un hecho y la pretensión que éste ampare se piden igualdades sustanciales con otro y otra de su género, además de identidad de situación, como quiere el art. 217 LPL, y esto se extrema, la búsqueda de lo imposible impedirá que haya jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre nada sustancial.

## B. Defectos de disciplina

El trabajador está sujeto a las órdenes generales y particulares emanadas del empresario, o de quien tenga autoridad delegada por éste, en cuanto al lugar, tiempo y modo de ejecutar el contrato; en esto consiste precisamente el poder de dirección característico del contrato de trabajo. Es preciso insistir aquí sobre la «contractualidad» de las órdenes para que éstas deban ser obedecidas, sobre la legitimidad que *prima facie* tiene toda orden enmarcada externamente por el contrato (*supra*, cap. 14) y sobre la ilegitimidad, también presuntiva, de la que patentemente exorbita éste: repitiendo la expresiva cita de Suárez, el deber de obedecer sólo alcanza «a lo obligado por razón del oficio» del trabajador. Viola este deber:

b) *La indisciplina o desobediencia en el trabajo*, fórmula amplia que cubre el incumplimiento tanto de la instrucción general como de la orden concreta, así por acto aislado como por conducta sostenida. Téngase en cuenta que la indisciplina puede cualificar virtualmente todas las demás causas; una ausencia del trabajo, por ejemplo, es un defecto de disciplina si el empresario ha dado orden expresa y concreta de asistencia (o ha negado legítimamente el permiso para una ausencia). Se trata de una de las causas de despido de más frecuente ocurrencia.

## C. Defectos de conducta

Se trata de incumplimientos que afectan a deberes mínimos de convivencia; con ocasión y durante la ejecución del contrato de trabajo ha de evitarse

1979; el mismo, en vista ya del ET, *La extinción del contrato de trabajo y su jurisprudencia*, Pamplona, 1984. También, ALONSO OLEA-BARREIRO, *El Estatuto de los Trabajadores. Texto actualizado, jurisprudencia, comentario*, 4.ª ed., Madrid, 1995; así como los *Estudios sobre el despido disciplinario*, recopilados por ACARL, 2.ª ed., Madrid, 1992 (en especial sobre las causas, págs. 121-361), y J. GARATE CASTRO (ed.), *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario* (CaDD), Univ. de Santiago de Compostela, 1997.

Para el estudio de las causas según el DLRT, véase la 5.ª ed. de este libro; según la LCT, la 4.ª ed. y anteriores.

<sup>5</sup> STSud 31 enero y 30 marzo 1992 (Ar. 138 y 1.982) y Autos *ud* 14 y 15 enero y 18 junio 1993 (Ar. 90, 93 y 6.291), entre otros muchos, cada vez más rotundos. La misma dudosa doctrina respecto del finiquito (STSud 31 marzo 1992 [Ar. 1.896]) y la extinción por voluntad del trabajador (STSud 11 marzo 1992 [Ar. 1.635]) y varios otros temas.

la realización de actos, la adopción de actitudes o la práctica de conductas que en el sentir común o en el del contexto laboral de que se trate se tengan por insultantes, afrentosas o en grado sumo molestas y, por ello, como violaciones del decoro mínimo de que ya se habló [*supra*, cap. 14, I.c)]; no se impone al trabajador que sea simpático ni que vaya siempre con el humor de su empresario o de sus compañeros, pero sí que se abstenga de convertir sus actos y sus palabras, su presencia misma, en fuente de incomodidad intolerable. O son incumplimientos que violan el deber general de cumplimiento de buena fe de todo contrato, o el específico del de trabajo.

Son especificaciones de esta forma de incumplir:

c) *Las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos*. Aunque se está pensando en principio en palabra u obra ofensiva, agresiva, provocadora o insultante, proferida o ejecutada durante el trabajo —comprendido, el «acoso sexual» a que se refiere el art. 4.ª2.e) ET<sup>6</sup>—, el precepto se extiende a las que ocurran en otros momentos y lugares, siempre que se pruebe una conexión con el trabajo mismo, y siempre que no resulte disculpada o atenuada por una provocación (la reacción insolvente ante la acción arrogante; Martínez Girón). No es necesario que el hecho constituya delito o falta; puede incluso seguir operando como causa de despido aun en caso de absolución o sobreseimiento en proceso penal<sup>7</sup>; los niveles de conducta contractuales no son los mismos que los que exige la defensa de la comunidad general, tesis indirectamente confirmada por la jurisprudencia sobre la «independencia» de las jurisdicciones que conocen de las infracciones de unos y otros.

d) *La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo*, es la causa genérica de despido que cubre las violaciones del deber de buena fe que al trabajador imponen los arts. 5.ªa) y 20.2. El «abuso» referido en general a la ejecución del contrato es también expresión de gran amplitud, comprendiendo todo tipo de engaño<sup>8</sup>, de «com-

<sup>6</sup> Nunca hubo duda acerca de la sanción de esta conducta, abierta o alevosa [así, últimamente, aplicando el art. 54.2.c) ET, STS 19 julio 1988 (Ar. 6.195) y 20 marzo 1991 (Ar. 1.880)]. Si imputables al empresario, art. 96.11 ET.

<sup>7</sup> STS 23 diciembre 1989 (Ar. 9.077), STSud 8 febrero 1996 (Ar. 859) y las que cita, entre otras; ver *supra*, cap. 15, III.C.

<sup>8</sup> Por ejemplo: trabajar por cuenta propia o ajena durante una «baja» por enfermedad es quebranto del deber de buena fe, que si no impone el «deber de estar sano», si impone no entorpecer ni demorar la curación y, mucho más, no simular enfermedad. Véanse al respecto STS 9 marzo y 26 noviembre 1976, 4 octubre 1978, 26 diciembre 1979, 14 junio y 10 octubre 1980, 15 julio y 7 octubre 1981, 10 mayo y 30 junio 1983, 25 y 27 octubre 1984, 31 enero y 16 julio 1985, 29 enero y 31 mayo 1986 (y las que citan), entre otras; señalada-

mente, STSud 24 febrero 1992 (Ar. 1.055): trabajar «estando de baja por *i.l.t.*... en una cervicería de su propiedad», y Auto *ud* 4 marzo 1998 (Ar. 2.073): «trabajar [en] diversas empresas de su propiedad».

También, SCT 4 mayo 1974 (dos sentencias), 20 noviembre 1979, 8 abril, 31 mayo, 17 septiembre (dos sentencias) y 2 octubre 1980, 8 enero, 3 marzo y 17 noviembre 1981, 2 marzo, 19 y 25 mayo, 8 junio 1982, 8 abril 1983 (las últimas aplicando ya el ET), subrayando algunas que durante la baja el empresario está soportando cuotas indebidas de seguridad social o que se utiliza ésta como pretexto para el absentismo [repárese en que, conforme al art. 132.b) LSS —como recalcan SCT 2 noviembre 1985 y 3 febrero 1986 (Ar. 588)—, el subsidio de *i.t.* es en general incompatible con el trabajo por cuenta propia o ajena], SCT 17 mayo 1978 y STS 5 junio 1988 (Ar. 5.219, que cita seis más), entre otras, hablan de esta doc-

portamiento fraudulento, abusivo o carente de rectitud» (Irureta), incluido el que viole el deber de no concurrencia impuesto por el art. 21. Es esta causa de despido —junto con la *b*), indisciplina o desobediencia— la que hace en gran medida ociosa la discusión sobre si son tasadas o no las listadas en el art. 54.2, según se verá. «La "transgresión de la buena fe contractual" [es] término amplio que engloba la violación de [todos] los deberes de conducta» (art. 5.º ET), dijo el Tribunal Central de Trabajo<sup>9</sup>. Repárese en que la buena fe se viola al cometer la falta y no al ocultar la falta cometida, salvo que la falta consista en la ocultación misma; dicho de otro modo, el trabajador no está obligado a confesar sus propias faltas.

f) *La embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo*, o en la convivencia que su ejecución imponga. Alguna sentencia, interpretando el art. 77.h) LCT, distinguió la embriaguez del alcoholismo

trina como «reiterada», «constante» e «inalterada».

SCT 16 enero 1978 la extiende a quien, de baja en el trabajo por enfermedad, «hace una vida de relación social normal», y SCT 8 abril y 10 junio 1980, y STS 19 octubre 1983, 14 julio 1986 y 4 octubre 1988 (Ar. 7.516), a quien, en el mismo supuesto, se dedica a «ocupaciones... de mero recreo» («asistió a una cacería de jabalíes...», «participó como piloto en un rally de coches», «practicó el frontón-tenis durante 3 horas y 28 minutos» o durante «unos 50 minutos con gran ardor», «participó en tiradas oficiales de competición»); pero véanse, en contra, SCT 23 abril 1986 (Ar. 2.720), poco fundada; SCT 19 mayo 1981, a quien realiza prácticas de conducir para obtener el permiso; SCT 23 septiembre 1980, entre otras, a «realizar cualquier tipo de actividad», y aun a quien «durante la baja hace "vida normal"» (SCT 14 junio 1988 [Ar. 4.413]). Salvo actividades recomendadas médicamente, en SCT 16 enero 1980, muy elaborada, y STS 21 marzo 1984; o «trabajos esporádicos, diferentes de los de la empresa y con vinculación familiar» (STS 12 abril 1983; aunque la tal «vinculación» no exculpa *per se*, SCT 18 febrero 1988 [Ar. 1.559]) u ocasionales que no impliquen violación grave de la buena fe (STS 4 octubre 1984), y la violan cuando la *i.t.* pide un reposo inobservado (STS 7 mayo 1987 [Ar. 3.404]).

Las perplejidades ocasionales de la jurisprudencia se deben a que en unos casos el fraude es evidente de suyo —se trabaja, siendo así que la baja es para no trabajar, o el trabajo es incompatible con la baja, no siendo ésta tal por ello—, no en otros. Por otro lado, la benignidad es mayor cuando, aun trabajando, el trabajo es por cuenta propia (así, STS 14 noviembre 1988 [Ar. 8.582]).

Por supuesto, está incluida en el precepto la simulación simple y directa de enfermedad (SCT 18 junio 1985 [dos sentencias; Ar. 4.041 y

4.044] y 8 abril 1986 [Ar. 2.247]; STS 30 abril 1991 [Ar. 3.398]).

Véase también *supra*, cap. 15, II.A.

Aun real, la «baja» ha de ser comunicada en tiempo al empresario (SCT 7 octubre y 25 noviembre 1980 y 30 diciembre 1982, 28 septiembre 1984, 4 noviembre 1986 [Ar. 10.887], entre otras muchas); aunque no es estrictamente necesaria la presentación de los «partes de confirmación» si la enfermedad consta (STS 15 noviembre 1985). En general, de la no comunicación de la baja deriva una presunción de sanidad que el trabajador debe destruir (STS 18 julio 1988 [Ar. 6.171] y las que cita) o que debe justificar (SCT 2 y 24 febrero 1988 [Ar. 1.483 y 1.581] y las que citan).

Comenzar a trabajar para otro empresario, aun durante la situación de *i.t.*, es indicio de que el trabajador ha querido extinguir y ha extinguido el contrato con el primero (abandono, *infra*, cap. 19, V; SCT 21 abril 1981).

Todo lo anterior aparte, el derecho a las prestaciones de Seguridad Social por *i.t.* se «deniega, suspende o anula» si durante tales situaciones el interesado «trabaja... por cuenta propia o ajena» [art. 132.b) LSS].

Repárese en que este aparato jurisprudencial, que sirve de breve ejemplo, y aun otros muchos más extensos, es construable, como se dijo, tanto respecto de otras variantes de la causa *c*), como de cualquier otra de las causas.

Repárese también en la falta de sentencias de unificación de doctrina sobre las causas, debida a las dificultades que para dictar encuentra el TS (STSud 15 enero 1997 [Ar. 33] y las que cita, entre otras); ausencia deliberada, que no es óbice para que exista, y abundante (hasta 76 sentencias relaciona y comenta CASAS) sobre otras cuestiones relativas al despido.

<sup>9</sup> SCT 10 diciembre 1981 (Ar. 7.289).

—distinción similar posible respecto de otras drogas— reputando esta enfermedad no justificante del despido; STS 3 junio 1963, *en interés de la ley*, rechazó esta doctrina; el ET exige que una u otra «repercutan» en el trabajo<sup>10</sup>. Téngase en cuenta, por lo demás, que el art. 11 OSH impone a los trabajadores la obligación de «cuidar y mantener su higiene personal en evitación de enfermedades contagiosas o de molestias a sus compañeros de trabajo», lo que deja cubierta la antigua «falta de aseó», y les prohíbe «presentarse o permanecer en los... [centros de trabajo]... en estado de embriaguez o de cualquier otro género de intoxicación»<sup>11</sup>.

#### D. La concurrencia de incumplimientos

Repárese en que actos o conductas determinados constitutivos de incumplimiento pueden incluirse a la vez en dos o más de los apartados que preceden. Así, las ausencias [*a*] o el defecto de rendimiento [*e*] pueden violar una orden concreta [*b*], o la ofensa [*c*] ser una indisciplina [*b*] o un abuso de confianza [*d*]. Lo que normalmente agrava los incumplimientos, se opte por sancionar ambos o uno de ellos cualificado por el otro<sup>12</sup>.

#### IV. SOBRE LA TASA DE LAS CAUSAS DE DESPIDO

Los incumplimientos contractuales que se han clasificado y comentado forman la relación completa de «causas justas de despido» que se contienen en el art. 54 ET; ya hemos aludido a la discusión, que en otros tiempos hizo vacilar a la jurisprudencia y dividió profundamente a la doctrina, sobre si estas causas son tasadas o ejemplares. Verdaderamente, los textos positivos parecen llevar hacia la primera solución; de un lado, parece significativo que el art. 54 ET —como antes el 77 LCT y el 33 DLRT— se limite a dar la relación sin ninguna indicación sobre que sus términos sean *ad exemplum*, cuando el correlativo art. 50.1 ET, que relaciona las «causas justas» para que el trabajador pueda dar por terminado el contrato, se refiere a «cualquier otro incumplimiento grave» además de los listados.

La discusión y los pronunciamientos sobre la alternativa son ya innecesarios, y buena prueba de ello es que se pueden explorar decenios de decisiones judiciales sin la más mínima referencia ni a la una ni a los otros<sup>13</sup>. La realidad es que algunos de los apartados —señaladamente, el *b*) y el *d*)], como sus homólogos de las normas anteriores y hoy derogadas; en especial, «la transgresión de la buena fe» del *d*) opera virtual-

<sup>10</sup> «Presentarse a trabajar» embriagado una y otra vez constituye la causa (SCT 14 mayo y 3 junio 1986 [Ar. 3.370 y 4.392]); la embriaguez habitual se juzga por sus efectos [así: «accidente de coche... por conducir en estado de embriaguez»; se aplica el art. 59.b) y *d*), no *f*) ET; SCT 4 junio 1987 (Ar. 12.246)].

<sup>11</sup> Respecto de esta causa, TCo 360/1993 *Jur. Const. TSS*, t. XI, ref. 805; *com.* CÁMARA BOTA), terminantemente declaró la incompetencia de las Comunidades Autónomas para

su ejecución; violaría éste el art. 149.1.7.º Const.

<sup>12</sup> Ejemplos de concurrencia en STS 9 octubre 1989 (Ar. 7.133) y 7 febrero 1990 (Ar. 1.905); SCT 1 (dos sentencias [Ar. 2.121 y 2.127]), 3 (Ar. 2.156), 8 (Ar. 2.167) y 15 (Ar. 2.200) marzo 1988, entre otras muchas.

<sup>13</sup> *Obiter*, inesperada y anacrónicamente, STS 27 septiembre 1983 declaró que las «causas disciplinarias» son *numerus clausus*; SCT 13 octubre 1988 (Ar. 6.349), que *no* lo son.

mente como «cláusula genérica», «susceptible de acoger cualquier... incumplimiento» (Rodríguez Sañudo) modulando comportamientos cualesquiera— están redactados con amplitud suficiente para que quepan en ellos, completados con los restantes, todos los tipos posibles de incumplimiento contractual del trabajador. Por decirlo con la jurisprudencia: «es prácticamente impensable que un incumplimiento del trabajador grave y culpable de sus obligaciones contractuales —art. 54.1 del Estatuto [de los trabajadores]— no esté comprendido en cualquiera de los seis apartados del núm. 2 del mismo artículo, dada la generalidad y amplitud con que algunos de ellos están redactados»<sup>14</sup>, y la facilidad con que, «con concurrencia de incumplimientos» aparte, se pasa de unos a otros; así, la falta de puntualidad [causa a)], si «advertida y amonestada», o la de «asistencia... [si]... en directa contradicción de una orden» [también causa a)] —y en general «un incumplimiento reiterado, si es advertido»— es una desobediencia o indisciplina [causa b)]<sup>15</sup>.

Las listas de faltas, incluidas las muy graves, que, como ordena el art. 58.1 ET, aparecen en las normas sectoriales, en virtud de las cuales es posible el despido, especifican para su contexto de trabajo las causas legales, moviéndose dentro de los límites impuestos por ellas, y «sin impedir la aplicación directa del concepto legal»<sup>16</sup>, aunque matizándolo al graduar faltas y sanciones<sup>17</sup>; en todo caso, las normas del ET prevalecen sobre las sectoriales, en cuanto éstas en cualquier sentido las contradigan o desvirtúen<sup>18</sup>.

## V. INCUMPLIMIENTO GRAVE

El incumplimiento de sus obligaciones contractuales por el trabajador ha de ser *grave*, atendido el incumplimiento mismo y las circunstancias en que se produzca, el ámbito o medio de trabajo en que tenga lugar, el puesto de trabajo que se ocupe y la cualificación, profesión u oficio que se tenga. La variedad virtualmente ilimitada de todos estos datos hace imposible cualquier intento de mayor precisión.

El art. 54 ET, aparte de exigir, presidiendo todas las causas, que el incumplimiento sea *grave*, menciona para algunas de ellas su reiteración, agravante característica de todo derecho sancionador; así, las faltas de puntualidad o de asistencia han de ser *repetidas*; la disminución en el rendimiento ha de ser *continuada*; la embriaguez, *habitual*. La gravedad se acrecienta si los actos primeros de incumplimiento han sido objeto de amonestación o apercibimiento, mostrando contumacia en la conducta sancionable; se debilita en caso contrario, porque revela bien una cierta permisividad sobre la que la conducta reposa, bien un desliz aislado<sup>19</sup>.

Si en otras causas no aparecen cualificaciones explícitas, es porque la gravedad está implícita en su formulación (la ofensa de palabra u obra), o en ella se entiende envuelto el reflejo jurídico de una torpeza moral en la conducta (violación de la buena fe, abuso de confianza, fraude).

<sup>14</sup> SCT 19 mayo 1981 (Ar. 3.356).

<sup>15</sup> STS 18 mayo 1983 y 27 junio 1985; MUÑOZ CAMPOS.

<sup>16</sup> SCT 4 febrero 1982 (Ar. 620).

<sup>17</sup> *Supra*, cap. 14, II.A-B; STS 30 abril 1983, 25 octubre 1984 y 5 julio 1988 (Ar. 5.763); SCT 15 octubre 1987 (Ar. 21.691).

<sup>18</sup> STS 14 julio 1983 (Ar. 3.788) y 4 mayo 1990 (Ar. 3.961), y las que citan.

<sup>19</sup> Con todo, el despido no exige previa advertencia, si esto no era «normal en la empresa en casos similares» (en STS 26 diciembre 1990 [Ar. 9.835] y 20 febrero 1991 [Ar. 850] las dos vertientes de esta doctrina).

Ya dijimos que las normas sectoriales (ordenanzas y convenios antes; ahora sólo éstos, presumiblemente) contienen cuadros de actos y conductas sancionables o «faltas», y que para las que califican como «muy graves» prevén, entre otras, la sanción de despido; ninguna de estas normas puede moverse fuera del ámbito del art. 54 ni «crear» causas nuevas de despido, aunque sí pueden especificarlas. Y pueden también, y es lo que fundamentalmente hacen, subrayar la gravedad (*muy graves*) de un acto encuadrable en el art. 54 en un contexto laboral determinado (el de la propia reglamentación o convenio); en definitiva, pueden adecuar la regla genérica a la realidad específica, «graduando y aquilando la sanción», sin contradecir nunca «el sentido de las reglas básicas»<sup>20</sup> ni «restringir los efectos disciplinarios del ET»<sup>21</sup>; lo mismo podrá decirse de las reglas del AICV, arts. 18-19.

## VI. INCUMPLIMIENTO CULPABLE

El último requisito que debe concurrir en el incumplimiento —«material o fáctico, objetivamente considerado» (Cámara)— es su imputabilidad al trabajador que incumple; que el acto o conducta sea atribuible a dolo o a negligencia inexcusable del trabajador. La resolución en que el despido consiste ha de estar, pues, fundada en un incumplimiento culpable, como en general pide el art. 54.1 ET, reiterando después el dato para alguna de las causas listadas: las faltas de puntualidad o de asistencia han de ser *injustificadas*, calificativo que también se usa respecto de las riñas y pendejas; la disminución del rendimiento ha de ser *voluntaria* (en otro caso, probablemente, nos hallaremos ante la manifestación de ineptitud, con la que la falta de rendimiento tiene semejanza externa, como ha percibido la jurisprudencia)<sup>22</sup>. Pero, sobre todo, las causas listadas, incluidas las recién citadas, implican incumplimientos o violación de obligaciones que no pueden ser sino voluntarios; ausencia «injustificada», desobediencia, indisciplina, ofensa, etc.; en algún caso incluso «maliciosa», como se ha dicho por el Tribunal Supremo con respecto de la de abuso de confianza<sup>23</sup>, y que si dejan de serlo por cualquier causa —por ejemplo, por error<sup>24</sup>— no integran la causa de despido.

La imprudencia o negligencia, *grave* por hipótesis, es fuente también de imputación, desde luego<sup>25</sup>.

<sup>20</sup> Entre otras muchas, SCT 1 marzo 1971 (dos sentencias) y STS 30 junio y 1 julio 1977; esta última recalca la imposibilidad de crear nuevas causas de despido salvo por ley; la función de especificación de las legales que tienen las entonces contenidas en las ordenanzas; y la necesidad de que la falta sea grave para que pueda ser causa de despido.

<sup>21</sup> SCT 10 febrero 1987 (Ar. 2.819) y las que cita. *Supra*, notas 15-16.

<sup>22</sup> SCT 25 noviembre 1972.

<sup>23</sup> STS 4 junio 1965, en interés de la ley, y 23 septiembre 1973.

<sup>24</sup> SCT 6 mayo 1977.

<sup>25</sup> SCT 6 mayo 1977; distinta de la recién citada; «una despreocupada actuación» en SCT

12 diciembre 1977; «actos voluntarios por malicia o negligencia... por intencionalidad u omisión culpable... [imputables]... a una torcida voluntad u omisión culposa» (STS 5 mayo 1980); «negligencia grave e inexcusable» (SCT 16 febrero 1982); «imprudencia o negligencia grave» (STS 30 septiembre 1982); reiterada, de la que se derivó perjuicio para el empresario (STS 9 diciembre 1982); «reiteración en la negligencia... en varias ocasiones amonestada» (SCT 22 abril 1983); en general: «exigiendo culpabilidad, que puede ser dolosa o culposa» (STS 12 marzo 1985 y las que cita); «... una actuación dolosa o una actuación negligente» (STS 30 abril y 16 octubre 1985, 22 febrero 1990 [Ar. 1.134]); «... tanto de forma intencional,

Las dificultades que suscitaba la ineptitud como causa de despido —antigua causa *d)*, art. 77 LCT— por posible falta de imputabilidad, fueron solventadas ya por la LRL al llevarla al despido «por causas objetivas», solución que es también la del art. 52.a) ET, como se vio (*supra*, cap. 16, VII). Las no menos graves planteadas por la prisión del trabajador quedan también resueltas en parte al ser aquella en el art. 45.1.g) ET una mera causa de suspensión del contrato, como también se ha visto (*supra*, cap. 15, IV) <sup>26</sup>. En cuanto a los actos del enajenado, *supra*, cap. 3.º, X.

## VII. DESPIDOS DERIVADOS DE CONFLICTOS COLECTIVOS

Se trae aquí esta materia para completar sistemáticamente el estudio de las causas de despido; en los derivados de conflictos colectivos, es la colectividad del conflicto la realidad que prima y desde la que deben ser examinados. Se remite, por tanto, en general, a *infra*, cap. 33, anotando aquí brevemente:

1.º La huelga legal no extingue el contrato de trabajo, sino que meramente lo suspende; tampoco es causa por la cual se pueda despedir (art. 6.º) DLRT).

2.º La huelga ilegal tampoco es extintiva por sí misma del contrato de trabajo, pero constituye una causa de despido respecto de quienes en ella hayan participado «activamente» [arts. 16.2 y 33.j) DLRT].

3.º Son también causas de despido la participación activa en alteraciones «en el régimen normal del trabajo» distintas de la huelga legal, y la negativa durante ésta a la prestación de los servicios de seguridad por los trabajadores designados al efecto [arts. 16 y 33.j) y k) DLRT]. Se insiste en que se volverá sobre estos temas en el contexto que les es propio, al estudiar los conflictos de trabajo; también en el *Anexo IV*.

## VIII. DESPIDO DISCRIMINATORIO O POR VIOLACION DE DERECHO FUNDAMENTAL

Se reitera que el despido en nuestro Derecho es un acto causal, de donde se deriva la antijuridicidad del despido sin causa o con causa insuficiente. Pero, además, la indagación de la causa puede revelar no ya su inexistencia o insuficiencia, sino la presencia de motivaciones determinantes de la voluntad de despedir opuestas a principios esenciales del ordenamiento.

Nos hallamos entonces ante el *despido discriminatorio* fruto de elaboración doctrinal seguida por la jurisprudencia ordinaria y constitucional, y por la Ley procesal [arts. 108.2.d) y 280.1.b) LPL (de 1990)] y hoy por la sustantiva y por la procesal remozada. En efecto, tanto el art. 55.5 ET como el art. 108.2 LPL dicen que «será nulo (sobre los efectos de esta nulidad; *infra*, cap. 18, II.C) el despido que tenga por móvil...»:

dolosa... como por imprudencia, negligencia o descuido» (STS 25 septiembre 1986, 30 abril y 24 septiembre 1987 [Ar. 2.841 y 6.383]); «imprudente despreocupación» (SCT 2 julio 1986 [Ar. 6.720]). En casos de camioneros, conducción negligente (SCT 24 mayo 1988 [dos sentencias: Ar. 3.706 y 3.711]).

<sup>26</sup> Respecto de estas dificultades: para la ineptitud, véase la 4.ª ed. de este libro (1976), págs. 268-270; para la prisión, véase la 5.ª ed. (1978), págs. 298-299.

1.º «Alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución», esto es, las que, según su art. 14, «no pueden prevalecer» por violar el principio de igualdad ante la ley: «discriminación... por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

2.º «Algunas de las causas de discriminación prohibidas... en la ley», referencia que hay que entender básicamente a la «versión laboral» de la prohibición constitucional de discriminación contenida en el art. 17.1 ET, que amplía ésta al prohibir la discriminación por «vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa» y «lengua dentro del Estado español». También incluye el art. 17.1 ET la prohibición de discriminación por «adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos»; pero la violación de esta prohibición, así como la referida a las «ideas religiosas y políticas», tiene también el amparo constitucional al que se refiere el apartado que sigue.

3.º El despido que «se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador»; del trabajador como persona a la que refiere la titularidad de «los derechos fundamentales y... libertades públicas» comprendidos en los arts. 15-29 de la Constitución». Así «el derecho a sindicarse libremente» y el a no «ser obligado a afiliarse a un sindicato» (art. 28.1 Const.), o el derecho a «la libertad ideológica, religiosa y de culto» (Const., art. 16) <sup>27</sup>; o a la de expresión [Const., art. 20.1.a) que, por más que revista matices específicos —«límites adicionales» a los en todo caso exigibles, incluidos los de buena fe— cuando su ejercicio se realiza en el ámbito de la relación laboral —tales límites han de ser los «estrictamente imprescindibles» <sup>28</sup>]; o a la tutela judicial efectiva y a su consiguiente «garantía de indemnidad» (Const., art. 24.1) para el ejercicio de acciones judiciales por el trabajador en defensa de sus «derechos laborales» <sup>29</sup>. Sobre esto, *infra*, cap. 26, I-II.

No se pide una voluntad deliberadamente torticera que busque la discriminación o violación de derechos fundamentales, *qua* discriminación; basta su aparición como hecho objetivo. Esto es, tanto se discrimina en un despido porque se quiera discriminar como porque no importe discriminar.

Con todo, como se dijo (*supra*, cap. 7.º, V), la prueba de la discriminación o violación del derecho fundamental —puesto que la carta de despido, si existe, disimulará o falseará la causa— incumbe a quien la alega, salvo su

<sup>27</sup> TCo 14/1993; en general, «todos los despidos vulneradores... de un derecho fundamental» (TCo 66/1993); sobre ambas, *Jur. Const. TSS*, t. XI, refs. 693 y 716; *coms.* MARTÍNEZ GIRÓN y DEL VALLE.

<sup>28</sup> Límites que se excedieron en el supuesto de TCo 204/1997 (*Jur. Const. TSS*, t. XV, ref. 1.005; *com.* MONTOYA) de ahí que denegara el amparo contra el despido, si bien STEDh de 29 enero 2000 los entendió no excedidos, obteniendo el recurrente una victoria —pírrica, si comparada con sus peticiones— para su pretensión. Por concluir: STS 20 noviembre 2001 (Ar. [2002] 358) negó la revisión por error de la

sentencia originaria (de TSJ Madrid, 5 octubre 1995); en cambio STEDh 14 marzo 2002 niega (confirmando sentencia TSJ Madrid 14 julio 1998) niega que en el despido del caso se violara la libertad de expresión del despedido, dado que éste había abusado de ella.

<sup>29</sup> TCo 101/2000 (*Jur. Const. TSS*, t. XVIII, ref. 1.139; *com.* MONTOYA MELGAR), 198/2001 y las que ambas citan.

Para otros supuestos en que el TCo desborda todo límite imaginable para declarar nulos despidos sentencias 20 y 66/2002, la segunda especialmente que cierra incluso posibilidades de negociación colectiva.

inversión en vista no de la mera alegación o afirmación de que se ha sido discriminado, sino de un panorama discriminatorio, o de la prueba de hechos de los que se desprenda sospecha vehemente o, al menos, indicio racional de violación<sup>30</sup> presente el cual el empresario ha de probar la legitimidad de la causa<sup>31</sup>. Todo ello, sin necesidad de apoyos adicionales, en virtud del juego ordinario de la prueba de presunciones, conforme a los arts. 1.214, 1.249 y 1.250 CC<sup>32</sup>.

Si un contrato de trabajo a término, que pudo haber sido prorrogado, no lo ha sido por motivo discriminatorio, estamos ante una discriminación en el empleo, indemnizable<sup>33</sup>; ante un despido nulo si ha sido discriminatoria la no conversión en indefinido de un contrato en prácticas<sup>34</sup>.

Sobre los despidos durante los períodos a que se refieren los apartados a) y b) y el inciso final de ET, art. 55.5 (*red.* LVFL) ver *supra*, cap. 4.<sup>o</sup>

Los despidos que se acaban de examinar son los únicos despidos ordinarios nulos (*infra*, págs. 474-475); para cuya declaración el despido—este como cualquier otro— ha de ser impugnado dentro de los veinte días que prescribe el art. 59,3 ET<sup>35</sup>.

Jurisprudencia de dudoso mérito, en cuanto había sumido en confusión la calificación de los despidos, había ampliado la del antiguo «radicalmente nulo» a supuestos múltiples y crecientes. El evidente *numerus clausus* de los casos de despido nulo de los arts. 108.2 y 279.1 LPL, etiquetados como fraudulentos, y la no inclusión entre

<sup>30</sup> «Existencia de un contexto o clima discriminatorio», en STS 12 septiembre 1990 (Ar. 6.999), de dudosa doctrina; mejor fundada, con acopio jurisprudencial, STS 18 junio 1991 (Ar. 5.151), *considerando* 8.<sup>o</sup>.

<sup>31</sup> No ha de probar directamente la no discriminación, «sino... los hechos motivadores [no discriminatorios, es claro] de su decisión» (TCO 7/1993; *Jur. Const.* TSS, t. XI, ref. 690; *com.* GALIANA), motivos razonables y [en el caso] «extraños a un propósito atentatorio de la libertad sindical» [TCO 1/1998 (*Jur. Const.* TSS, t. XVI, ref. 1.013, *com.* ALONSO OLEA); también TCos 190/2001 [*cons.* 5.<sup>o</sup>] y 14/2002. La prueba que ha de ser tanto más robusta cuanto más claros sean los indicios de discriminación (bien claros, p. ej., TCO 136/1996; un caso de despido discriminatorio en contrato por razón de sexo de mujer embarazada con contrato por tiempo indefinido). ¿Qué si el contrato hubiera sido por tiempo determinado? (ALONSO OLEA).

<sup>32</sup> Para casos de despido discriminatorio, con doctrina clara y terminante, STS 21 [en supuesto de delegado de personal] y 29 octubre 1982; SCT 29 abril 1981, 9 julio 1985 (que cita STS 28 marzo 1985) y 21 y 22 enero 1986 (Ar. 307 y 337); en supuesto de candidato, STS 10 junio 1988 (Ar. 5.267); sobre el «indicio» de discriminación, STS 3 diciembre 1987 (Ar. 8.821).

Aunque puede ser improcedente, no es discriminatorio el despido basado en la enfermedad del despedido (STSud 2 octubre 2001, Ar. [2002] 1.273).

TCO 12/1982 subraya «el principio de invariabilidad» de los hechos probados de la sentencia que se recurra en amparo, reiterando la doctrina de TCO 11 y 13/1982, frente a la anómala desviación que habría representado TCO de 23 noviembre de 1981. Por ello, los hechos probados y la sentencia han de referirse a la alegación de discriminación; los primeros so pena de insuficiencia, de incongruencia la segunda (STS 20 octubre 1986 [Ar. 5.848]).

Resumen de los enfoques actuales en TCO 266/1993 (*Jur. Const.* TSS, t. XI, ref. 772; *com.* Gil y Gil), y en la 184/1994, de 20 junio.

El tema de la nulidad ha de plantearse en la instancia (STS 21 diciembre 1987 [Ar. 8.990]), y precisa de pronunciamiento especial en la sentencia (art. 108.3 LPL).

<sup>33</sup> *Supra* cap. 7.<sup>o</sup> V. Este supuesto *a contrario* en el considerando 6.<sup>o</sup> de TCO. 80/2001, aplicando la solución procesal de LPL, art. 179.2 a caso de fondo extremadamente dudoso.

<sup>34</sup> TCO 29 y 30/2002; sin que valga la alegación de que la «conversión», esto es, la contratación indefinida, es discrecional.

<sup>35</sup> *Infra*, cap. 20, V; TCO 12/1982 (*Jur. Const.* TSS, t. I, ref. 11).

éstos de aquellos supuestos, abrogó esta jurisprudencia, que, por lo demás, había comenzado a ser abandonada<sup>36</sup>.

Tema distinto del despido discriminatorio es el del despido que haya podido violar el principio legal, que no constitucional, de igualdad de trato [sobre éste, *supra*, cap. 14.<sup>o</sup> T.L.A.]; relacionado con él está el de si caben indemnizaciones adicionales a las derivadas del despido, que en algún caso de discriminación ha reconocido la jurisprudencia así civil<sup>37</sup> como social<sup>38</sup>.

Ver la bibliografía del capítulo 18, siguiente.

<sup>36</sup> Para esta jurisprudencia y su crítica, véase la 11.<sup>a</sup> ed., cap. 17, VIII, pág. 429, y cap. 18, II, pág. 435; para su abandono, la 13.<sup>a</sup> ed., pág. 447; terminante en cuanto a este abandono («el despido fraudulento de creación jurisprudencial no resulta ya conciliable con... la LPL»), STSud 23 mayo y 10 julio 1996, Ar. 4.612 y 6.102.

<sup>37</sup> STS, S. 1.<sup>a</sup>, 10 abril 1999 (Ar. 1.877): «Comportamiento hostil, trato indigno y discrimi-

minatorio hacia la [mujer, "discriminada por razón de su sexo"]... de la empresa y de sus directivos y empleados», causantes de «un sufrimiento continuado e incesante... que generó o aceleró la depresión reactiva que padece. Con apoyo en CC, art. 1.902 se reconoce (dudoso el tema competencial) una indemnización adicional a la aceptada en conciliación y contenida en el finiquito.

<sup>38</sup> STSud 12 junio 2001 (Ar. 5.931).

## DESPIDO DISCIPLINARIO: ACTO DE DESPIDO. SU REVISIÓN Y EFECTOS. DESPIDOS ESPECIALES\*

SUMARIO: I. EL ACTO DEL DESPIDO DISCIPLINARIO: A. *Forma; la carta de despido*: a) Congruencia entre carta y conducta; b) Los requisitos de la carta: a') Fechas; b') Hechos; c) Otros usos de la carta; d) Formas convencionales.—II. LA REVISIÓN DEL DESPIDO, EN GENERAL: A. *La procedencia del despido y sus efectos*. B. *Improcedencia del despido*: a) La improcedencia por vicio de forma y sus efectos peculiares; el «nuevo» despido; b) La improcedencia de fondo; c) Efectos peculiares de la improcedencia de fondo: a') Presunción legal de inocencia; b') Valoración de faltas y sanciones; d) Efectos generales de la improcedencia: a') Salarios dejados de percibir; b') Indemnización; c') Readmisión: a") Cumplimiento voluntario; b") Ejecución judicial; el «incidente de no readmisión»; d') Despido en contrato por tiempo limitado. C. *Nulidad del despido*: a) Efectos del despido nulo: a') Los salarios «dejados de percibir»; b') La readmisión; la ejecución «en sus propios términos». D. *Ejecución provisional de la sentencia de despido; remisión*.—III. DESPIDOS ESPECIALES: A. *Despido de representante del personal; de delegado sindical; de afiliado a sindicato*. B. *¿Despido «abusivo»? C. Otros despidos*: a) Representantes de comercio; b) Mandos de la marina mercante y en buques pesqueros; c) Profesores.

### I. EL ACTO DEL DESPIDO DISCIPLINARIO

Las causas de despido disciplinario no operan automáticamente, sino que, como incumplimientos de lo que incumbe a uno de los obligados en un juego de obligaciones recíprocas (art. 1.124 CC), facultan al otro para resolver, proporcionando a su decisión un fundamento legítimo.

Siendo esto así, el empresario, cuando aprecie la existencia de un acto o conducta del trabajador constitutivo de un incumplimiento y quiera en su virtud despedir:

— Ha de formar su voluntad resolutoria, su decisión de despedir.

— Ha de exteriorizar su decisión o voluntad así formada mediante una declaración o manifestación.

En nuestro ordenamiento jurídico actual, la formación de la voluntad de despedir en el despido *ordinario* no interesa al Derecho, que, en cambio, fija su atención sobre la exteriorización de la voluntad ya formada, rodeando de requisitos estrictos el *acto de despido*, especialmente en cuanto a su forma, también en cuanto a su tiempo y lugar. Por el contrario, en el despido *especial* de miembros del comité de empresa y delegados de personal y sindicales, el acto de despido

\* El DLDM ha modificado profundamente la regulación del despido disciplinario; la modificación, es la que se expone en este capítulo, que también se atiene a los artículos

vigentes, modificados o no, del ET (y a la LSS). Para la regulación inmediata anterior remitimos a la versión de este mismo capítulo 18 en la 19.ª edición, 2001, de este libro.

debe ir precedido de un expediente a través del cual, además de constatar y depurar los hechos, se condensa —o se disuelve— la voluntad de despedir. Todo lo que inmediatamente sigue refiere al despido disciplinario ordinario; al final (apart. III) se estudian los *Despidos especiales*, que, por lo demás, difieren del ordinario también en sus efectos, no sólo en su forma.

Recuérdese que, siendo el despido disciplinario una sanción por falta grave, de su imposición ha de informar el empresario al comité de empresa (art. 64.1.7 ET); pero la falta de este informe no invalida el despido.

## A. Forma; la carta de despido

El despido disciplinario es un acto formal; conforme al art. 55.1 ET, «el despido deberá ser notificado por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efecto».

No es la carta de despido una forma integrativa o *ad solemnitatem*, dado que su omisión o deficiencia no genera la nulidad del despido (art. 55.4 ET), sino una denominada «improcedencia» [formal] que respeta su validez, que puede ser subsanada y que tiene efectos característicos<sup>1</sup>.

### a) Congruencia entre materia y forma; carta y conducta

Del empresario se exige no sólo [1] una manifestación de voluntad o conducta (por ejemplo, expulsar al trabajador del lugar de trabajo o negarle acceso a él), sino además [2] una declaración de voluntad a través del lenguaje escrito, mediante el documento —conocido como «carta de despido»— que prevé el art. 55.1 ET.

Hablaremos en seguida de la carta [*infra*, b)]. Respecto de la conducta, resaltaremos ahora que ha de ser inequívoca y que es necesaria a partir de la fecha «en que tendrá efecto» el despido, que debe constar en la carta. Debe haber congruencia entre [2] la voluntad de declarar la carta y [1] la que manifiestan los actos, ambas del empresario; de otro modo, si la voluntad declarada [2] fuese contrariada por la voluntad real [1], el empresario estaría yendo contra sus propios actos, condonando con su conducta permisiva ulterior incumplimientos que él mismo ha erigido ya en causa de despido. El empresario tiene la facultad de despedir, y si efectivamente la ejercita, ha de observar desde luego la forma legal [2] y, esto hecho, cesar inmediatamente en sus propias prestaciones negándose a admitir las que vengan del trabajador [1]; si se continúan prestando los servicios, mucho más si éstos se remuneran, no hay despido, aunque haya carta<sup>2</sup> y pese a la carta —y viceversa: sin carta, en principio, «toda situación no autorizada de impago retributivo e inactividad

<sup>1</sup> Sobre la accidentada historia normativa de la forma del despido, la 11.ª ed., pág. 430, nota 1. Sobre la más reciente, la 13.ª, págs. 450-452. Sobre el Conv. OIT 158, ALONSO OLEA.

<sup>2</sup> SCT 17 noviembre 1987 (Ar. 25.284); un «despido tácito» (STSud 17 noviembre 1998 [Ar. 9.748] y las que cita.

laboral constituye, de hecho, un despido»<sup>3</sup>, lo que quiere decir que la conducta inequívoca, «la cesación efectiva de la prestación decidida... por el empresario» (García Murcia) es en sí misma constitutiva de despido aunque falte la carta. Todo sin perjuicio de que la posible equivocidad de la conducta se enjuicie teniendo en cuenta «en cada caso las circunstancias que exigen la buena fe y el recto criterio de las relaciones laborales»<sup>4</sup>, lo que quiere decir que este criterio, y no uno absoluto, ha de presidir la valoración de las conductas y su significado.

### b) Los requisitos de la carta

El art. 55.1 no se limita a exigir como forma especial la escrita, sino que impone una «forma de la forma», una fórmula pues, recabando que en la carta de despido consten, también necesariamente:

a') *La fecha en que tendrá efecto el despido* (aparte de que la carta pueda y deba ir también fechada). La fecha cuya constancia se exige es aquella a la que el empresario refiere la resolución del contrato, que ha de coincidir con la de su propia conducta efectiva e inequívoca, que puede ser anterior o posterior a la de la carta como documento (a la de su firma, su emisión por el empresario o su recepción por el trabajador; en el supuesto óptimo coincidiría con la de recepción o con la siguiente a ésta). Si la fecha de recepción es anterior a la de efecto del despido, el despido existe desde esta última; si es posterior, el despido es improcedente para los días del intervalo.

La fecha «de efectos» —se insiste sobre ello porque es esencial— es, a la vez, la que debe constar en la carta como requisito de la fórmula de su despido real y efectivo. Si estas fechas discrepan, la relevante es la del despido efectivo, y desde ella comienza a correr el plazo de caducidad de la acción (*infra*, cap. 20, V). El despido ha de ser declarado improcedente si en la carta no figura fecha, o ha de declararse su existencia desde la del despido efectivo si ésta no coincide con la de la carta; *pero estas declaraciones —y la de improcedencia para el intervalo en caso de demora de la carta— sólo son posibles si la reclamación contra el despido se ha presentado dentro del plazo de caducidad comenzando a contar desde el despido real*<sup>5</sup>. En el supuesto normal de coincidencia de las fechas, el despido es válido en cuanto a este requisito, y desde esta fecha corre el plazo de caducidad.

b') *Los hechos que lo motivan*; la finalidad básica de la carta es que el trabajador sepa bien por qué se le despide; este fin se conseguirá *adecuadamente* describiendo los hechos en que el empresario quiere fundar el despido; *difícilmente* mediante la cita simple de la causa del art. 54.2 en que el empresario quiera basar su decisión; *óptimamente* mediante la constancia en la carta tanto de los hechos como del derecho. El Juez debe velar porque no se produzca en el ánimo del trabajador confusión ni equívoco del que derive inde-

<sup>3</sup> Respectivamente, SCT 27 mayo 1980 y 29 enero y 9 diciembre 1982 (Ar. 7.102); en esta última: «no proporcionar trabajo ni abonar el salario equivale al despido».

<sup>4</sup> STS 7 octubre 1970.

<sup>5</sup> *Infra*, cap. 20, V.B.a)-b).

fensión en el ejercicio de su acción impugnatoria del despido, lo que puede ocurrir con la simple cita de una causa del art. 54.2 en la carta, habida cuenta de la inespecificidad y múltiples supuestos que, según se ha dicho, pueden cubrir todas aquéllas.

Como en cuanto a la fecha, la carta sin indicación clara de los hechos deja de llenar la forma y determina la improcedencia formal del despido; pero para conseguir esta declaración el trabajador ha de demandar inexorablemente dentro del plazo de caducidad (veinte días; art. 59.3), contados desde el despido efectivo <sup>6</sup>.

### c) Otros usos de la carta

El art. 55.1 ET sólo exige la carta para el despido disciplinario. Pero repárese en que, como se vio, a su vez el art. 53.1.a) ET la exige también para el despido «por causas objetivas», y el art. 58.2 en general para sancionar faltas graves y muy graves.

La declaración, a la vez imprecisa y excesiva, de alguna sentencia de que «no cabe circunscribir el mandato del art. 55.1 [del] ET a sólo el despido disciplinario» <sup>7</sup> y la quizá desmesurada de que «el art. 55 ET no sólo es aplicable al despido disciplinario..., sino también a cualquier extinción» <sup>8</sup>, deben, si acaso, ser entendidas en el sentido de que la seguridad jurídica pide que haya una constancia o principio de prueba *escrita* sobre la causa de cualquier extinción por voluntad unilateral del empresario <sup>9</sup>.

### d) Formas convencionales

El párrafo 2.º del art. 55.1 ET dice que «por convenio colectivo podrán establecerse otras exigencias formales para el despido», oscura redacción de la que es difícil decir si las tales «exigencias formales» son *además de* la carta o *distintas de* la carta.

— Si lo primero, la forma adicional debe ser razonable, sumaria y sencilla, deviniendo nula por *contra legem* la que gravemente obstaculice el despido.

— Si lo segundo, el conocimiento de alguna forma fehaciente por el trabajador del por qué el despido debe ser mantenido.

Si la forma convencional cumple estos requisitos, los efectos de sus deficiencias son los mismos que los de la forma legal.

<sup>6</sup> *Jurisprudencia sobre lugar, tiempo y forma del despido, y en especial sobre la carta de despido* en el Anexo I (págs. 1163-1168 de la 19.ª ed.) y en ediciones anteriores. También en GÁRATE y en CASAS.

<sup>7</sup> STS 4 junio 1986; en el mismo sentido, STS 11 marzo 1989 (Ar. 1.821).

<sup>8</sup> STSud 30 junio 1993 (Ar. 4.943).

<sup>9</sup> Lo que quiere decir que «frente a una correcta notificación de la extinción... por causa válida» distinta del despido ya no puede hablarse de despido en el caso (STS 1 octubre 1986 [Ar. 5.357]).

## B. El tiempo del despido

Siendo el despido ejercicio de una facultad del empresario sin matices públicos extraordinarios (aunque algunos tiene; con toda seguridad, es un derecho irrenunciable *in abstracto* en virtud del art. 1.102 CC), es evidente que ha de decaer con el transcurso del tiempo. Este tema, indeciso durante mucho tiempo en nuestro Derecho, está solventado por el art. 60.2 ET, que fija plazos de prescripción para las faltas del trabajador —incluidas las muy graves, únicas que pueden fundar el despido—, transcurridos los cuales decae el derecho a despedir basado en la falta prescrita. Se remite a lo que se expone *infra*, cap. 20, V.

## C. El lugar del despido

El despido es una declaración o manifestación recepticia de voluntad y, como tal, carta y conducta del empresario, aunque *no* necesiten la conformidad o aceptación de la persona a la que se dirigen y cuya situación jurídica quieren afectar, esto es, del trabajador despedido, *sí* deben llegar a conocimiento de éste; lo que impone en cuanto al lugar la realización de buena fe por el empresario de los esfuerzos precisos para localizar al trabajador.

Lugar normal será el centro de trabajo o el domicilio del trabajador; pero pueden pensarse otros cualesquiera, lo que quiere decir que, siempre mediando la buena fe, el lugar específico es irrelevante.

Cosa distinta es la constancia que el empresario quiera tener de que la carta de despido ha alcanzado a su destinatario, a efectos de prueba, para lo que puede usar de cualquier procedimiento apropiado (notificación notarial, correo certificado con acuse de recibo, firma por el trabajador de un duplicado de la carta o por testigos de la entrega si no quiere firmar, etc.).

## II. LA REVISIÓN DEL DESPIDO, EN GENERAL

En cuanto confiada a la Jurisdicción Social, la revisión del despido está regulada en la LPL (arts. 103 a 119); pero esta regulación se extiende a los contenidos de la sentencia de despido, tema sustantivo, que no procesal, en la cual la LPL reitera o desarrolla el ET. Este, se insiste, ha sido profundamente modificado por el DLDM (nueva redacción de los arts. 55.6-6; 56.1-1; 57) que además ha modificado *expresamente* en lo pertinente la LSS, sin hacer lo mismo con la LPL; lo que no obsta a la derogación *tácita* de los preceptos de ésta por los del ET, que son los que debe aplicar el Juez a los despidos posteriores a 25 de mayo de 2002 (DLDM, disp. trans. 1.ª y disp. final 2.ª2), por supuesto que sin esperar a una quizá conveniente pero no necesaria modificación de la LPL.

El despido es revisable a instancia (demanda) del despedido —no de oficio; el trabajador puede aceptar su despido— formulada dentro de «los veinte días [hábiles] siguientes de aquel en que se hubiera producido». El trabajador puede pedir que el despido sea declarado *nulo* por discriminatorio, o *improcedente* por no amparado en causa legal o por deficiencias de forma. El Juez,

tras el correspondiente proceso, hará una u otra declaración según sea el caso, o declarará *procedente* el despido si no hay caso: «en el fallo de la sentencia, el Juez calificará el despido como procedente, improcedente o nulo», dice el art. 108.1 LPL, versión procesal del art. 55.3 ET, conforme al cual «el despido será calificado como procedente, improcedente o nulo».

Estas tres declaraciones —*nulidad*, *improcedencia*, *procedencia* del despido— y sus respectivos efectos se analizan seguidamente; por el ET están pensadas para el despido disciplinario, bajo cuya rúbrica —«Formas y efectos del despido *disciplinario*»— aparecen en el art. 55. De hecho, se vienen aplicando a todos los supuestos de extinción del contrato por voluntad del empresario, y con buena razón: una pretendida extinción, decidida por el empresario sin causa legítima, o que no resulte probada, es en verdad un despido *improcedente*<sup>10</sup>, en cuanto que, fallando la causa, aparece la nuda voluntad del empresario como fuente de la resolución unilateral; la misma solución si la declaración se ha hecho sin formalidad alguna, o encubriendo la forma el defecto de causa, esto es, aquella nuda voluntad, y la solución de *nulidad* si aparece la motivación discriminatoria. Si concurren causa legítima y forma nos hallaremos bien ante un despido *procedente*, si la causa está en la voluntad unilateral del empresario, bien ante otro tipo de extinción legítima. Con lo que sin dificultad puede sostenerse, como se dijo (*supra*, cap. 16, III), que la expresión genérica *despido* cubre toda extinción unilateral empresarial sin o con causa, sin o con forma. Con lo que a la postre se opera con el concepto técnico genérico de despido: *extinción del contrato por voluntad unilateral del empresario*.

Se anula, revoca o confirma un acto extintivo del empresario; éste es quien despide, sin perjuicio de los episodios posteriores, que sólo acaecen si se demanda a tiempo: «tanto la doctrina científica como la jurisprudencia han coincidido... en la naturaleza extintiva... del despido... [en su]... carácter autónomo y constitutivo, que ni siquiera se desvirtúa en los casos de despido nulo», dicen con convicción las sentencias<sup>11</sup>.

### A. La procedencia del despido y sus efectos

Si el despido es formalmente válido y se prueba «el incumplimiento alegado» en la carta de despido, el Juez lo declara *procedente*, lo que «convalidará la extinción del contrato» —*ex tunc*, desde el despido efectivo; extinción que también se produce si el despido no se impugna<sup>12</sup>— (ET, art. 55, núms. 4 y 7) sin derecho a indemnización.

La cuestión es si puede deber el trabajador alguna indemnización al empresario; la respuesta es afirmativa, pues tanto monta incumplir abando-

<sup>10</sup> Terminantemente y con doctrina general en tal sentido, SCT 15 febrero 1983; también STS 14 abril 1986.

<sup>11</sup> STSud 17 mayo 2000 (Ar. 5.160) y las que cita.

<sup>12</sup> SCT 20 junio 1986 (Ar. 4.708), elaborada.

Pero la ficción de la persistencia del contrato, si el despido se impugna, permite acumular una segunda causa de despido (STS 8 abril 1986). En general, desestimar la demanda equivale a declarar la procedencia del despido (SCT 21 abril 1987 [Ar. 8.161]).

nando como forzando al despido, lo que quiere decir que el empresario puede ejercitar una acción autónoma de responsabilidad por los daños y perjuicios que alegue y pruebe, una vez que el despido sea declarado procedente o que haya caducado la acción para impugnarlo (no puede reconvenir en la que el trabajador ejercite por despido, en aplicación rígida de la prohibición de acumulación, ni siquiera por vía de reconversión, de acción alguna a la de despido, conforme al art. 27.2 LPL).

### B. Improcedencia del despido

La improcedencia del despido puede resultar bien de deficiencias en su forma, bien de insuficiencias en su fondo. Se examinan seguidamente estos dos tipos de improcedencia, cuyos efectos sólo parcialmente coinciden.

#### a) La improcedencia por vicio de forma y sus efectos peculiares; el «nuevo» despido

Se declarará, dice el art. 55.4 ET, improcedente el despido «cuando en su forma no se ajustara a lo establecido» en el núm. 1 del propio art. 55. Y en el mismo sentido, el art. 108.1.2.º LPL dice que el despido «será calificado como improcedente... [por el Juez]... en el supuesto de que se hubieren incumplido los requisitos de forma establecidos... en el art. 55.1 ET». La misma declaración debe hacerse en caso de deficiencia de *forma convencional* existente aceptable (*supra*, pág. 446).

Característica del despido improcedente por vicios de forma (inexistencia de la carta o carencia de sus requisitos) es la posibilidad de su reiteración, purgando aquéllos en búsqueda de la procedencia de despido.

Esta posibilidad se abre en dos momentos, a saber:

— «En el plazo de veinte días, a contar desde el siguiente al del primer despido»<sup>13</sup>. El nuevo despido surte efecto desde su fecha, debiéndose «los salarios... [de]... los días intermedios», cotizando por ellos a la seguridad social (con probable impropiedad el art. 55.2 ET habla de «manteniéndole... en alta»). Es el empresario quien en este supuesto ha de percatarse de la deficiencia formal, que le puede devenir patente en el acto de conciliación previo a la demanda por despido (art. 63 LPL)<sup>14</sup>.

— «Dentro del plazo de siete días»<sup>15</sup> desde la notificación de la sentencia... [que haya]... declarado el despido improcedente por incumplimiento de los

<sup>13</sup> Tratándose de un plazo civil, no se excluyen los días inhábiles (CC, art. 5.º2; ARUFE); tampoco se excluyen para el de siete días tras la sentencia (LPL, art. 110.4) por la misma razón.

<sup>14</sup> La subsanación de la deficiencia puede realizarse mediante carta que amplíe la anterior (SCT 17 septiembre 1985).

En cuanto a los efectos de la conciliación, ver la bibliografía que se cita *infra*, nota 34.

<sup>15</sup> Salvo que haya que instruir expediente conforme al art. 68.a) ET, en cuyo caso dentro de los siete días ha de comenzar la instrucción (STS 18 octubre 1986 [Ar. 5.847] y 30 marzo y 3 mayo 1988 [Ar. 2.412 y 3.540]).

Siete días para que el empresario envíe la carta (STS 13 abril 1987 [Ar. 2.412]).

requisitos de forma» (art. 110.4 LPL). También aquí nos hallamos ante un nuevo despido («... no constituirá una subsanación del primitivo acto extintivo»). La reiteración del despido sólo es posible si el empresario ha optado por la readmisión, en los términos que se verán. Siendo aquí el Juez quien acusa la deficiencia, el empresario no está obligado a aceptar que haya incurrido en ella, procediendo en consecuencia (por ejemplo, recurriendo la sentencia).

Por supuesto, el «nuevo» despido puede ser impugnado, incluso por vicio de forma; lo que no parece es que si se incurre otra vez en éste, pueda el empresario volver a realizar ni el Juez volver a autorizar el despido por la misma causa<sup>16</sup>. Nada impide un despido ulterior por causas distintas, es claro<sup>17</sup>; pero respecto de éstas juegan los plazos del art. 60.2 ET, no interrumpidos por un proceso que, por hipótesis, refiere a *causa distinta*.

En cambio, respecto del nuevo despido *por la misma causa*, la sentencia «habilita un nuevo y adicional tiempo para despedir» (Ríos Salmerón), aunque los plazos para sancionar de ET, art. 60.2 se hubieran agotado durante el pleito<sup>18</sup>; dicho de otra forma, desde el primer despido hasta el transcurso de los siete días citados, no transcurren los plazos de prescripción<sup>19</sup>.

## b) Improcedencia de fondo

El Juez declara también improcedente el despido cuando, siendo formalmente válido —es evidente que el análisis de la improcedencia formal debe preceder al de la improcedencia de fondo y que no se debe entrar a conocer de ésta si se declara aquélla—, *no* «quede acreditado el incumplimiento alegado» en la carta de despido (art. 55.4 ET y art. 108.1.2.º LPL).

Esto quiere decir que la alegación en juicio, como defensa por el demandado, de motivos de despido distintos a los que ha hecho constar en la carta, es impertinente y, casi de suyo, determina la improcedencia por vicio de forma del propio despido, al no haber sido incluidos aquéllos en la carta y faltarle a ésta, por tanto, uno de sus requisitos esenciales.

## c) Efectos especiales de la improcedencia de fondo

Aparte de lo recién dicho en cuanto a la limitación de las defensas del demandado a los motivos alegados por la carta, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

<sup>16</sup> En este sentido, extensamente, Goñi.

<sup>17</sup> STS 13 octubre 1982. Incluso por hechos ocurridos entre un despido [anterior] y una readmisión (STS 7 febrero 1990 [Ar. 836]). En la propia «carta de subsanación» pueden acumularse a los antiguos motivos adicionales (STS 5 noviembre 1984 [Ar. 5.807] y 6 junio 1987 [Ar. 4.133]).

<sup>18</sup> Desaparece la posibilidad de reiterar el despido desde la presentación de la demanda hasta la sentencia; ver la 13.ª ed., págs. 457-458; también CÁMARA.

<sup>19</sup> STSud 22 julio 1996 (Ar. 6.374); dudoso si nos hallamos ante una suspensión o ante una interrupción; más bien lo segundo.

## a') Presunción legal de inocencia

La falta imputada en la carta debe ser probada; debe «quedar acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación»<sup>20</sup>; la deficiencia de prueba determina la improcedencia de fondo del despido, aunque no nos hallemos ante la presunción constitucional de inocencia (art. 24.2 Const.), que no juega en los procesos de despido<sup>21</sup>; pero aun como cuestión de legalidad mera, la prueba es indispensable para evitar la declaración de improcedencia.

## b') Valoración de faltas y sanciones

Si el Juez estima que por el trabajador se ha cometido la falta alegada en la carta de despido, pero que no es suficiente para despedir, al tener confiada la revisión de «la valoración de las faltas y las correspondientes sanciones» (art. 58.2 ET) —función que dejaría de cumplir si se limitara a la declaración nuda de procedencia o improcedencia— puede y debe, si a su juicio la falta carece de la gravedad imputada o si, aun afirmada ésta, la sanción es desproporcionada —juzgando así tanto de la gravedad de la falta como de la adecuación a ella de la sanción, habida cuenta de que, aun calificado un incumplimiento como grave, hay grados dentro de esta gravedad<sup>22</sup>—, además, y sin perjuicio de declarar improcedente el despido, autorizar «para que se imponga otra [sanción] de menor gravedad», como ya había dicho la jurisprudencia anterior al DLRT y siguió diciendo bien y naturalidad la dictada en aplicación tanto de éste como del ET<sup>23</sup>, por más que hoy se discuta doctrinalmente (Desdentado y Puebla) esta posibilidad. Dificultad mayor existe para que en concreto fije cuál deba ser la sanción menor sustitutoria (Gárate), básicamente porque el precepto que así lo autoriza [art. 115.1.c) LPL] —como su precedente, art. 105 de la derogada LPL de 1980— refiere sólo a sanciones distintas del despido; lo que, no obstante, ocasionalmente se hizo<sup>24</sup>.

Con o sin fijación, el Juez *no* impone la sanción sustitutoria, sino que se

<sup>20</sup> Si la causa nueva es «... introducida por el propio juzgador en la sentencia», ésta es incongruente (STS 30 noviembre 1987 [Ar. 8.084]).

<sup>21</sup> TCo 27/1993 y 53/1995 (*Jur. Const. TSS*, t. XIII, ref. 904; *com. J. TOVILLAS ZORZANO*); rectificando deliberadamente doctrina anterior; sobre ésta la 12.ª ed., pág. 466, notas 20-22. Aunque la rectificación había sido cautelosamente anunciada en decisiones anteriores, señaladamente TCo 6 y 81/1988 (*Jur. Const. TSS*, t. VI, refs. 283 y 317; *coms. ALONSO OLEA*), como señalan PEDRAJAS, GARCÍA PERROTE, MIÑAMBRES, SEMPERE y PEDRAJAS-HERRERO. En sustancia, según TCo 27/1993 (*Jur. Const. TSS*, t. XI, ref. 700; *com. MONTOYA*), el TC no ampara el despido con deficiencias de prueba.

<sup>22</sup> Doctrina que hoy parece consolidada

(STS 5 abril 1982 y 22 mayo 1987 [Ar. 3.857]; SCT 28 julio 1986 [Ar. 6.982]). Extravagante, extrema y mal fundada, STSud 11 octubre 1993 (Ar. 9.065).

<sup>23</sup> Anterior a DLRT, STS 26 noviembre 1977; aplicando el DLRT, STS 5 abril 1982; aplicando el ET, STS 19 junio 1982, 14 marzo 1983 (terminante), 6 mayo 1983, 7 febrero, 18 abril y 11 junio 1984, 28 enero 1985, 27 mayo y 3 julio 1986, 7 marzo 1988 (Ar. 1.868), 29 octubre y 29 diciembre 1989 (Ar. 7.456 y 9.091), 16 mayo 1991 (Ar. 4.171); TCo 16/1985 (*Jur. Const. TSS*, t. III, ref. 137), entre otras. Con gran amplitud, para sanción inferior al despido, TCo 96/1989 (*Jur. Const. TSS*, t. VII, ref. 405).

<sup>24</sup> Así, en STS 21 abril 1983 (2.ª sentencia).

límite a autorizar su imposición, *para el caso de que el empresario opte por la readmisión*, puesto que su opción entre ésta y la indemnización persiste en sus propios términos<sup>25</sup>.

#### d) Efectos generales de la improcedencia

Si el despido es declarado improcedente, el empresario, dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la sentencia, puede optar entre:

— «La readmisión del trabajador» en las condiciones de trabajo anteriores (salvo que la sentencia autorice y el empresario efectivamente imponga sanción menor) prosiguiendo el cumplimiento del contrato interrumpido por el despido cuya improcedencia se ha declarado. Es también *Efecto* [precisamente] *de la readmisión* (art. 56.2, párrafo 1.º y 57.1; y rúbrica del propio art. 57) el abono de «los salarios dejados de percibir desde el despido a la notificación de la sentencia.

— «La extinción del contrato de trabajo con abono de una indemnización... de 45 días de salario por año de servicio... hasta un máximo de 42 mensualidades». El pago de la indemnización determina la extinción del contrato que —igual que en supuesto de procedencia del despido— «se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo». No se deben salarios dejados de percibir.

Cualquiera que sea la opción, el despido desde su fecha y «por sí mismo... [es]... causa de la situación legal de desempleo» sin necesidad de que el despido lo impugne y sin que, si lo impugna, obste ello a que «se produzca el nacimiento del derecho a la prestación» de desempleo (LSS, art. 209.4).

Pasamos a estudiar seguidamente: con mayor detalle: [a')] los «salarios dejados de percibir», si se deben; [b')] la indemnización, y [c')] la readmisión.

#### a') Salarios dejados de percibir

Recuerdo de los en el DLDM desaparecidos «salarios de tramitación», y sólo debidos cuando el empresario haya optado por la readmisión, conforme al nuevo ET, art. 57, el trabajador tiene «derecho a los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia» que haya declarado la improcedencia; esta misma sentencia debe fijar su cuantía.

De estos salarios puede deducir el empresario:

— Los que antes de la sentencia hubiera el trabajador percibido, «si... hubiera encontrado otro empleo»<sup>26</sup>; o «en actividad... por cuenta propia»<sup>27</sup>; o de *i.t.*<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> Claramente esto, por lo demás obvio, en SCT 4 octubre 1988 (Ar. 6.289) y STS 24 julio 1989 (Ar. 5.910), entre otras.

La «valoración» es posible también en los despidos de *infra*, III.A (STS 19 septiembre y 2 octubre 1989 [Ar. 6.450 y 7.090]). Sobre la readmisión, *infra*, d).c').

<sup>26</sup> Vieja regla de derecho ésta: «... si en el

mismo año no recibiste salarios de otro» (Dig. 19.2.19.9).

<sup>27</sup> STSud 22 marzo 1999 (Ar. 2.210), importante sentencia ésta, y Auto 14 junio 2000 (Ar. 7.197).

<sup>28</sup> STSud 28 mayo 1999 (Ar. 5.002), 28 febrero 2000 (Ar. 2.250), y las que citan

— Las prestaciones por desempleo que haya podido percibir el trabajador (la mecánica es la siguiente: el INEM deja de pagar las prestaciones y el empresario le «reintegra» las percibidas por el trabajador, deduciéndolas de los salarios dejados de percibir «con el límite... de los mismos». Reglas idénticas se reiteran en los nuevos núms. 5.b) del art. 209 y apartado g) del 230 —en cuanto al «reintegro» éste— de la LSS, que además las extiende a la readmisión que «se produzca... mediante conciliación»<sup>29</sup>; y al despido abusivo (*infra*, III.B).

#### b') Indemnización

El empresario que opte por ella debe indemnizar al trabajador pagándole una cantidad equivalente a «cuarenta y cinco días de salario por año de servicio... hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades»<sup>30</sup>.

Nos hallamos ante una indemnización, desde luego; indemnización tasada, sin margen para que el Juez estime la cuantía de los daños y perjuicios que se presumen *ex lege* causados por el despido o derivados sin más de éste, indemnizándose la ruptura culpable del contrato y no los perjuicios que ésta cause, que pueden no existir, aunque normalmente existan. Lo que, de un lado, explica que se prescinda de que existan o no los perjuicios —y de su valoración si existen<sup>31</sup>; esto es, no se pueden valorar perjuicios, si causados por el despido mismo, de forma distinta ni por encima de su tasa legal<sup>32</sup>— y que se tome, para fijar su cuantía, un dato en principio ajeno a ellos, como lo es el tiempo de servicios prestados<sup>33</sup>, aparte del salario; y de otro lado, añade en

<sup>29</sup> Sobre los nada sencillos problemas que planteaba el antiguo art. 56.2 ET (respecto de los desaparecidos «salarios de tramitación») ver M.ª L. LÓPEZ CUMBRE (págs. 213-226), J. CRUZ VILLALÓN (págs. 343-366), J. GÁRATE CASTRO (págs. 367-388) y R. R. RON LATAS (págs. 389-397); todos en CaPP. No parece que puedan seguir planteándose respecto de los «salarios dejados de percibir».

El error de hecho en cuanto a la cuantía del depósito no vicia éste, salvo mala fe del empresario (STSud 24 abril 2000, Ar. 4.795).

Si consta que hubo despido, no es necesario que el acta de conciliación *con indemnización* diga expresamente que lo hubo ni que el empresario reconozca su improcedencia (STSud 13 marzo 2001, Ar. 3.837).

<sup>30</sup> Si los servicios se han prestado en virtud de «varios contratos de trabajo sucesivos... sin solución de continuidad significativa», computa su tiempo total; no es significativa «una interrupción breve inferior al tiempo [20 días hábiles; LPL, art. 59.3] de caducidad de la acción de despido» (STSud 30 marzo y 29 septiembre 1999; Ar. 4.414 y 7.540), 15 febrero 2000, Ar. 2.040) y 18 septiembre 2001

(Ar. 8.446). Computa también el tiempo de un contrato administrativo después «laboralizado» (STSud 4 abril 2001 [Ar. 4.882]).

No computa el tiempo de excedencia forzosa por desempeño de cargo público electivo (STSud 29 septiembre 2001, Ar. [2002] 322).

<sup>31</sup> Lo contrario en el arrendamiento civil de servicios; los perjuicios han de existir y demostrarse (STS, S. 1.ª, 8 abril 1991 [Ar. 2.644]).

<sup>32</sup> SCT 26 abril 1984; STS 18 julio 1985, 16 julio y 29 octubre 1990 (Ar. 6.407 y 7.709); STS, S. 1.ª, 26 junio y 3 julio 1987 (Ar. 4.824 y 5.050), sobre daños morales causados por la carta de despido; sobre ofensa al honor, determinadamente, negándolos, STS, S. 1.ª, 22 mayo 1990 (Ar. 3.879); afirmándolos, STS 20 septiembre 1990 (Ar. 7.031).

«Indemnizada la extinción conforme a ET, art. 56.1, no puede el trabajador reclamar daños superiores derivados del despido» (DES-DENTADO-PUEBLA).

<sup>33</sup> No el de antigüedad, si éste es superior (porque, por ejemplo, compute para ella el tiempo de excedencia forzosa; STSud 30 junio 1997 [Ar. 4.950]).

ocasiones, al indemnizatorio un matiz punitivo (similar al de los salarios de tramitación), si se atiende a su monto y al hecho mismo de que no se exija prueba de los perjuicios, castigándose así la injusticia de la resolución sin causa —«consecuencias resarcitorias y afflictivas... del ejercicio ilícito... de la facultad de desistimiento unilateral» (Rivero)— dando al castigo valor preventivo y ejemplar para evitar la repetición del injusto.

El salario que se tiene en cuenta para fijar la indemnización es el «efectivamente percibido» al tiempo del despido, «el que realmente [se] estuviera percibiendo... en el momento del cese»<sup>34</sup>, no el que hipotéticamente «se pudiera tener derecho a percibir»<sup>35</sup> —salvo que el percibido fuera inferior al *s.m.i.*, en cuyo caso se atiende a éste<sup>36</sup>— ni el resultante de variaciones salariales posteriores al despido<sup>37</sup>; comprende la totalidad de las percepciones de que habla el art. 26.1 ET<sup>38</sup>.

Con seguridad, cabe pactar individual o colectivamente, interpretando el pacto estrictamente<sup>39</sup> indemnización por despido injusto superior a la legal; moderable por el Juez en conformidad al art. 1.154 CC, pues en realidad es una cláusula penal (*contra*, Alvarez de la Rosa, para el contrato común). La indemnización por despido es «patrimonio común» de los cónyuges conforme al art. 37.2.º de la Compilación del Derecho Civil de Aragón<sup>40</sup>.

### c) Readmisión

La condena opcional a la readmisión del improcedentemente despedido, corresponde al Juez de lo Social, que también tiene atribuida («juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado...», art. 117.3 Const.) la función de compeler al cumplimiento de su sentencia, si éste no se sigue voluntariamente.

Se trata, en definitiva, de ejecución de sentencia; lo que explica la tradición de que la ejecución de las de despido sea materia regulada en España en las leyes procesales (en la LPL), y dentro de ellas, entre los procesos de ejecución (libro IV, tít. I, cap. 3, arts. 275-284, *De la ejecución de las sentencias fir-*

<sup>34</sup> STS 9 octubre 1989 (Ar. 7.133) y las que cita, entre otras. Terminantes, STS 7 diciembre 1990 (Ar. 9.760) y SCT 11 abril 1989 (Ar. 2.841).

<sup>35</sup> SCT 11 diciembre 1981; STS 28 septiembre 1985; SCT 11 noviembre 1986 (Ar. 11.337) y 7 abril 1987 (Ar. 7.549); lo contrario equivaldría a una pretensión salarial, no acumulable a la de despido (art. 27.2 LPL).

<sup>36</sup> SCT 13 enero 1984, 11 diciembre 1986 (Ar. 13.538), 11 febrero 1987 (Ar. 2.969) y 28 junio 1988 (Ar. 4.460).

<sup>37</sup> STS 7 diciembre 1990 (Ar. 9.760), importante sentencia esta, ya citada (*supra*, nota 23), repudiando la doctrina de STS 29 septiembre 1989 (Ar. 6.551); confirmada la de 1990 por STS 30 enero 1991 (Ar. 193) y Auto 21 diciembre 1998 (Ar. [99] 310).

<sup>38</sup> Sin parte proporcional de pagas extra según SCT 12 noviembre y 11 diciembre 1981; incluyéndola según SCT 14 mayo 1982, 20 diciembre 1983 y 28 septiembre 1984 y las que cita, mejor fundadas.

Los períodos de *i.t.* son de servicios para la indemnización (STS 25 febrero 1985; SCT 11 noviembre 1986 [Ar. 11.331]).

En el pleito de despido puede discutirse el salario debido (STSud 25 febrero 1993 [Ar. 1.441] y las que cita); puede y *debe* («no cabe discutir su importe en un proceso posterior») para fijar la indemnización (STSud 6 mayo 1996 [Ar. 4.375] y 27 marzo 2000 [Ar. 4.701]).

<sup>39</sup> STSud 25 mayo 1999 (Ar. 6.002).

<sup>40</sup> STSJ Aragón 24 mayo 1999, Ar. 5.598. Asimismo son gananciales, con seguridad, conforme a CC, art. 1347.1.º

*mes de despido*, de la LPL). Sin embargo, buena parte de las reglas sobre la readmisión —aparte de que el proceso en que se aplican es en realidad de cognición más que de ejecución— no son procesales, sino sustantivas; por ello mismo deben ser estudiadas en este lugar. Presiden el contenido de *derecho material* de las decisiones del Juez.

Sólo se estudian las reglas relativas a la readmisión; la ejecución en cuanto a las indemnizaciones son «ejecuciones dinerarias» sin especialidades notorias, ni siquiera en cuanto al plazo para instarlas (un año, art. 240.2 LPL; plazo igual al del art. 59.1 ET); que tampoco se dan en la de las sentencias que declaran la procedencia del despido.

Supuesto de la readmisión es que el empresario haya optado expresa o tácitamente por ella (en vez de por la indemnización) o se haya comprometido a readmitir en conciliación, administrativa o judicial, o en cumplimiento de laudo arbitral (arts. 68 y 84.4 y disp. ad. 7.ª LPL). Base sobre la cual hay que distinguir entre cumplimiento voluntario y ejecución judicial.

### a") Cumplimiento voluntario

La readmisión por la que haya optado el empresario ha de cumplirse por éste comunicando por escrito al trabajador la fecha<sup>41</sup> —«no inferior a tres días [desde] la recepción de [este] escrito»— de su reincorporación al trabajo; lo que debe hacer dentro de los diez días siguientes a la notificación de la sentencia (art. 276 LPL), sin que el empresario «pueda imponer una readmisión expresamente negada o no cumplida» dentro de tal plazo<sup>42</sup>. Aunque sí considerar como abandono (*infra*, cap. 19.V.A) la no reincorporación (Lorenzo).

El silencio del empresario equivale a su opción por la readmisión: «en el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera» (art. 56.3 ET); lo normal es que esta actitud exija la ejecución judicial, de la que se pasa a hablar.

### b") Ejecución judicial; el «incidente de no readmisión»

La ejecución procede si no ha habido *cumplimiento voluntario* de la readmisión, bien porque sin más no se ha readmitido, bien porque la readmisión ha sido «irregular», esto es, efectuada «en condiciones distintas [no admitidas por el trabajador] a las que regían antes de[...], despido», lo que equivale a una

<sup>41</sup> La indicación exacta de fecha de reingreso es requisito esencial de este escrito (SCT 5 abril 1988 [Ar. 2.911]), que no exige forma especial (SCT 3 septiembre 1988 [Ar. 5.681]).

<sup>42</sup> SCT 13 septiembre 1988 (Ar. 5.682),

STSud 23 noviembre 1998 (Ar. 10.019) y 22 marzo 2001 (Ar. 7.794). Salvo que el trabajador se halle en *i.t.* caso en que los 10 días comienzan desde el del alta médica (STSud 18 octubre 2000, Ar. 9.680).

no readmisión<sup>43</sup>, salvo que el empresario alegue y pruebe que ello es imposible por causas distintas a su voluntad de no cumplir<sup>44</sup>. El Juez, a instancia del despedido, constata esto en un llamado «incidente de no readmisión», declara «extinguida la relación laboral», confirma la indemnización fijada según el art. 56.1.a) ET y puede fijar una indemnización adicional [«en atención a las circunstancias... y los perjuicios»] de hasta quince días de salario por año de servicio y un máximo de doce meses [LPL, art. 279.2.a)]<sup>45</sup>.

#### d) *Despido en contrato por tiempo limitado*

Si el contrato de trabajo es por tiempo limitado, los términos de la condena se alteran; en primer lugar, sólo puede condenarse a la readmisión por el tiempo que reste hasta la expiración del contrato, por lo que no cabe si ha transcurrido ya en la fecha de la sentencia<sup>46</sup>; en segundo término, la indemnización se cifra por el tiempo transcurrido hasta la que hubiera sido fecha de la terminación normal del contrato<sup>47</sup>; pero esta doctrina ha sido abrogada por la más reciente y dudosa de que la indemnización, hoy de ET, art. 56.2, párrafo 2.º se debe aún en este caso<sup>48</sup>.

### C. Nulidad del despido

El Juez declarará nulo el despido cuando sea discriminatorio o viole los derechos fundamentales del trabajador<sup>49</sup>, en el sentido ya expuesto (art. 55.5 ET y art. 108.2 LPL; *supra*, cap. 17, VIII).

<sup>43</sup> El abono de salario inferior constituye inadmisión (STS 22 diciembre 1987 [Ar. 9.012]); no el dejar de abonar salarios de tramitación (STSud 4 febrero 1995 [Ar. 3.734], que sigue la doctrina de la de 2 noviembre 1989 [Ar. 7.986], uniformando «criterio [antes] no uniforme» del TS); no el adeudo de escasos días por inadvertencia (SCT 15 marzo 1988 [Ar. 2.211]) ni la readmisión que no pudo hacerse en condiciones idénticas, sino similares (SCT 15 marzo 1988 [Ar. 2.210]). Supuesto típico de readmisión irregular en SCT 4 abril 1989 (Ar. 2.703).

<sup>44</sup> ORTIZ LALLANA y jurisprudencia que cita.  
<sup>45</sup> La legitimidad de la sustitución de la no readmisión por indemnizaciones pecuniarias ha sido reiteradamente reconocida (TCO 58 y 69/1983 [Jur. Const. TSS, t. I, refs. 57 y 61; com. ALONSO OLEA]; STS 8 octubre y 4 noviembre 1985 y 8 julio 1986).

La opción del empresario por la readmisión puede ser inmediata, instando él mismo el incidente (TCO 61/1992 [Jur. Const. TSS, t. X, ref. 619; com. ZARZALEJOS]), que puede sustanciarse sin audiencia del despedido (TCO

188/1993 [Jur. Const. TSS, t. XI, ref. 757; com. GONZÁLEZ BIEDMA], anómala al respecto).

<sup>46</sup> De ahí que en este supuesto el «incidente... de readmisión carezca de todo sentido y lógica» (STS 6 noviembre 1992 [Ar. 8.787]).

<sup>47</sup> SCT 14 y 15 diciembre 1982 y las que cita; también las citadas *supra*, nota 22 y las de 12 enero y 1 febrero 1983 (Ar. 199 y 855), 21 abril 1987 (Ar. 8.179) y 20 enero 1988 (Ar. 918); supuesto singular en STS 7 febrero 1990 (Ar. 838).

<sup>48</sup> STS de 19 enero y 28 abril 1997 (Ar. 641 y 3.548), y com. MIÑAMBRES; 22 abril 1998 (Ar. 3.730).

<sup>49</sup> CASAS BAAMONDE sobre la posibilidad de que puedan seguir siendo declarados nulos los «despidos informales y tácitos» que hayan podido causar indefensión; quizá el deseo en general de evitarla determina la norma del art. 105.1 LPL, que ordena «al [empresario] demandado... exponer sus posiciones en primer lugar» (DPTr, cap. 5.º, II.A). Sólo los radicalmente nulos en MANRIQUE.

Para sendos supuestos extremadamente dudosos de despido nulo —por estimar en

La nulidad ha de ser pedida por el demandante; no puede ser declarada de oficio por el Juez; pero si éste da por probado «que el móvil del despido» ha sido discriminatorio, lo declarará así, «con independencia de cuál haya sido la forma del mismo» (art. 108.3 LPL). Se quiere decir que si el despido es discriminatorio, el Juez ni debe ni puede analizar ninguna otra circunstancia que al mismo refiera, que podría difuminar su nulidad.

#### a) *Efectos del despido nulo*

«El despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir» (art. 55.6 ET y art. 113 LPL).

##### a') *Los salarios «dejados de percibir»*

Nos hallamos ante los mismos salarios ya estudiados [en *supra* B.d).a'), al que remitimos].

##### b') *La readmisión; la ejecución «en sus propios términos»*

Efecto del despido nulo es, como se ha dicho, «la readmisión inmediata del trabajador» en las mismas condiciones —lo que normal, pero no necesariamente, exigirá que sea en el mismo puesto— de trabajo anteriores al despido, prosiguiendo el cumplimiento de su contrato. Esta condena no tiene alternativa; «será ejecutada en sus propios términos», prescribe el art. 280.1 LPL, si por el empresario no se atiende al requerimiento del Juez, «una vez solicitada la readmisión» por el despedido, de que se le reponga en su puesto en el plazo de tres días (art. 280.2 LPL).

Contando con las dificultades, propias de nuestra cultura, para la ejecución específica de una obligación personalísima de hacer —*nemo ad factum cogi potest*, principio que recogiera el art. 1.142 del Código de Napoleón: «toda obligación de hacer... se transforma en indemnización de perjuicios si el deudor no cumple», y que recoge el art. 100.2 LRJyPA: «si tratándose de obligaciones personalísimas de hacer, no se realizase la prestación, el obligado deberá resarcir los daños y perjuicios...»— como lo es la del empresario de readmitir al despedido, la LPL, sin embargo, acentúa la compulsión precisamente en los supuestos de despido nulo.

En efecto, no atendido el requerimiento citado, el Juez, oídas las partes, y constatado incumplimiento, vuelve a condenar a la readmisión (art. 281.2 LPL), ahora bajo apercibimiento de que, de no «reponer... en su puesto, dentro de los cinco días siguientes... al trabajador», éste continuará devengando

ambos violado Const. art. 20.1.d), «derecho a comunicar libremente información veraz»— TCO. 197/1998 y 57/1999 [Jur. Const. TSS,

t. XVI, ref. 1.058; t. XVII, ref. 1.074; coms. MONTOYA).

salarios, con sus incrementos ulteriores por norma estatal o convenio (como, en tanto la readmisión no se produzca, el trabajador está desde el despido en situación de desempleo al cesar en ella el empresario reintegra al INEM las prestaciones pagadas, cargando el importe de éstas a «los salarios dejados de percibir... con el límite de la suma de tales salarios» [LSS, art. 209.5.b); *supra*, pág. 479]).

El Juez garantiza, mediante el despacho de ejecución «en tantas ocasiones como fuese necesario, por una cantidad equivalente a seis meses de salario», el pago de éste [art. 281.a) LPL]. Estas medidas se prolongan hasta la readmisión o, hay que pensar, hasta que el trabajador convenga en no ser readmitido, o expresa o tácitamente rehúse serlo (por ejemplo, por tener otro empleo que no quiera abandonar), percibiendo entonces la indemnización según el art. 56.1.a) ET, que percibe también cuando la readmisión es imposible «por cese o cierre de la empresa» (art. 284 LPL), quizá computando para fijarla el tiempo transcurrido hasta entonces.

Si el despido ha violado derecho fundamental (*supra* cap. 17.VIII) el Juez puede y debe condenar, además, si pedida, a la indemnización que por tal causa proceda; en términos procesales: LPL, art. 27.2 no obstante, la acción de despido y la indemnizatoria dicha son acumulables<sup>50</sup>.

Si representante unitario o sindical, el trabajador continúa en el ejercicio de sus funciones [LPL, art. 280.c)]<sup>51</sup>.

#### D. Ejecución provisional de la sentencia de despido; remisión

Regula extensamente la LPL cuando procede y cuando no la que denomina «ejecución provisional... de las sentencias de despido» (arts. 295-300; art. 111), durante la tramitación del recurso, para el supuesto de que sean recurridas las de instancia. Se trata de normas de Derecho procesal, y a éste se remite<sup>52</sup>.

### III. DESPIDOS ESPECIALES

En cuanto a su forma y efectos, es suma la especialidad del despido de miembros de comités de empresa y delegados de personal; algún otro despido tiene también particularidad menor.

#### A. Despido de representante del personal; de delegado sindical; de afiliado a sindicato

El art. 68.a) ET consigna entre las «garantías» de los miembros del comité de empresa y los delegados de personal que toda sanción, cualesquiera que

<sup>50</sup> STSud 12 junio 2001 (Ar. 5.931) importante, novedosa y bien fundada sentencia ésta.

<sup>51</sup> Los salarios que perciba en otro trabajo no son deducibles; laboriosamente en tal sentido, STSg 13 y 20 marzo 1991 (Ar. 1.851 y

1.882), con voto particular igualmente deliberado la segunda.

<sup>52</sup> Al respecto, ALONSO OLEA-MINAMBRES-ALONSO GARCÍA, *Derecho Procesal del Trabajo*, 11.ª ed., 2000, págs. 215-217, 360, 422-423.

sean sus motivaciones<sup>53</sup>, que se les imponga por falta grave o muy grave, incluido, por tanto, el despido, sea resolución de un «expediente contradictorio». En el mismo deben ser oídos el interesado —como redundantemente dice el precepto; en esto precisamente consiste el carácter contradictorio del expediente— y el comité de empresa o los restantes delegados de personal.

Requisitos mínimos de un expediente —formalidad que busca la protección reforzada de estos trabajadores, «nunca las formas son neutras» (Aparición)— de este tipo son: que se instruya y resuelva en tiempo razonable; los exigidos por la audiencia del expedientado, esto es, que se le den a conocer los cargos que han motivado la apertura del expediente, y en su caso los que resulten de hechos descubiertos durante la tramitación de éste<sup>54</sup>; que se le dé un tiempo razonable para contestarlos y para proponer pruebas en su descargo; que se practiquen éstas si son pertinentes y razonablemente practicables<sup>55</sup>; que la instrucción sea seria e imparcial, lo que normalmente se conseguirá con la designación de un instructor con estas características, aunque esto, la designación de instructor, no sea estrictamente necesario<sup>56</sup>; que se documenten por escrito las actuaciones; que la audiencia del comité tenga lugar una vez formuladas las conclusiones y la propuesta de sanción (Tudela).

El expediente puede ser sobreseído o concluir imponiendo el despido, o sanción inferior, sólo y precisamente por las causas en aquél imputadas; si este último es el caso, a la conclusión del expediente debe seguir la carta de despido en los términos ordinarios, quizá con la mención adicional de que el despido se decreta tras el expediente instruido al efecto<sup>57</sup>.

La falta de expediente o su defecto esencial (señaladamente no haber oído al despedido y a «los restantes miembros de la representación a que perteneciere») <sup>58</sup> es un vicio de forma determinante de la improcedencia del despido (art. 55.1.3.º y 55.4 ET y art. 108.1 LPL). Los plazos de ET, art. 55.2 y LPL, art. 110.4 se amplían en lo razonable para instruir el expediente<sup>59</sup>.

La condena es la opcional característica de la improcedencia; pero con la muy importante y excepcional regla especial (art. 56.4 ET) de que la

<sup>53</sup> STS 1 febrero 1988 (Ar. 538).

<sup>54</sup> STS 18 diciembre 1982.

<sup>55</sup> STS 13 mayo 1988 (Ar. 4.980), con un resumen de los requisitos del expediente; STS 26 diciembre 1989 (Ar. 9.272).

<sup>56</sup> Tampoco es necesario secretario (STS 12 mayo 1988 [Ar. 3.613] y las que cita); ni éste ni instructor, en STS 21 marzo 1989 (Ar. 1.902) y las que cita.

<sup>57</sup> La jurisprudencia abundante dictada en los antiguos expedientes a trabajadores «con cargo sindical» puede seguir siendo útil; véase la 3.ª ed. (1974) de este libro, págs. 249-251. De ella, STS 6 octubre 1980: «La carta de despido ha de reflejar el contenido de la resolución final» del expediente. La utilidad de esta jurisprudencia antigua ha sido recordada, resumiéndola, por STS 2 noviembre 1982.

<sup>58</sup> Si el comité no evacúa el informe que se le pida —vale la petición dirigida a su presidente

(STS 25 enero 1990 [Ar. 213])— no hay falta de audiencia (STS 22 enero 1983); el comité informa si quiere; «puede... emitir el informe o abstenerse de hacerlo» (STS 3 julio 1990 [Ar. 6.050]). La nulidad, si existe, se aprecia de oficio (STS 26 octubre 1982).

Para el extraordinario supuesto de que todos los miembros del comité sean expedientados, STS 15 diciembre 1982. Si se trata de delegado de personal, han de ser oídos todos los otros (STS 12 marzo 1983).

La falta de expediente no es de suyo una violación de la libertad sindical del despedido; por tanto, el despido no es nulo (véase ROMÁN VACA).

<sup>59</sup> Conclusión que parece obligada en vista de STSud 11 mayo 2000 (Ar. 4.798); lo es en efecto conforme a STSud 14 noviembre 2000 (Ar. 9.639); el plazo de 7 [o de 20] días es para que «el expediente se inicie».

opción corresponde al despido<sup>60</sup> (si no opta expresamente «se entenderá que lo hace por la readmisión»), con la consecuencia de que si, expresamente o por silencio, opta por la readmisión ésta «será obligada», lo que quiere decir que la condena será «ejecutada en sus propios términos» [art. 280.1.b) LPL] en la forma ya vista para los despidos nulos. Conforme al art. 10.3 LOLS, «los delegados sindicales... tendrán las mismas garantías... que los miembros de los comités de empresa»<sup>61</sup>, garantías que entre otras comprende, como confirman ET, art. 56.4 y LPL, art. 110, el derecho de opción de que se está hablando<sup>62</sup>.

Conforme a una batería de preceptos: art. 10.3.3.º LOLS, art. 55.1.4.º ET, art. 104.d) LPL, redundantes y que dicen bien poco de técnica legislativa, tomando el del ET, «si el trabajador estuviera afiliado a un sindicato y al empresario le constare», deberá oír, antes de despedirle disciplinariamente<sup>63</sup>, «a los delegados sindicales, si los hubiere<sup>64</sup>, de la sección sindical» de dicho sindicato. La falta de esta audiencia es un defecto de forma determinante de la improcedencia del despido.

Repárese que estos despidos pueden ser discriminatorios (y en que la discriminación puede ser la antisindical, de consuno prohibida por el art. 28.1 Const. y el art. 17.1 ET); en tal caso, precisamente en cuanto discriminatorio, y no en cuanto carente de forma (Riera, extensamente) el despido es nulo.

## B. ¿Despido abusivo?

En sitio inesperado (disp. ad. 3.ª), el DLDM se refiere a la posibilidad de que sea «abusiva o fraudulenta... la reiteración de contratos temporales» (*supra* cap. 9.IV.A.2) como efectivamente puede serlo conforme a ET, art. 15.3, facultando en tal supuesto al INEM para demandar del Juez «la declaración de que la relación laboral es indefinida, y la condena al empresario «a la readmisión del trabajador» si aquél ha extinguido el contrato»<sup>65</sup>.

En el interin el INEM reconoce «provisionalmente» prestaciones de desempleo «si se reúnen los requisitos exigidos» (?); si finalmente ocurre la readmisión se aplica LSS, art. 5.b) [*supra*, pág. 479; sólo que aquí no habrá

<sup>60</sup> Si se pierde la calidad por dimisión o revocación antes del despido, se pierde este derecho de opción (STS 26 diciembre 1990 [Ar. 9.838]) y STSud 29 diciembre 1998 [Ar. (99) 447]; no se tiene si el despido no era representante al tiempo del despido, aunque llegara a serlo durante el juicio (STSud 30 octubre 2000, Ar. 9.659).

<sup>61</sup> La garantía alcanza a los suplentes (STS 13 mayo 1988 [Ar. 4.980]).

<sup>62</sup> Lo que ninguno de estos preceptos autoriza, y LPL, art. 280.1.a) desautoriza —y desautoriza también implícitamente, *inclusio unius...*, ET, art. 51.1— es que por convenio

colectivo pueda extender el derecho a todos los trabajadores incluidos en su ámbito. Entendemos pues profundamente equivocada en derecho la solución contraria de STSud 5 octubre 2001 [Ar. [2002] 1.421).

<sup>63</sup> Designados conforme al art. 10.1 LOLS (STS 25 junio 1990 [Ar. 5.514]).

<sup>64</sup> El precepto no es aplicable a «extinciones derivadas de causas no disciplinarias... sean o no suficientes para justificar la decisión extintiva» (STSud 23 mayo 1995 [Ar. 5.897]).

<sup>65</sup> Se tratará de un procedimiento de oficio, de los regulados en LPL, art. 146-150 adaptándolos al caso.

normalmente «salarios dejados de percibir» de los que el empresario deduzca las prestaciones de desempleo que ha de reintegrar al INEM].

## C. Otros despidos

Si no formalmente especiales, sí con alguna característica que los separa de los ordinarios son los disciplinarios de:

a) *Representantes de comercio*, respecto de los cuales, si el despido es improcedente, el despido tiene derecho, además de a las indemnizaciones ordinarias (con el promedio de los «ingresos obtenidos los dos años anteriores al despido» como módulo para el cálculo), a otra por el número e importancia de los clientes captados, que fija el Juez en defecto de acuerdo entre las partes (art. 10.2 DRC).

Realmente, el despido, en general los modos de extinción de los contratos, tienen características propias en todas las relaciones especiales de trabajo, como se vio al estudiarlas.

b) *Capitanes y categorías asimiladas de la marina mercante* (Ord. 20 mayo 1969, art. 90.2) y *de buques congeladores y arrastreros al fresco* (sendas, OM 11 enero 1979, que modifican las Ord. 19 diciembre 1974 y 31 julio 1976, art. 61 de ambas), respecto de las cuales, dicen estas normas, el empresario puede «libremente disponer su cese».

Sin embargo, hay que matizar distinguiendo:

a') Si el cesado tenía «vinculación anterior» con la empresa, tiene derecho «a reintegrarse al cargo que [desempeñaba] con anterioridad» a su designación para el mando<sup>66</sup>, con lo que el «cese» es una especie de descenso de categoría profesional. Si existe este «puesto de retroceso» y se quiere proceder al despido, y no a la mera remoción del mando (de despido se trata, si tal ocurre<sup>67</sup>), con seguridad son aplicables las reglas ordinarias del despido, ya que ni el capitán ni los demás marinos con puestos de mando en el buque son «altos cargos» de los previstos en el art. 2.º1.a) ET, y regulados por el RD 1.382/1985, ni son tampoco de los «excluidos en las correspondientes reglamentaciones de trabajo», puesto que están incluidos en ellas<sup>68</sup>. La única especialidad, se insiste, es la libertad del empresario para removerlos del mando<sup>69</sup>.

b') Cuando no existe «puesto de retroceso», por falta de «vinculación anterior» (supuesto al que se asimila el de que el afectado hubiera prestado sus servicios «desde siempre como capitán de buque» [o categoría asimilada<sup>70</sup>]), el cese equivaldría a la ruptura libre de un contrato sin alegación de causa alguna, como la juris-

<sup>66</sup> SCT 4 diciembre 1979; STS 19 diciembre 1982, 4 julio 1984, 30 enero 1985, 8 julio 1986 y 28 abril 1988 (Ar. 3.039), insistiendo ésta especialmente que debe tratarse de patrón *con mando*.

El «descenso» debe ser a la categoría que se desempeñaba antes de ser designado para el mando; si es a otra inferior puede generarse una situación vejatoria a los efectos del art. 50.1.a) ET; *infra*, cap. 19, IV.B.

Las reglas sobre las que se reflexiona se aplican cuando el capitán o categoría asimilada tiene efectivamente el mando del buque. Así, en la categoría especial asimilada a capitán se halla el «patrón [de pesca] con mando en buque»; el despido del patrón *sin mando* está

sujeto a la forma del ET (STS 18 julio 1983).

<sup>67</sup> STS 27 septiembre 1989 (Ar. 6.531).

<sup>68</sup> Este supuesto, en STS 2 junio 1987 (Ar. 4.105) y 16 marzo 1989 (Ar. 1.866), acopiando ésta precedentes.

<sup>69</sup> Así, hay que entender TCo 79/1983, que declara que esta remoción libre no es discriminatoria y que al respecto sigue en vigor la Ord. de la Marina Mercante. En el mismo sentido, TCo 1/1984. Véase *infra*, cap. 26, V.A, y *Jur. Const.* TSS, t. I, ref. 65, y t. II, ref. 85.

<sup>70</sup> STS 4 diciembre 1982, 20 enero 1983, 8 marzo 1984, 30 mayo 1985, 25 noviembre 1986 (Ar. 6.720), 26 marzo 1987 (Ar. 1.741) y 21 enero 1988 (Ar. 31); SCT 1 diciembre 1982.

prudencia sin ambages declaró («sin necesidad de alegación ni probanza alguna...; basta la voluntad del empleador... para que la resolución opere»<sup>71</sup>); es claro que la base del precepto que autorizaba este insólito despido, y de su interpretación jurisprudencial, está en la extrema confianza que se deposita en los puestos de mando del buque; pero como esto no puede autorizar que, sin más y sin consecuencia alguna, se rompa la relación, la solución está bien en que si la ruptura carece de fundamento serio, o lo tiene caprichoso o torticero, se indemnicen los perjuicios que cause, como derivados del abuso de derecho (art. 7.º CC) en que se incurre; bien en que *por analogía* se reputen a estos efectos los puestos de mando del buque como altos cargos, y la resolución unilateral como desistimiento con la indemnización prevista en el art. 11.1 del RD 1.382/1985<sup>72</sup>.

c) *Profesores de centros docentes* [no universitarios] privados concertados, para cuyo despido exige el art. 60.6 LODE un informe del Consejo Escolar del centro, y si éste fuera «desfavorable» (?), la sumisión del asunto a una «comisión de conciliación» que ha de «decidir» por unanimidad; pero la decisión última, agotados infructuosamente estos trámites, corresponde al empresario o titular del centro (art. 61), para el que el informe citado no es vinculante<sup>73</sup>, bien que se reputa incumplido el concierto si el despido es declarado improcedente [art. 62.1.f)].

BIBLIOGRAFÍA: M. ALONSO OLEA, *El despido*, Madrid, 1958; el mismo, *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social*, t. I, ref. 65; t. II, refs. 85, 94 y 116; t. III, refs. 143 y 144 (refs. 94, 116 y 143-144 sobre presunción de inocencia en despidos); t. IV, ref. 182; el mismo, *Sobre el incidente de no readmisión*, en RPS, núm. 87 (1970); el mismo, *Sobre algunos problemas actuales de Derecho del Trabajo*, en «Revista Galega de Dereito Social», núm. 7 (1993), págs. 95-109; el mismo, *Sobre la forma del despido en relación con el Convenio (de la OIT, núm. 58, Ginebra, 1982) sobre la terminación de la relación de trabajo*, en ACARL, «Doc. Laboral», núm. 20, 1986; el mismo, *Despido de la mujer embarazada, versión comunitaria*, en «Anales» de la R.A.J.L., núm. 25, 1995; M. ALVAREZ DE LA ROSA, *Pactos indemnizatorios en la extinción del contrato de trabajo*, Madrid, 1990, págs. 79-82, 91, 94-95, 100; E. ANGULO RODRÍGUEZ, *El artículo 56.5 del Estatuto de los Trabajadores. Responsabilidad de la Administración del Estado en cuanto a salarios de tramitación por resolución tardía de la jurisdicción laboral*, en RPS, núm. 136 (1982); J. APARICIO TOVAR, *El despido de los representantes de los trabajadores y del afiliado al sindicato*, en el mismo y A. BAYLOS GRAU, «El régimen del despido tras la reforma laboral», Madrid, 1995, pág. 177; A. ARÚFE VARELA, *Tres apuntes acerca del plazo para la realización de un nuevo despido...*, en CaDD, págs. 124-125; C. BRIONES GONZÁLEZ, *La extinción del contrato por causas objetivas*, Madrid, 1995, págs. 222 y 349; M. CÁMARA BOTÍA, *La forma del despido improcedente por defecto de forma*, en EsD, pág. 52; el mismo, *El carácter culpable del incumplimiento del trabajador en el despido disciplinario*, en CaDD, pág. 36; M.ª E. CASAS BAAMONDE, *La nulidad del despido y sus efectos*, en «Estudios... M. Alonso García», págs. 439-448; la misma, *El despido disciplinario en la jurisprudencia de unificación de doctrina*, en CaDD, págs. 281-288; A. DESDENTADO BONETE y A. DE LA PUEBLA PINILLA, *Despido y Jurisprudencia. La extinción del contrato de trabajo en la unificación de doctrina*, Valladolid, 2002, págs. 88-89, 103; J. GARATE CASTRO, *La comunicación escrita de despido disciplinario*, Fac. de Derecho, Univ. de Santiago, 1984; el mismo, *Sobre las facultades judiciales de reforma de las sanciones impuestas por el empresario*, en REDT, núm. 21 (1985); el mismo, *Los salarios de tramitación*, ACARL, 1994; J. GARCÍA MURCIA, *Sobre el concepto jurisprudencial de despido y sus consecuencias procesales*, en REDT, núm. 52 (1992), págs. 199-202; I. GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, *El despido en la jurisprudencia*

<sup>71</sup> SCT 14 mayo 1986 (Ar. 3.376), que cita hasta ocho más; STS 26 enero 1990 (Ar. 220), también con cita de otras ocho.

<sup>72</sup> *Supra*, cap. 2.º, V.B.b). A esta solución llegan STS 3 y 28 marzo 1990 (Ar. 1.752 y 2.342) y TCo 103/1990 (*Jur. Const. TSS*, t. VIII, ref. 487), todas ellas sobre puestos de mando

en buques pesqueros. No es alto cargo el jefe de máquinas del buque (STSud 3 octubre 2000 [Ar. 8.290]).

<sup>73</sup> STS 11 julio 1988 (Ar. 5.786) y 5 diciembre 1990 (Ar. 9.757); ni siquiera la falta de informe anula el despido, según la última.

*cia constitucional*, en CaDD, págs. 140-145; J. L. GOÑI SEIN, *La reiteración del despido ineficaz*, Pamplona, 1997, págs. 125-126; J. GUTIÁN OLMEDILLA, *Alternativas a los salarios de tramitación*, en «Estudios... Sagardoy», págs. 350-351; P. P. IRURETA URIARTE, *La falta de probidad como causa de extinción del contrato de trabajo*, en «Estudios W. Thayer», Santiago de Chile, 1998, págs. 117-118; F. JIMÉNEZ APARICIO, *La reclamación administrativa previa ante el Estado y el proceso laboral*, en REDT, núm. 29 (1987), págs. 53-54; J. B. LORENZO DE MEMBIELA, *Ejecución... en el proceso especial de despido*, REDT, núm. 105, 2001, pág. 404; V. F. MANRIQUE LÓPEZ, *El despido libre en el ordenamiento jurídico laboral español*, en «Bol. Est. Económicos», Bilbao, 1997, núm. 160, págs. 136-137; J. MARTÍNEZ GIRÓN, *El despido en el Derecho de los Estados Unidos*, Madrid, 1988, págs. 86-87; A. DE MIGUEL LORENZO, *Pago por el Estado de salarios de tramitación*, «ET 20 años», t. II, pág. 1.190; C. MIÑAMBRES PUIG, *El despido verbal*, en EsD, págs. 26-30; el mismo, *Contrato de trabajo temporal y despido disciplinario improcedente: ¿Obligación de indemnizar?*, en «Actualidad laboral», núm. 30, 1997; A. MONTOYA MELGAR, *El despido improcedente y sus efectos*, en ACARL, «Estudios sobre el despido disciplinario», 2.ª ed., Madrid, 1992, pág. 534; C. MOLERO MANGLANO, *El incidente de no readmisión*, en «Estudios sobre el despido...», cit., pág. 903; J. MUÑOZ CAMPOS, *La desobediencia y la indisciplina en la jurisprudencia de la Sala de lo Social*, en REDT, núm. 26 (1986), págs. 278 y 295; M.ª C. ORTIZ LALLANA, *Causas, formas y efectos del despido disciplinario*, en «ET 20 años», t. II, pág. 1.157; A. PEDRAJAS MORENO, *Despido y derechos fundamentales. Estudio especial de la presunción de inocencia*, 3.1.ª ed., Madrid, 1992, en especial págs. 243-244; A. PEDRAJAS HERRERO y J. B. HERRERO MARTÍN, *El despido disciplinario y la violación del derecho a la presunción de inocencia*, en PaD, págs. 290-293; C. RIERA VAYREDA, *El despido nulo*, Valencia, 1999, 2.ª ed., § 3; B. RÍOS SALMERÓN, *Ejecución provisional en despidos...*, comentario a la sentencia 90/1990 del Tribunal Constitucional en *Jur. Const. TSS*, t. VIII, ref. 479; el mismo, uniendo irritación y escepticismo, *Ejecución provisional y ejecución definitiva de las sentencias de despido*, en EsD, págs. 117-120; J. RIVERO LAMAS, *Sanciones por violación o incumplimiento de normas laborales*, en *Informes generales al XII Congr. Int. de Der. del Trabajo*, As. Española DT y SS, Madrid, 1988, pág. 25; F. RODRÍGUEZ SANUDO, *La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido*, en «Cuestiones actuales del Derecho del Trabajo» (Estudios... M. Alonso Olea), Madrid, 1990, págs. 528-529, 544; E. ROMÁN VACA, *El despido disciplinario: aplicación judicial y convencional de la reforma de 1994*, en PyFD, págs. 366-367; T. SALA FRANCO *et al.*, *Derecho del Trabajo*, 5.ª ed., Valencia, 1990, pág. 828; A. V. SEMPERE NAVARRO, *Despido y presunción de inocencia*, en EsD, págs. 359-373; J. SERRANO CARVAJAL, *El despido de colectivos mayores: procedimiento y efectos*, en EsD, pág. 210; G. TUDELA CAMBRONERO, *Las garantías de los representantes de los trabajadores en la empresa*, Madrid, 1988, págs. 92-93; J. M. DEL VALLE, *La extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*, Madrid, 1996, págs. 93-103; L. E. DE LA VILLA, *Ejecución provisional de sentencias de despido nulo*, en «Cuestiones actuales...», cit., 1990, pág. 103.

\* \* \*

Una hasta su fecha muy completa *Bibliografía sobre el despido en España*, la de J. GORELLI HERNÁNDEZ, en «Temas laborales», núm. 34, Sevilla, 1995, págs. 235-250; y de la jurisprudencia en DESDENTADO y DE LA PUEBLA, *Despido y jurisprudencia* (cit., *supra*), y en el Anexo I, págs. 163-168 (*Jurisprudencia sobre el lugar, tiempo y forma del despido disciplinario*) de la 19.ª ed. de este libro.

Para las abreviaturas CaDD, EsD, DpCE, PaD y PyFD, *supra*, bibliografía del cap. 16.

## EXTINCION POR DECISION DEL TRABAJADOR

SUMARIO: I. EXTINCION POR DECISION DEL TRABAJADOR.—II. CARACTERES Y TIPOS DE EXTINCION.—III. LA DIMISION O RESOLUCION CON PREAVISO: A. *La dimision y la duracion del contrato*. B. *El preaviso y sus efectos*. C. *Extincion preavisada causal*.—IV. RESOLUCION CAUSAL: A. *Las causas de resolucion*. B. *Efectos de la resolucion*. C. *La solicitud de resolucion y sus excepciones*. D. *Tiempo de la resolucion*.—V. EXTINCION SIN PREAVISO Y SIN CAUSA; EL ABANDONO: A. *Las formas del abandono*. B. *Los efectos del abandono*.

## I. EXTINCION POR DECISION DEL TRABAJADOR

Así como la resolución del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empresario tiene un nombre típico general —despido—, no la tiene, en cambio, la misma resolución cuando la voluntad resolutoria extintiva es la del trabajador. El término *dimisión* es poco expresivo y sólo se utiliza legalmente para una especie de este género de extinción; *despido por el trabajador*, como distinto del despido del trabajador por el empresario —«despedirse» frente a «ser despedido»—, pese a lo común y a lo clásico de su uso («nadie me despidió, sino era que yo me despediese», escribió Cervantes; «puede despedirse y ser despedido», decían el art. 1.584 CC y el art. 1.525 del Proyecto de 1851), se presta a confusiones si se sustentan las expresiones verbales; *abandono*, en fin, refiere también a una forma particular de manifestarse la decisión resolutoria del trabajador y no a todas, como se verá. Conservaremos, por ello, la fórmula general descriptiva de *extinción (resolución) por voluntad del trabajador*.

La regulación de esta materia en nuestro Derecho, antes escueta y sumaria si comparada con la minuciosa de los despidos, quizá porque el subconsciente normativo percibía como interés dominante del trabajador no la extinción, sino la conservación del contrato, tiende a cobrar una cierta complejidad, no porque aquel interés haya desaparecido ni disminuido, sino por la previsión de supuestos varios, con soluciones distintas para cada uno de ellos, en los que aparece ocasionalmente el contradictorio, esto es, el interés del trabajador en resolver, o en los que la resolución por el trabajador es un hecho dado.

## II. CARACTERES Y TIPOS DE EXTINCION

Antes de la LRL podía razonable, sí que laboriosamente, mantenerse —y con todo, la tesis no fue pacífica (en contra señaladamente Montoya)— que la extinción del contrato por decisión del trabajador exigía siempre, como la decidida por el empresario,

su amparo en causa legítima, falta de la cual el acto resolutorio se consideraba antijurídico o ilegítimo. Bien es verdad que el paralelismo con el despido concluía justamente aquí y justamente aquí sigue concluyendo cuando la causa concurre, pues, en efecto:

— Si la causa alegada por el trabajador como fundamento de la extinción es un incumplimiento del empresario, aunque la revisión de su decisión muestre que el incumplimiento no ha existido, o que no era grave o culpable, el ordenamiento puede reaccionar adicionando a la resolución consecuencias anormales o sanciones (indemnizaciones), pero no privando al acto de su eficacia; esto supondría imponer la continuidad del contrato contra la voluntad del trabajador, sujetándole a una especie de «servidumbre contractual» contradictoria con la naturaleza libre del trabajo por cuenta ajena que el contrato de trabajo articula. Dicho de otro modo: como el consentimiento del trabajador debe existir no sólo al tiempo de la celebración del contrato, sino también a lo largo de su cumplimiento, quedan radicalmente negadas las condenas de ejecución específica.

— Si la causa que el trabajador alega es una fuerza mayor propia o impropia existente, subsiste la imposibilidad de la condena a la ejecución, pudiendo sólo señalarse indemnizaciones a su cargo si la presencia de fuerza mayor no se prueba, y aun probada, si se quiere, por cuanto —salvo en el supuesto especial del art. 51.9 ET (*supra*, cap. 16, V)— el juicio sobre los efectos extintivos de la fuerza mayor corresponde al empresario, que es quien tiene la iniciativa en los expedientes de crisis, y a los órganos administrativos que la autorizan.

En el ET, la ruptura del paralelismo con el despido es más completa y precoz al admitir, junto a los causales, supuestos de extinción por voluntad del trabajador no causales o *ad nutum*, en los que se usa del preaviso para obviar la exigencia de causa. Por otro lado, la realidad muestra la presencia de extinciones efectivas, en las que el trabajador no preavisa ni alega causa.

En definitiva, pues, el estudio de la extinción por voluntad del trabajador comprende estos tres apartados:

- 1.º Extinción con preaviso y sin causa.
- 2.º Extinción con causa y sin preaviso.
- 3.º Extinción sin preaviso y sin causa.

El trabajador puede preavisar aun mediando causa; nos hallaríamos entonces ante un cuarto tipo de extinción (extinción con preaviso y con causa); pero éste, más que tal, es una modalidad de extinción causal.

### III. LA DIMISION O RESOLUCION CON PREAVISO

La resolución por el trabajador sin alegación de causa y preavisando es lo que el art. 49.1.d) ET llama *dimisión*; respecto de ella, hay que plantearse estos temas:

- Si juega en todo tipo de contrato de trabajo.
- La naturaleza y efectos del preaviso.
- Se puede intercalar en este lugar la extinción a la vez preavisada y causal.

#### A. La dimisión y la duración del contrato

Si se contemplara aisladamente el apartado d) del art. 49, parecería como

si la dimisión fuera posible cualquiera que fuera la duración del contrato; sin embargo, esta solución choca contra el apartado c), que fija la «expiración del tiempo convenido o [la] realización de la obra o servicio objeto del contrato» como causa precisa extintiva de los que el art. 15.1 llama «contratos de trabajo de duración determinada», al mantenimiento de la cual están obligadas ambas partes. En principio, por tanto, la dimisión preavisada sólo es posible respecto de los contratos de duración indefinida (*contra*, laboriosamente, Rodríguez-Piñero y Fernández López), como demuestran los antecedentes históricos del precepto y el derecho comparado, en el que, por cierto, lo normal es que este tipo de resolución sea posible para ambas partes. Los de duración determinada de cualquier especie, precisan de causa para su resolución lícita por el trabajador, sin la cual nos hallamos ante un incumplimiento del contrato por éste.

Sin embargo, esta solución es rígida en exceso; la duración determinada puede pactarse por —o la obra o servicio durar— varios o muchos años, puesto que sólo el pacto por toda la vida es nulo, equivaliendo prácticamente a una duración indefinida. Quizá la solución se encuentre en la aplicación analógica del art. 21.4, pues si en este caso de justificación tan notoria el «pacto de permanencia» no obliga más allá de dos años, no se ve cómo puede obligar a más en otros cualesquiera. En suma, debe admitirse también la virtualidad de la dimisión en contratos de duración determinada superior a dos años, transcurridos éstos.

#### B. El preaviso y sus efectos

El preaviso no está sujeto a requisito alguno de forma; puede, por tanto, ser verbal o escrito. Tratándose de una declaración recepticia de voluntad, es claro que debe llegar —o que deben hacerse todos los esfuerzos razonables que la buena fe exige para que llegue— al empresario destinatario.

En cuanto al plazo de preaviso, la ley remite al que «señalen los convenios colectivos o [en su defecto] la costumbre [profesional] del lugar»; en defecto de ambos, el de quince días, previsto por el art. 49.1.c).3.º, para la denuncia obstativa de la prórroga del contrato temporal, puede servir de regla. El pacto expreso incorporado al contrato condicionando el preaviso o fijando plazo más extenso para el mismo, es válido si no abusivo; si debatido sin acuerdo, el Juez fija cuál debió haber sido el plazo, conforme al art. 1.128 CC, teniendo en cuenta la facilidad o dificultad de sustitución del trabajador, que es a lo que el preaviso provee (Morales de Castilla).

Transcurrido el plazo de preaviso, la conducta del trabajador debe corresponderse inequívocamente con su voluntad resolutoria preavisada, cesando de prestar servicios; el empresario puede aceptar el preaviso en sus propios términos cesando a su vez en sus prestaciones expirado el plazo. Si de un lado la retractación no es posible sin la conformidad de las partes<sup>1</sup>, de otro, la con-

<sup>1</sup> SCT 15 julio 1977 y 23 marzo 1983; STS 6 noviembre 1985 (Ar. 5.729), 7 noviembre 1989 (Ar. 8.018), 26 febrero y 5 marzo 1990 (Ar. 1.234 y 1.716) y 26 abril 1991 (Ar. 3.390), entre otras.

tinuidad en la aceptación mutua de las prestaciones respectivas hace que el preaviso decaiga. Puede también el empresario preavisado resolver por su parte sin esperar el transcurso del preaviso, en cuyo caso debe como indemnización los salarios correspondientes a éste, sin que su decisión pueda considerarse como un despido.

Siendo la resolución con preaviso en los supuestos previstos el ejercicio de un derecho del trabajador, la resolución extingue el contrato sin que deba indemnización alguna, salvo siempre —aunque aquí difícilmente pensable; si deriva de lo breve o intempestivo del preaviso a ello debe atender su ampliación o condicionamiento— abuso en el ejercicio del derecho que «la ley no ampara» y por el que obliga a indemnizar (art. 7.º2 CC). Por supuesto —nadie puede ser obligado a trabajar contra su voluntad— la dimisión *ante tempus* sin causa del contrato de duración determinada extingue también éste, pero con la obligación del trabajador de indemnizar los daños y perjuicios causados por la ruptura.

### C. Extinción preavisada causal

Aun preavisando el trabajador, puede justificar su declaración resolutoria alegando causa justa; en este supuesto —en el que el preaviso es «un elemento accidental» (Pendás)— a los efectos extintivos acompañan los indemnizatorios propios de la resolución causal, que se examinan más adelante. Conviene observar aquí, sin embargo, que la alegación inicial de la causa es *prima facie* demostrativa tanto de la deliberación como de la buena fe del trabajador, lo que puede y debe ser ponderado a la hora de fijar la cuantía de las indemnizaciones el derecho a las cuales se le reconoce, salvo que éstas estén estrictamente tasadas.

## IV. EXTINCION CAUSAL

Como el empresario, el trabajador tiene el derecho de resolver unilateralmente el contrato por incumplimiento, que explícitamente le reconoce el art. 49.1.j) ET: «El contrato de trabajo se extinguirá... por voluntad del trabajador fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario.»

Pero mientras que para el despido el art. 54.1 ET insiste en el carácter «grave y culpable» del incumplimiento, sin el cual aquél es improcedente, para la extinción causal del trabajador la gravedad y aun la culpabilidad de incumplimiento empresarial dejan de exigirse con el mismo rigor, aunque jueguen para la fijación de las indemnizaciones a que el trabajador tiene derecho como parte que ha cumplido.

Son a estudiar, pues, las causas o incumplimientos que justifican la resolución y los efectos de ésta según su causa. También hay que plantearse el tema de la forma de la resolución extintiva.

### A. Las causas de resolución

Que la concurrencia de la causa es necesaria para la resolución sin pre-

aviso resulta evidente tanto en el art. 49.1.j) («un incumplimiento contractual») como en el art. 50.1 («serán justas causas...»).

ET, art. 50 lista las causas (a completar con las que aparecen en otros lugares del Estatuto). Antes de entrar en su estudio quede hecha la observación de que el trabajador —aparte de, como el empresario, poder condonar el incumplimiento en que consistan— puede optar, conforme al art. 1.124 CC, entre la resolución más la indemnización de daños y perjuicios o el cumplimiento, exigiendo en este caso que cese para el futuro el incumplimiento que alegue o, lo que es lo mismo, que el empresario cumpla; aparte y además de poder solicitar también en este caso la indemnización de los perjuicios derivados del incumplimiento previo<sup>2</sup>, incluidos los morales<sup>2a</sup>. De hecho, gran parte de los asuntos de que el Juez de lo Social conoce son demandas de incumplimiento pidiendo que «se restablezca la normalidad» (de las Cuevas), esto es, que se fuerce a cumplir; ocasionalmente con petición adicional de indemnización por los daños derivados del incumplimiento.

Las «causas justas» relacionadas en el art. 50.1 ET son:

a) *Las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de su [del trabajador] formación profesional o en menoscabo de su dignidad.* Siendo *sustancial* «lo esencial y más importante de una cosa», una modificación así calificada es la de naturaleza tal que altere y transforme la cosa misma, aquí las condiciones de trabajo, que pasen a ser otras diferentes notoria y claramente de las primitivas. Poco puede añadirse a esta caracterización general, para juzgar de la cual habrá que atender a las circunstancias de cada caso; la lista de materias del art. 41.1 ET es indicativa —«entre otras»— y, por otro lado, las modificaciones que afecten a las listas pueden ser no sustanciales.

La modificación, además de sustancial (doble requisito pues; Morales), ha de bien perjudicar la formación profesional del trabajador —violando así el derecho a ésta reconocido por los arts. 4.º2.b) y 23 ET y por el art. 35.1 Const.— entorpeciendo sus posibilidades de promoción generales y dentro de la empresa; bien menoscabar su dignidad —violando ahora el derecho del art. 4.º2.d) ET—, esto es, situarle en posición depresiva o vejatoria; bien, si una u otra violación concurre (Martínez Abascal), desbordando los límites que a la movilidad funcional impone ET, art. 39.3. El perjuicio no se presume, sino que debe ser probado<sup>2b</sup>.

La causa existe, probablemente, aunque no medie voluntad maliciosa o motivo torpe<sup>3</sup>; pero si en efecto media, ha de tenerse como especialmente jus-

<sup>2</sup> Si el trabajador opta por el cumplimiento, tiene, en efecto, también derecho a la indemnización por los daños y perjuicios que alegue y pruebe (SCT 10 diciembre 1970) conforme al art. 1.124 CC; el Juez puede moderar la cuantía de la indemnización si el incumplimiento ha sido debido a negligencia, no si a dolo (arts. 1.102 y 1.103 CC), aparte de la mayor extensión de la responsabilidad por dolo conforme al art. 1.107 CC. «La obligación genérica de indemnizar» se rige por los arts. 1.101 y sigs.

CC (STS 24 junio 1972 y 22 junio 1985); comprende los «daños morales» (STS 21 mayo 1971).

<sup>2a</sup> Para un supuesto, de acoso sexual, razonando extensamente sobre éste, TCo 224/1999 (*Jur. Const. TSS*, t. XVII, ref. 1.114; *com. REV GUANTER*).

<sup>2b</sup> STSud 18 julio 1996 (Ar. 6.165).

<sup>3</sup> No, por ejemplo, si la modificación busca «encontrar un puesto de trabajo que justifique la permanencia» del trabajador (SCT 7 enero 1987 [Ar. 78]).

tificada la voluntad de resolver, aminorando el peso de la sustancialidad de la modificación, por cuanto al incumplimiento empresarial acompaña, o éste implica, la infracción grave del deber de buena fe y el abuso del poder de dirección —o el «abuso del *ius variandi* [propio del] titular del poder de dirección» (Herrera)— que al empresario impone y confiere, respectivamente, el art. 20 ET; lo contrario, en cambio, cuando la modificación consiste en la remoción de un cargo o puesto «de confianza»<sup>4</sup>. No existe la causa si la modificación deriva de sanción firme<sup>5</sup>, y existe, en cambio, cuando en realidad es «un castigo encubierto»<sup>6</sup>.

b) *La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario*, causas de las cuales la segunda —el retraso, equivalente a la falta de pago puntual— ha sido abundantemente matizada por la jurisprudencia, que exige la gravedad en el incumplimiento, reflejada en la repetición o prolongación de los retrasos<sup>7</sup>, habida cuenta de que la sanción ordinaria del retraso es el recargo por mora del art. 29.3 ET. La culpabilidad de la falta o retraso probablemente no es requisito del incumplimiento, esto es, juega la causa objetivamente, habiendo lugar a la resolución aunque aquél no sea culpable, aunque esta doctrina no sea segura y haya ido debilitándose (Albiol)<sup>8</sup>. La causa opera tanto

<sup>4</sup> STS 30 septiembre 1987 (dos sentencias [Ar. 6.438 y 6.439]), 9 abril 1990 (Ar. 3.433) y 27 marzo 1991 (Ar. 1.904).

<sup>5</sup> Sanción de traslado, por ejemplo (STS 14 julio 1986).

<sup>6</sup> STS 19 diciembre 1988 (Ar. 9.854).

<sup>7</sup> Justifica la resolución una demora en el pago que no sea «circunstancial y presumiblemente pasajera (SCT 14 octubre 1981 y 5 enero 1983); un retraso de cuatro meses o más, por ejemplo (SCT 22 septiembre 1981 y 17 marzo 1982); «constante retraso en el abono de su salario mensual [y adeudo de] los tres últimos meses...» (SCT 8 septiembre 1987 [Ar. 18.605]). No «un retraso aislado y ocasional» (STS 7 julio 1983 y SCT 15 febrero 1984; no, por ejemplo, uno de dos meses, STS 24 abril 1985), ni uno «concreto y escaso» (SCT 15 noviembre 1983 y 3 febrero 1984); si retrasos habidos durante un año (STSud 13 julio 1998 [Ar. 5.711]; si, excesiva, para retrasos aislados (STSud 25 enero 1999 [Ar. 898]). Las sentencias —claramente las últimas citadas— revelan una cierta vaguedad de la jurisprudencia.

No puede pedirse la resolución si ha habido acuerdo formal o informal con el empresario en cuanto a la demora en el pago (STS 13 febrero 1984 y 4 y 29 diciembre 1986 [Ar. 7.278 y 7.612], 16 junio 1987 [Ar. 4.376]; SCT 2 marzo 1984 y 30 julio 1986 [Ar. 7.073]), STSud 25 septiembre 1995 [Ar. 6.892]; o si «la demora... se había venido tolerando» (STS 26 abril 1986; la petición de resolución es intempestiva); o acuerdo sobre modificación de categoría o puesto de trabajo (SCT 17 noviembre 1983).

Demora en el pago de salarios (no de subsidios de *i.t.*; SCT 18 febrero 1986 [Ar. 985]).

Un resumen general de la jurisprudencia —pertinente además para la solución del caso— en STS 3 noviembre 1986 (Ar. 6.665).

<sup>8</sup> Manifestación de lo cual es que la culpabilidad aparece a veces como agravante del incumplimiento; de retraso continuado y culpable se habla en SCT 25 marzo 1981; de «conducta culposa o negligente» en SCT 24 septiembre 1985; en el mismo sentido, STS 7 abril 1987 (dos sentencias [Ar. 2.369 y 2.370], muy rotunda la primera) y 24 octubre 1988 (Ar. 8.143); pero decididamente contraria, STS 30 junio 1987 (Ar. 4.676) y Auto ud 21 noviembre 2000 (Ar. 10.303); SCT 21 abril 1987 (dos sentencias [Ar. 8.196 y 8.201]).

Jurisprudencia fluctuante, pues; o, como ella misma dice, «oscilante» y «con vacilaciones» (STS 4 abril 1988 [Ar. 2.930]), que STSud 24 marzo 1992 (Ar. 1.870) y 29 diciembre 1994 (Ar. 10.522) quieren despejar no exigiendo culpabilidad; pero la exigencia de gravedad y persistencia en el incumplimiento (Auto ud 22 noviembre 2000 [Ar. 10.423]) consiente aún soluciones varias.

Los administradores de la S.A. son culpables por no haber ampliado el capital —hasta los 10 millones que exigió la disp. trans. 3.ª de la LSA; texto refundido, RD 1.564/1989— y así no haber podido hacer frente al pago de salarios que fundamenta la resolución a petición de los trabajadores (STSud 28 octubre 1997 [Ar. 7.680]).

respecto de los impagos individuales como de los colectivos; en cuanto a estos últimos, la falta de pago o el retraso puede deberse a una situación de crisis en virtud de la cual *el empresario* (no los propios trabajadores; no caben «iniciativas simultáneas y contradictorias») haya instado la suspensión o cese de sus actividades; la clara situación de crisis precluye la resolución conforme al art. 50.1.b) <sup>9</sup>, si se ha iniciado el período de consultas; mas si, transcurrido éste, el expediente de crisis se ha instado <sup>10</sup> —mucho más si sobre él se ha convalidado o decidido— y afecta a quienes intentan resolver <sup>11</sup>.

Obsta el juego de la causa «la controversia sobre la realidad y la cuantía» de los salarios debidos <sup>12</sup> si es razonable, no si no lo es <sup>13</sup>. La causa juega aunque los salarios atrasados se paguen, demandado ya el empresario, antes del juicio <sup>14</sup>, salarios que, es claro, deben ser pagados aunque el contrato se declare extinguido por esta causa <sup>15</sup>.

El apartado c) del art. 50.1 comprende varias causas, a saber:

— La negativa del empresario *a reintegrar al trabajador a su puesto de trabajo* en caso de traslado o desplazamiento (art. 40 ET) o *a las condiciones anteriores a su modificación sustancial* (art. 41 ET) cuando en uno u otro supuesto las decisiones del empresario hayan sido declaradas injustificadas por «sentencia judicial»; repárese en que no es ésta la constitutiva de la causa, sino *la negativa del empresario a cumplirla*; de ahí que el art. 138.6 LPL (que se refiere también a las decisiones nulas por fraudulentas y a la reintegración «irregular», esto es, a puesto o condiciones, que el trabajador no acepta, distintos a los previos) dé por supuesto que la petición de resolución del trabajador ocurrirá en ejecución de sentencia. Repárese también que los de traslados y modificación de condiciones pueden serlo no sólo individuales, sino también de colectivos «menores» conforme a lo ya conocido.

— *Cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales por parte del empresario*, cláusula de apertura de la lista; respecto de la gravedad se pueden y deben repetir consideraciones similares a las hechas respecto de la «causa a); pero repárese que ésta no exige que el incumplimiento derive de una modificación sustancial (de Miguel). La exclusión de *los supuestos de fuerza mayor* apunta hacia una imputación del incumplimiento al dolo, culpa o negligencia del empresario, lo que la jurisprudencia confirma <sup>16</sup>. Un incum-

<sup>9</sup> SCT 15 octubre 1980, 2 diciembre 1981 y 9 febrero y 19 abril 1982, entre otras; *a contrario*, aunque sin claridad sobre en qué momento el expediente de crisis precluye, STSud 29 diciembre 1994 (Ar. 10.522). Es claro que puede «pedirse la baja» durante el expediente de crisis; pero la indemnización entonces será la del art. 50.10 ET (STS 12 noviembre 1984). Contra la doctrina de estas sentencias y la de las notas siguientes, STS 19 diciembre 1983, aislada y anómala.

<sup>10</sup> Jurisprudencia iniciada por SCT 12 abril 1983 y seguida por SCT 6 junio 1983, 3 julio 1984 y 17 septiembre y 1 octubre 1985, entre otras. Inopinada y desafortunadamente STSud 5 abril 2001 (Ar. 4.885) ha resuelto lo contrario.

<sup>11</sup> STS 7 mayo 1984 y 22 diciembre 1988 (Ar. 9.899); ésta en un caso de reconversión.

<sup>12</sup> STS 6 mayo 1991 (Ar. 4.169).

<sup>13</sup> STS 17 febrero 1987 (Ar. 877) y las que cita y 6 mayo 1987 (Ar. 3.252); si el trabajador se cree con derecho a salario superior al percibido, debe «ejercitar la acción pertinente... al margen del art. 50.1.b)» (STS 17 diciembre 1987 [Ar. 8.969]).

<sup>14</sup> SCT 23 julio 1976 (dos sentencias [Ar. 6.811 y 6.812]).

<sup>15</sup> Extensamente, SCT 4 abril 1988 (Ar. 2.691).

<sup>16</sup> Sumamente expresiva en este sentido, SCT 16 julio 1986 (Ar. 6.322); también, STS 11 abril 1988 (Ar. 2.944).

plimiento vejatorio para el trabajador es siempre grave, aparte de que normalmente implicará modificación sustancial menoscabadora de su dignidad o atentatoria a su formación<sup>17</sup> —o ambas cosas a la vez<sup>18</sup>—, aproximándose a la causa *a*), verdadera matriz del precepto.

Cerrada con este último apartado y refiriendo, con algún esfuerzo, sus calificaciones —«grave», «contractual»— a los apartados *a*), *b*) y a los demás apartados *c*), puede decirse de la lista del art. 50.1 ET erige en justificantes de que el trabajador se despida, conductas del empresario similares en sus rasgos generales a las que, si del trabajador, justifican que sea despedido. En efecto, al carácter *contractual* del incumplimiento que las preside en virtud del art. 49.10 ET se une ahora su *gravedad* y, al excluir la fuerza mayor (Borrajo), su naturaleza *culpable*, que caracteriza los supuestos del *c*) y hacia la que en general tiende la jurisprudencia dominante (Pendás).

## B. Efectos de la resolución causal

Los extintivos intrínsecos a la resolución aparte, la resolución causal genera el derecho del trabajador a una indemnización de daños y perjuicios que, al tiempo, presume éstos y su cuantía y los compensa y castiga el incumplimiento contractual constitutivo de la causa.

Las indemnizaciones varían según el tipo de causa:

— En todos los supuestos del art. 50.1 «el trabajador tendrá derecho a las indemnizaciones señaladas para el despido improcedente» (art. 50.2 ET), esto es, a las del art. 56.1.a) (*supra*, cap. 18, II.D)<sup>18a</sup>; tanto monta que el empresa-

<sup>17</sup> Así, cambio de condiciones «con el propósito de hacerle [al trabajador] incómodo y enojoso el puesto» (SCT 11 julio y 13 diciembre 1977; también, SCT 22 junio y 14 diciembre 1977, a contrario esta última). O no asignar al trabajador «función, servicio ni trabajo alguno... [lo que]... le infiere un claro agravio y menosprecio» (SCT 18 mayo 1978; STS 21 marzo 1988 [Ar. 2.336] y 11 octubre 1989 [Ar. 7.167]), siempre que no vayan acompañadas del impago de salarios, porque si lo van probablemente nos hallamos ante un despido.

También asignarle un trabajo mínimo «incompatible con el derecho... a ocupación efectiva» [art. 4.º2.a) ET; STS 30 septiembre 1987 (Ar. 6.439) y 14 junio 1990 (Ar. 5.080)]; o de categoría profesional notoriamente baja (SCT 11 diciembre 1984), y más si ello ocurre de forma «deliberada, consciente y sistemática» (STS 16 diciembre 1982); o que implique tareas para las que carezca de aptitud (STS 27 noviembre 1989 [Ar. 3.264]); suspensión cautelar larga y poco justificada (STS 27 septiembre 1990 [Ar. 7.054]). Véase también la jurisprudencia citada en *infra*, nota 28, y la recopilada y ordenada por PENDÁS.

También el impago del subsidio de *i.t.*, así del a cargo del empresario (LSS, art. 131.1) como del delegado por cuenta del INSS, como de su mejora por convenio colectivo (todos ellos en STSud 2 noviembre 1996 [Ar. 8.187]).

<sup>18</sup> Muy expresiva, SCT 3 mayo 1985; «conducta subsumible en [los apartados *a*) y *c*) del artículo 50 ET», en STS 11 octubre 1989 (Ar. 7.167); también, STSud 10 diciembre 1991 (Ar. 9.046); aunque la variedad de supuestos a los que es aplicable el art. 50 ET ha hecho esta materia también virtualmente inaccesible a la casación para la unificación de doctrina (STSud 11 marzo 1992, Ar. 1.635); incluye los incumplimientos que afecten a mejoras voluntarias de seguridad social asumidas por el empresario (STSud 22 mayo 1995, Ar. 3.995).

<sup>18a</sup> La misma solución «en virtud de la cláusula de conciencia...», cuando el periodista «solicite la rescisión» de su contrato de trabajo por «cambio sustancial de orientación informativa o línea ideológica del medio» o trasladado «a otro medio del mismo grupo [y esto] suponga ruptura patente con la orientación profesional» del periodista, según el desorbitado efecto que la LO 2/1997 extrae de Const.

rio despida como que fuerce al trabajador a despedirse es la filosofía del precepto, que se corresponde con la denominación de *despido indirecto* (el *constructive dismissal* anglosajón) que por la doctrina se usa para designar el basado en esas causas resolutorias. La indemnización *no* comprende salarios de tramitación<sup>19</sup>, dado que los servicios se siguen prestando hasta la decisión judicial, como se verá; salvo que ésta estime que el trabajador que haya resuelto por sí lo pudo hacer, en cuyo caso se deben hasta la sentencia de instancia que confirme la resolución<sup>20</sup>. *No* cabe ninguna otra indemnización<sup>20a</sup>.

— Si la resolución se funda en falta de pago de salarios, éstos deben ser pagados con independencia de la indemnización, con el recargo por mora del art. 29.3 en su caso; la indemnización puede ser muy superior a los salarios debidos, lo que explica la jurisprudencia restrictiva en cuanto a este apartado *b*).

— Si la resolución es de los supuestos incluidos en *c*), especialmente si es maliciosa —incluso del supuesto *a*), si la vejación es notoria—, cabría pensar en el derecho a una indemnización adicional por daños morales, basando la responsabilidad contractual en la violación del art. 4.º2.e) ET.

## C. La solicitud de resolución y sus excepciones

El art. 50.1 ET liga tanto la resolución como los señalamientos de las indemnizaciones que prevé a que el trabajador no tanto sin más resuelva por sí mismo como a que «solicite la resolución» (del Juez, hay que entender).

En general, la posición de la jurisprudencia (así de la anterior al ET como de la elaborada en aplicación de éste) en cuanto a esta importante cuestión es que el trabajador debe demandar pidiendo la resolución —más la indemnización que a su juicio corresponda<sup>21</sup>—, prestando entre tanto sus servicios (debe «mantenerse viva la relación laboral»; «debe permanecer en su puesto al interponer la demanda y mientras se sustancia el proceso»<sup>22</sup>).

art. 20.1.d). Un buen análisis de esta rescisión por voluntad del «profesional de la información» en TCo 199/1999 (*Jur. Const. TSS*, t. XVII, ref. 1.105; *com. MONROYA*).

<sup>19</sup> SCT 13 abril 1983 y 16 julio 1986 (Ar. 6.331); STS 7 mayo 1985.

Responde el FGS por insolvencia del empresario, conforme al art. 33.2 ET (SCT 27 enero y 17 febrero 1982, entre otras).

La demanda de resolución lleva implícita la de la indemnización que proceda (SCT 12 mayo 1981 [Ar. 3.174]); el Juez debe fijar la indemnización si la retribución pactada es «indeterminada» (STS 9 diciembre 1982, en supuesto atípico de grabación de discos por el trabajador).

Si la sentencia de instancia es favorable al trabajador y el empresario la recurre *no* es aplicable el hoy art. 295.1 LPL (STS 3 junio 1988 [Ar. 5.210]).

<sup>20</sup> STS 30 abril 1990 (Ar. 3.511).

<sup>20a</sup> Extensa y enérgicamente, STSud 3 abril 1997 (Ar. 3.047).

<sup>21</sup> La demanda debe comprender las dos peticiones; en tal sentido, creo, STS 27 abril 1987 (Ar. 2.796), pero véase SCT 12 mayo 1981 (Ar. 3.174).

Es independiente de —y no acumulable a (art. 27.2 LPL)— la acción por salarios debidos (SCT 3 diciembre 1988 [Ar. 8.030]).

Recuérdese que en los casos de *negativa* [*supra*, A.c)] las peticiones ocurren en ejecución de sentencia.

<sup>22</sup> Naturalmente no puede seguir si ha sido despedido; pero entonces debe demandar por —y antes que caduque la acción de— despido (STSud 24 mayo 2000 y Auto *ud* 24 mayo 2000 [Ar. 4.623 y 4.629]).

Sobre la extensión de este deber en caso de readmisión «irregular» tras un despido, TCo 33/1987 (*Jur. Const. TSS*, t. V, ref. 229).

Tiene que seguir aunque haya obtenido sen-

La demanda, prosiguiendo la prestación de los servicios —que, si bien se mira, es un preaviso cualificado—, además de su buen ajuste a la ley, solventa *ex ante* la presencia de la causa resolutoria y, en su caso, la cuantía de la indemnización, y elimina los efectos de lo que de otra forma habría que calificar como dimisión o abandono del trabajador<sup>23</sup>, o como causa para que el empresario le despidiera por incumplimiento<sup>24</sup>, si la resolución fuera impugnada y su causa no se reputara presente y bastante. Por otro lado, si el incumplimiento del empresario es radical, lo probable es que nos hallemos ante un despido tácito, y éste es el que se debe impugnar, en su caso<sup>25</sup>, y hacerlo en plazo<sup>26</sup>; aunque la línea divisoria no sea sencilla, especialmente respecto de los impagos de salarios<sup>27</sup>.

Del requisito de continuar el trabajador prestando sus servicios dispensa que el incumplimiento empresarial atente a la integridad u honor, sea de tal modo vejatorio o contrario a la dignidad personal del trabajador, implique tal humillante desigualdad de trato, o le imponga riesgo de naturaleza tal, que justifique su decisión simple e inmediata de resolver<sup>28</sup>; caso en el que además, como se dijo, se deben salarios de tramitación si el trabajador resuelve en efecto. Si, en estos supuestos, el trabajador resuelve por sí, puede hacerlo mediante declaración no sujeta a forma especial dirigida al empresario, con la adopción consiguiente de la conducta inequívoca que se corresponda con su decisión. Por lo demás, esta actuación del trabajador no precluye su ulterior demanda, en la que ya no pedirá la resolución más la indemnización, sino solamente ésta (si voluntariamente no se le ha pagado); aunque indefectiblemente, aun en este caso, el Juez habrá de examinar la causa resolutoria para decidir sobre si proceden o no las indemnizaciones y su cuantía; sobre una y

tencia favorable en la instancia, si es recurrida (STS 12 julio 1989 [Ar. 5.461]); y el derecho a seguir, en tal caso (STSud 25 abril 1996 [Ar. 3.403]).

<sup>23</sup> Para este supuesto, SCT 8 marzo 1988 (Ar. 2.171).

<sup>24</sup> Para este supuesto, STS 4 mayo 1983.

<sup>25</sup> Dejar de pagar el salario e impedir la entrada en el centro de trabajo (SCT 9 abril 1983); también, SCT 15 febrero, 29 abril y 1 y 7 [«no nos abona salarios ni nos da ocupación efectiva»] junio 1983 y 5 abril 1984.

<sup>26</sup> SCT 10 febrero 1988 (Ar. 1.530); *infra*, cap. 20, V.B.a).

<sup>27</sup> Si el trabajador es despedido tras su demanda por incumplimiento (la hipótesis contraria no parece que tenga sentido) y demanda contra el despido, esta segunda demanda es acumulable a la primera de oficio o a instancia de parte «debiendo debatirse todas las cuestiones planteadas en un solo juicio» (art. 32 LPL). Para la jurisprudencia anterior a la LPL vigente, véase la 11.ª ed., pág. 460, nota 24; situación también anterior es la de STS 10 mayo 1990 (Ar. 4.992).

<sup>28</sup> Véanse STS 25 junio 1968, 5 julio y 6

octubre 1971, 9 diciembre 1976 y 26 junio 1984 (y las siete que en ella se citan); muy amplia, STS 2 julio 1979; SCT 14 enero 1975, 22 marzo 1976 (y las que cita), 21 octubre 1976, 22 enero, 21 abril y 11 julio 1977, 6 noviembre 1979, 20 mayo 1981, 6 mayo 1982 y 2 julio 1985. Exposición general de la doctrina, vigente ya en el ET, en SCT 25 febrero 1981 y 12 noviembre 1985; STS 18 septiembre 1989 (Ar. 6.455).

También, con ejemplos de conducta vejatoria, STS 26 abril y 17 julio 1982 y 1 octubre 1983; de descripción muy gráfica, STS 25 abril 1985; SCT 31 mayo 1977, 20 abril 1979, 9 marzo 1982, 7 marzo 1984 y 25 febrero 1985; de peligro o riesgo, SCT 16 abril 1982; excesiva, STS 11 marzo 1982 (Ar. 1.300).

La retractación o rectificación empresarial no borra su incumplimiento; disminuye quizá su gravedad (SCT 10 noviembre 1980).

No es apreciable como causa de despido el bajo rendimiento del trabajador «degradado y agraviado profesionalmente» (STS 28 septiembre 1983) ni su ausencia en el mismo supuesto, menos aún si demanda (STS 18 septiembre 1989 [Ar. 6.455]).

otras puede llegarse a solución concordada en las conciliaciones que preceden al juicio (arts. 63-66 y 64 LPL; de Miguel).

Dependiendo de que haya o no habido acto resolutorio previo del trabajador, los efectos de la sentencia respectivamente serán *ex tunc* o *ex nunc*. Habrá lugar a salarios de tramitación, si se entiende justificada la resolución *ex tunc*.

#### D. El tiempo de la resolución

El art. 59.4 ET fija el mismo plazo de caducidad de veinte días propio de la acción de despido para demandar «contra las decisiones empresariales... sobre... movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo»; pero como en estos supuestos se trata de inejecución de una sentencia, el mismo plazo, por anómalo que parezca, pasa a serlo de prescripción (arts. 241.1 y 277.1-3 LPL) y se amplía a tres meses cuando no se devenguen salarios de tramitación (art. 277.2 LPL) como será el caso. Para todos los demás supuestos del art. 50.1 ET existe una grave laguna legal que —habida cuenta de la asimilación al despido de su núm. 2— permite aplicar por analogía el doble plazo de prescripción que para las faltas muy graves prevé el art. 60.2 ET [*infra*, cap. 20, V.A.b)].

### V. EXTINCION SIN PREAVISO NI CAUSA; EL ABANDONO

Como supuesto fáctico, el abandono se caracteriza porque el trabajador resuelve el contrato sin alegar causa alguna —ni probar una bastante *a posteriori*, en su caso— ni preavisar en los casos en que el preaviso sustituiría a la causa; si se quiere utilizar la terminología del art. 49.1.d) y j) ET, a lo que la jurisprudencia tiende<sup>29</sup>, se trataría de una dimisión sin preaviso ni causa.

#### A. Las formas del abandono

El abandono puede ocurrir mediante declaración expresa seguida de conducta inequívoca o sólo mediante esta conducta. La conducta en cuestión es esencial; la resolución se exterioriza u ocurre «abandonando el trabajo», como gráficamente decía el art. 81 LCT, en cuanto el abandono sea revelador del propósito deliberado de dar por terminado el contrato, esto es, de que en el ánimo del trabajador hay no una mera voluntad de incumplimiento de un deber contractual, sino la más exacta y entera de dejar de cumplir el contrato en sí mismo. Precisamente por ello, debe tenerse en cuenta respecto del abandono:

1.º Que es un acto voluntario; por ello no se puede enfocar desde este ángulo la ausencia al trabajo por detención o prisión, aunque pueda consti-

<sup>29</sup> SCT 23 febrero, 22 y 27 abril y 11 mayo 1982, entre otras.

tuir una causa de despido por incumplimiento; en principio no es sino causa de suspensión conforme al art. 45.1.b) ET, según se vio (*supra*, cap. 15, III) <sup>30</sup>.

2.º Que la voluntad relevante es la que el trabajador tiene en el momento de abandonar, no la distinta que pueda tener en momento ulterior; la retractación es irrelevante si el abandono se ha producido ya, y con él la resolución del contrato. Se trata, pues, de un acto «vinculante» para el trabajador, no revocable sin la conformidad expresa o tácita del empresario <sup>31</sup>.

3.º Que la ausencia del trabajo sin otra indicación no constituye abandono, en cuanto no es expresión inequívoca de voluntad resolutoria; puede constituir causa de despido, conforme al art. 54.2.a) ET, como incumplimiento contractual del trabajador, si es reiterada y no justificada; pero esto mismo revela, al exigirse la voluntad resolutoria del empresario, que no ha jugado la del trabajador en la que el abandono consiste. Pero una ausencia larga *sine die*, y sin aviso ni justificación, crea una presunción en favor del abandono; *a sensu contrario*, no una ausencia breve <sup>32</sup>. La presunción se torna certeza si la justificación se pide y no se obtiene <sup>33</sup>.

4.º Que si ha habido abandono, el empresario no tiene necesidad de despidir, porque el contrato de trabajo ya se ha extinguido; si despide, su conducta puede ser interpretada como precedida por la admisión de la retractación del trabajador <sup>34</sup>; tampoco puede éste «solicitar la declaración de resolución del contrato si... ha rescindido ya por sí... abandonando el trabajo» <sup>35</sup>; ni demandar por despido, es claro, aparte de la posible caducidad de la acción en cuanto a éste <sup>36</sup>.

5.º Que la desobediencia a una orden de trabajo, aun terminante y clara, mucho más si debida a impulso repentino, no es abandono —puede ser causa de sanción, incluida la de despido del art. 54.2.b) ET—; pero la desobediencia seguida de actos tales como irse del puesto de trabajo, o pedir la liquidación, o la «obstinada actitud... de no presentarse... para recibir instrucciones sobre

la continuidad en la prestación de sus servicios» <sup>37</sup> ha de ser interpretada como constitutiva de abandono.

La jurisprudencia, partiendo de la idea ya mencionada de que «para dar por terminada la relación laboral por voluntad del trabajador es preciso que se manifieste de forma explícita, sin que deje asomo de duda sobre el propósito de los actos»; que sea «decisión... mantenida con empeñamiento, como expresa y terminante voluntad de dar por finalizada la relación laboral»; «que dicha voluntad sea manifiesta, o bien la conducta... lleve a la indudable consecuencia de [que existe] aquel propósito», aunque «puede ser expresa... o deducida de hechos o actos que la demuestren» <sup>38</sup>; expresa o tácita, la «voluntad [extintiva ha de ser] incontestable» <sup>38a</sup>.

La jurisprudencia, decía, ha examinado con reiteración estos supuestos, muchos de ellos de difícil apreciación en los hechos; repárese en que si se estima que no ha habido abandono (o dimisión) es casi obligado entender que quien ha resuelto el contrato es el empresario, y como lo habrá hecho mediante mera conducta, para su caso insuficiente por defecto de forma, nos hallaremos ante un despido antes nulo <sup>39</sup>, hoy improcedente. Casos hay en que el trabajador demanda por despido y el empresario contesta que se limitó a tomar nota y soportar los efectos de un abandono, con lo que lo primero a establecer es quién realmente, si el trabajador o el empresario, ha resuelto el contrato.

Hay también abandono en casos tales como no solicitar el reingreso, o no reingresar de hecho, sin alegar causa justificada, tras la expiración de un período de suspensión de los previstos en ET, art. 46.1 <sup>40</sup> o no aceptar oferta incondicionada e inmediata de readmisión tras un despido <sup>41</sup>. Por lo mismo que es un despido el no llamamiento de un trabajador de temporada (ET, art. 15.8), es un abandono no acudir al llamamiento hecho <sup>42</sup>.

Por lo demás, es siempre técnicamente un abandono la resolución por el trabajador *ante tempus* sin causa de un contrato de duración determinada.

<sup>30</sup> Si «pedir la liquidación... tras llevar varios días detenido... [y]... ordenada su busca y captura en varios procedimientos penales» (SCT 22 octubre 1987 [Ar. 22.678]).

<sup>31</sup> STS 3 julio 1972, 29 septiembre 1976 y 5 abril 1979; SCT 2 junio 1977, 17 septiembre 1980, 3 septiembre y 19 noviembre 1985, 29 abril 1986 (Ar. 2.855) y 7 abril 1987 (Ar. 7.547), entre otras. Si la retractación ha sido aceptada, el acto posterior de resolución del empresario es un despido (SCT 4 mayo 1978).

<sup>32</sup> Respectivamente, SCT 4 julio 1985 y 13 octubre 1973.

Una ausencia de al menos quince días, sin motivo comunicado al empresario, hace surgir la presunción de abandono, entendido como «ausencia... acompañada de hechos que con toda probabilidad revelen la intención de no retornar» (en el DL 64-A/1989, de 27 febrero [Portugal], art. 40.1.2; LEITE-ALMEIDA).

<sup>33</sup> SCT 26 enero 1982 (Ar. 359).

<sup>34</sup> SCT 4 mayo 1978 (Ar. 2.623).

<sup>35</sup> SCT 2 febrero 1979 (Ar. 643).

<sup>36</sup> SCT 16 enero y 1 julio y 16 septiembre 1980.

<sup>37</sup> STS 12 junio 1976; en sentido similar, STS 9 diciembre 1977 («no aceptando el interés de ninguna de ambas sugerencias [sobre puesto de trabajo] ni volviendo a mantener contacto con la empresa»); SCT 7 julio 1977, 15 febrero 1984 y 2 septiembre 1986 (Ar. 7.250) («manifestar... que no les interesaban las condiciones... marchándose del centro de trabajo, sin volver a él»; se limitó «a abandonar el trabajo, diciendo que no le interesaba seguir en él»); SCT 3 noviembre 1977 («... el actor, al terminar [la] suspensión de empleo y sueldo no se reintegró a la empresa»); SCT 20 abril 1978 («... reiteradamente le requirió para que reanudara su relación laboral, después de haber dejado el actor de acudir al trabajo»); SCT 16

julio 1986 (Ar. 6.368) («pidió al empresario los papeles del paro y que le pagara, lo que reiteró el siguiente día»); SCT 8 abril 1980 («... comunicando su voluntad de considerarse despedida», o que «no le interesaba continuar» si no ocurría tal cosa o se accedía a tal pretensión; similar, SCT 7 diciembre 1988 (Ar. 8.182). No hay abandono si el trabajador lo niega expresamente (SCT 6 diciembre 1978), salvo conducta contradictoria con su voluntad declarada de no abandonar; no lo es, por ejemplo, la manifestación de disconformidad con un horario nuevo (SCT 14 mayo 1980).

<sup>38</sup> STS 31 mayo y 21 octubre 1971, 21 febrero 1975, 28 octubre 1980, 6 julio 1981, 29 noviembre 1982 y 10 diciembre 1990 (Ar. 9.762), entre otras. SCT 7 noviembre 1970, 3 diciembre 1973, 17 septiembre 1980, 16 marzo (Ar. 1.630) y 9 junio 1982 (dos sentencias), entre otras, además de las citadas en la nota anterior.

La prueba del abandono corresponde al empresario (muy elaborada al respecto; SCT 23 julio 1987 [Ar. 6.759]).

<sup>38a</sup> STSud 21 noviembre 2000 (Ar. [2001] 1.427) y 27 julio 2001 (Ar. 6.840).

<sup>39</sup> STS 7 octubre 1976; SCT 4 febrero 1976 (dos sentencias), 23 abril, 6 julio y 12 y 13 diciembre 1977, 23 mayo 1979, 12 mayo 1981, 9 y 23 febrero y 21 mayo 1982, 6 noviembre 1985 y 10 febrero 1987 (Ar. 2.806), entre otras muchas; en estas mismas sentencias también ejemplos de declaraciones o manifestaciones de voluntad del trabajador contrarias o confirmatorias de la presunción de abandono. Excesiva en su generalidad y para el supuesto de hecho, STS 16 diciembre 1980 (posible causa de despido, más bien).

<sup>40</sup> STS 20 octubre 1988 (Ar. 8.125).

<sup>41</sup> SCT 22 septiembre 1987 (Ar. 19.570); lo que «enerva la acción de despido» (SCT 24 febrero 1982 [Ar. 1.107] y 22 abril 1983, dos sentencias [Ar. 3.467 y 3.468]).

<sup>42</sup> En este sentido, STS 15 noviembre 1979 y SCT 3 mayo 1980.

## B. Los efectos del abandono

El abandono es una conducta antijurídica de incumplimiento que como tal genera una responsabilidad de indemnizar daños y perjuicios; por ello, como decía el art. 81 LCT, «si fuere el trabajador el que incumpliere el contrato, abandonando el trabajo, el empresario tiene derecho a exigirle el resarcimiento de daños y perjuicios». La indemnización, aparte de no presumir los daños, carece de los matices punitivo y ejemplar, propios de la de despido.

Si el trabajador hubiera podido «dimitir», esto es, resolver preavisando —típicamente en los contratos de duración indefinida, como se vio— no son indemnizables los daños y perjuicios derivados de la resolución, sino los derivados de la falta de preaviso<sup>43</sup>. Lo ilícito de la conducta está aquí no en resolver sin causa, sino en resolver bruscamente; por medio de «una dimisión torpemente ejercitada» (García Fernández).

Si el trabajador no hubiera podido usar del preaviso —así en los contratos de duración determinada inferior a dos, como también se vio—, los daños y perjuicios debidos son los derivados de la resolución misma y no meramente de su carácter brusco; ha de ser demostrada su existencia, cuantía y relación de efecto a causa con la ruptura del contrato. Por lo demás, téngase en cuenta que el empresario ha de actuar con la diligencia ordinaria propia del acreedor de buena fe para mitigar los daños y perjuicios que se le han causado<sup>44</sup>, y que éstos, en los escasos supuestos ofrecidos por la práctica hoy —lejos ya en nuestra cultura y ámbito (no en otros; 93 OIT) las servidumbres por tiempo cierto, las *indentures* y similares—, giran sobre la imposibilidad de sustitución de los servicios del trabajador por los de otro de cualificaciones iguales o próximas, hipótesis anómala salvo respecto de trabajadores de características muy singulares o altas, como son las de los artistas profesionales, cuyos contratos de trabajo suelen ser por tiempo limitado o para servicio determinado. Con todos estos condicionamientos, el resarcimiento comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante (art. 1.106 CC), que se imputa a quienes de cualquier modo contravienen el tenor de sus obligaciones (art. 1.101 CC)<sup>45</sup>.

Leído lo anterior, es claro que no es excepcional, sino acomodada a la regla general propia de los contratos de duración determinada, la previsión del art. 21.4, según la cual si el trabajador viola el «pacto de permanencia», que por hasta dos años puede concertar, mediante el abandono —*sin causa justa*; mediando ésta es claro que puede resolver— antes del plazo pactado, «el empresario tendrá derecho a una indemnización de daños y perjuicios». Queda en pie la posibilidad y la licitud, en este en apariencia inocuo precepto del art. 21.4, de que mediando los costos de formación profesional que menciona, conforme al art. 1.152 CC, pacten las partes, fijándola

<sup>43</sup> Condena al pago por el trabajador al empresario de cantidad equivalente a los salarios del preaviso no hecho, en STS 14 noviembre 1990 (Ar. 8.572); la indemnización puede estar fijada por norma (así, en la Ord. de vuelos *charter*); es compatible con la derivada de un pacto de permanencia (supuesto

de STS 23 y 24 diciembre 1990 [Ar. 9.825 y 9.832]).

<sup>44</sup> STS, S. 1.ª, 22 noviembre 1985.

<sup>45</sup> STS 27 octubre 1959 y 10 noviembre 1982; sobre los condicionamientos de la acción de indemnización, STS 22 junio 1982; caso en STS 30 marzo 1988 (Ar. 2.103).

anticipadamente, la indemnización por el abandono intempestivo. Esta especie de cláusula penal no debe ser abusiva y debe encaminarse a recuperar los costos de la formación; en su caso, se deben alegar y probar las bases de cálculo de la indemnización; su cuantía es moderable por el Juez.

Cabe otra posibilidad interpretativa respecto del art. 21.4 ET, a saber: que el «pacto de permanencia» sea un pacto adicional a un contrato de duración indefinida; en tal caso, se produce una conversión, a todos los efectos prácticos, del contrato por tiempo indefinido en uno por tiempo determinado, con la consecuencia de que, mientras éste no expire, desaparece la posibilidad de resolución con preaviso y sin causa del art. 49.1.d); la indemnización por ruptura comprenderá la falta de preaviso además, en su caso, de la pactada<sup>46</sup>.

«Quienes... determinen al trabajador a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas», incurren en el delito previsto en CP, art. 312. Perjudicado por el delito (CP, art. 109) puede serlo el empresario, además del trabajador engañado. Aparte de que, de un lado, la inducción simple al abandono, fueren cuales fueren las condiciones que se ofrezcan, si ocasiona la ruptura del contrato de trabajo, genera la responsabilidad civil del inductor frente al empresario; y de que, de otro, si hay engaño hay responsabilidad penal aunque no haya ruptura.

\* \* \*

Conforme a normas ya derogadas, la mujer podía resolver el contrato de trabajo al contraer matrimonio y hacerlo percibiendo una indemnización o «dote»; para este desaparecido derecho y para la fenomenal masa de jurisprudencia sobre la dote, remitimos a nuestras *Lecciones sobre el contrato de trabajo*, Madrid, 1968, págs. 244-246, y a la 5.ª ed. de este libro (1978), págs. 326-328; para su derogación a la 13.ª ed., pág. 498.

BIBLIOGRAFÍA: I. ALBIOL MONTESINOS, en SALA *et al.*, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Valencia, 1987, pág. 577; M. ALONSO OLEA, *Un problema cada vez más complejo: la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, Universidad de Coimbra, 1989; E. BORRAJO DACRUZ, *Reinterpretación jurisprudencial del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*, en «Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo» (Estudios ofrecidos a M. Alonso Olea), Madrid, 1990, págs. 19, 29, 32-33; CERVANTES, *El coloquio de los perros*, ed. de J. Alcina Franch (Novelas Ejemplares), Barcelona, 1980, pág. 619; también, *Don Quijote*, 2.ª parte, cap. XXVIII, ed. de Martín de Riquer, Barcelona, 1971, pág. 748; J. CRUZ VILLALÓN, *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, Madrid, 1983, pág. 324; M. GARCÍA FERNÁNDEZ, *La terminación del contrato por voluntad del trabajador*, Universidad de Palma de Mallorca, 1983, pág. 61; E. HERRERA, *La extinción del contrato de trabajo*, en A. VÁZQUEZ VIALARD (ed.), *Tratado de Derecho del Trabajo*, t. V, Buenos Aires, 1984, pág. 441; J. LEITE y F. J. COUTINHO DE ALMEIDA, *Legislação do Trabalho*, 5.ª ed., Coimbra, 1991, pág. 251; V. A. MARTÍNEZ ABASCAL, *La nueva regulación de la movilidad funcional*, Pamplona, 1996, pág. 95; A. DE MIGUEL, *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, Madrid, 1993; A. MONTOYA MELGAR, *La extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, Sevilla, 1967, págs. 42-45; J. M. MORALES ORTEGA, *Perjuicio del trabajador y modificaciones sustanciales: los medios de reacción*, REDT, núm. 105, 2001, pág. 431; B. PENDÁS DÍAZ, *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, 2.ª ed., Madrid, 1987, págs. 63, 150-167; OIT, *El trabajo en el mundo*, vol. VI, Ginebra, 1993, cap. I, págs. 11-22; M. RODRÍGUEZ-PINERO y M.ª F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo*, Madrid, 1998, págs. 57-63; J. SÁNCHEZ MORALES DE CASTILLA, *La indemnización en el Estatuto de los Trabajadores, en los supuestos de extinción del contrato por voluntad del trabajador*, Madrid, 1982, pág. 15.

<sup>46</sup> Sobre el «pacto de permanencia», véase también *supra*, cap. 11, IV.C, así como las STS citadas en la nota 41.