

# *El “despido”*

## *Despido disciplinario*

*Fernando Sicre Gilabert*

*Doctor en Derecho y Doctor en Ciencias Económicas*

*Inspector de Trabajo y Seguridad Social*

### **1. Introducción.**

El cauce o modalidad procesal del “despido disciplinario” acoge a toda acción de despido, entendido este en sentido amplio, no reducido al mero significado del despido disciplinario<sup>1</sup>. La regulación del despido disciplinario en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LJS), artículos 103 a 113, se instituye en una suerte de vis atractiva a dónde acudir en cualquier supuesto de despido, considerando, en cualquier caso, las normas específicas reguladoras de los diferentes tipos de despidos.

El artículo 103.3 LJS establece que “las normas del presente capítulo<sup>2</sup> serán de aplicación a la impugnación de las decisiones empresariales de extinción de contrato con las especialidades necesarias, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 120 LJS y de las consecuencias sustantivas de cada tipo de extinción contractual”. Lo que quiere decir que el régimen jurídico del despido disciplinario va a ser de aplicación a todas aquellas terminaciones contractuales que no dispongan de reglas específicas, como ocurre de manera concreta con los despidos objetivos y los despidos colectivos. El artículo 120 LJS es elocuente al respecto: “los procesos derivados de la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, se ajustarán a las normas contenidas en el Capítulo relativo a los procesos por despidos y sanciones sin perjuicio de las especialidades que se enuncian en los artículos siguientes”.

El despido es definido como toda rescisión de la relación laboral dispuesta unilateralmente por el empresario. Y aunque la decisión extintiva llevada a cabo por el empresario se encuentre amparada en algunas de las causas extintivas previstas en el artículo 49 Estatuto de los Trabajadores (ET), el desacuerdo del trabajador con la decisión supondrá normalmente el ejercicio de la acción de despido, sobre la base del trámite procesal previsto para el despido disciplinario en los artículos 103 y siguientes de la LJS. De tal forma que, a través de la modalidad procesal de despido disciplinario se concluirá, una vez finalizadas las actuaciones procesales, la existencia o no de la causa extintiva<sup>3</sup>.

El requisito exigido para que proceda la acción de despido es la previa existencia de una relación laboral, vigente en el momento de producirse. En el proceso de despido se tratará de investigar la existencia o no de la causa extintiva alegada por el empresario,

---

<sup>1</sup> STS 27 de julio de 1993.

<sup>2</sup> Título II, Capítulo II LJS.

<sup>3</sup> Ya sean las previstas en el artículo 54 ET, que posibilita el despido del trabajador por el empresario basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador (base y fundamento del despido disciplinario) como cuando lo sean por cualquier otra causa diferentes de las previstas en el apartado 2 del artículo 54 ET.

al materializar el despido, por invocación de las causas recogidas en el artículo 54 ET, bien por cualesquiera otras.

Sin embargo y a pesar de la incidencia de la “vis atractiva” del procedimiento de despido disciplinario sobre cualquier supuesto de continuidad o no de la relación laboral, no siempre ocurre, no llegando a tener vigencia en los casos del precontrato y figuras afines, que no seguirán los designios procesales del despido disciplinario<sup>4</sup>.

Tampoco seguirán los trámites de la modalidad procesal de despido, la reclamación de una mayor indemnización sobre la habida, cuando la discrepancia es debida a meras cuestiones aritméticas, sin que las discrepancias afecten a cualquier elemento del fondo del despido y las consecuencias que ello puede tener en la cantidad objeto de indemnización.<sup>5</sup>

## **2. Cuestiones sustantivas atinentes al despido.**

### ***2.1 Decisión del empresario por incumplimiento grave y culpable del trabajador.***

El contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador, como señala el artículo 54.1 ET. El despido es la decisión del empresario en la que materializa la manifestación más grave del poder disciplinario del empresario, considerando las consecuencias que va a tener sobre el trabajador. Dentro del haz de facultades que detenta un empresario para organizar y gestionar su empresa se encuentra el derecho sancionador ante los incumplimientos del trabajador. Siendo el despido la sanción con consecuencias más graves para el trabajador, que cesa en la prestación del trabajo. A colación con lo dicho, la jurisprudencia ha glosado sobre ello, cuando advierte que el poder disciplinario forma parte integrante de las prerrogativas de todo empleador para defender la disciplina de la empresa. Poder que deriva de la ley y del contrato, pero que no es arbitrario, sino sujeto al regular y proporcional uso de la facultad directiva y, por tal razón, sometido al

---

<sup>4</sup> El incumplimiento del empresario del pre contrato o promesa de contrato supone la aplicación del artículo 1124 del Código Civil (CC). Ello tiene como consecuencia la competencia del orden civil de la jurisdicción para conocer de las posibles indemnizaciones reparadoras de daños y perjuicios (la acción de despido exige la existencia de un contrato de trabajo vigente, cosa que no se da en el caso de un pre contrato o promesa de contrato).

<sup>5</sup> STS 22 de diciembre de 2016. El proceso ordinario es el adecuado cuando lo que se reclama es una cantidad no discutida relacionada con el fondo del despido, sino amparada o derivada en meras razones de cálculo. Ahora bien, se utilizará la modalidad procesal de despido cuando lo que se discute, bien sea la existencia o no de la propia indemnización o la determinación de la existencia o no de elementos básicos para proceder en su caso a su cálculo, como ocurre, en los casos de existencia y validez o no, de cláusulas contractuales que van a ser fundamentales para la determinación de la cantidad a indemnizar. Nada impide que estas cláusulas se pacten para trabajadores sometidos a la relación laboral común, siempre que se mejoren los módulos legales, siendo generalizado su uso en la relación laboral de alta dirección. Así se reconoce en numerosas sentencias para el caso de relaciones laborales comunes: STS 25 de septiembre de 2003 y STS 12 de marzo de 1993. En el caso de contrato de alta dirección, la STSJ de Andalucía 27 de enero de 2005 se ha referido a la llamada cláusula de blindaje de común uso en las relaciones laborales especiales de alta dirección, que no tiene por objeto erigirse en una compensación económica de carácter civil, sino que es, a buen seguro, una medida de defensa, una cláusula indemnizatoria inserta en el contrato de trabajo, que tiene por finalidad reforzar la posición del trabajador frente a una resolución unilateral del contrato por parte del empresario.

control judicial que habrá de velar porque la sanción impuesta al trabajador se acomode a las causas y a la forma legalmente establecida<sup>6</sup>.

No nos encontramos entonces ante un supuesto de desistimiento del empresario del contrato de trabajo para el que no haría falta alegar incumplimiento previo del trabajador. Todo lo contrario, el despido disciplinario exige acreditar una o varias causas de las que se encuentran legalmente tasadas en el artículo 54.2 ET. Esto nos lleva a conectar las mismas con los contenidos de aquellos artículos del ET donde se recogen los deberes del trabajador en la ejecución del contrato de trabajo, cuya réplica son siempre los derechos de los empresarios, de carácter general<sup>7</sup> y aquellos relacionados directamente con la gestión de la empresa<sup>8</sup>.

Los incumplimientos que posibilitan el despido del trabajador por el empresario tienen que ser graves y culpables. Lo que exige realizar en cada caso un examen riguroso e individual del mismo, atendiendo a las circunstancias de naturaleza objetivas y subjetivas concurrentes y la importancia de la gravedad del incumplimiento, así como a las circunstancias de imputabilidad del trabajador en relación con el incumplimiento. Ocurre, sin embargo, que debiéndose dar una relación entre el hecho, persona del trabajador y la sanción, lo que exige un análisis individual de la situación, dispara la casuística y la imposibilidad de poder atenerse a criterios claros y objetivos relacionados con el despido disciplinario.

Dado el defectuoso contenido de los convenios colectivos, que no regulan con detalle el elenco de faltas y sanciones en los términos dispuestos en el artículo 58.1 ET<sup>9</sup>, sanciones muy graves que podrían llevar aparejada otras sanciones, son encauzadas como despido, ante la ausencia pormenorizada de las faltas y sanciones. Queda claro pues que los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de las empresas en virtud de incumplimientos laborales, de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable. En consecuencia, debe existir una causa justa para que el empresario, en uso de su regular

---

<sup>6</sup> Domblas, M<sup>a</sup>.A, y Fernández Baraibar, M.: Causas del despido disciplinario, Volumen 2, Navarra, Aranzadi, 2007, pág. 15.

<sup>7</sup> Artículo 5 ET Los trabajadores tienen como deberes básicos:

- a) Cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad con las reglas de la buena fe y diligencia.
- b) Observar las medidas de prevención de riesgos laborales que se adopten.
- c) Cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas.
- d) No concurrir con la actividad de la empresa, en los términos fijados en esta ley.
- e) Contribuir a la mejora de la productividad.
- f) Cuantos se deriven, en su caso, de los respectivos contratos de trabajo.

<sup>8</sup> Artículos 20 y 21 ET, sobre la dirección y control de la actividad laboral y los pactos de no concurrencia y de permanencia en la empresa, respectivamente. Así, el trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien este delegue. En el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquel en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres. De igual modo, no podrá efectuarse la prestación laboral de un trabajador para diversos empresarios cuando se estime concurrencia desleal o cuando se pacte la plena dedicación mediante compensación económica expresa, en los términos que al efecto se convengan.

<sup>9</sup> Los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de las empresas en virtud de incumplimientos laborales, de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable.

facultad disciplinaria, decida resolver el contrato de trabajo. Por lo que los despidos que no tengan causa alguna deben ser tildados de arbitrarios porque no descansan en un motivo legalmente previsto sino en la decisión pura y simple de dar por extinguido el contrato de trabajo, aún con las consecuencias de todo orden que ello conlleva<sup>10</sup>. Lo que no siempre se produce y tienen una consecuencia con efectos determinantes, la reconducción como despidos de conductas que en otros casos estarían sujetas a otra tipificación, calificándose como falta diferente al despido. Ello corrobora el ineficaz sistema de defensa de los intereses empresariales ante incumplimientos de la otra parte del contrato. A lo que hay que unir que, en el caso del despido, quiebra la presunción constitucional de inocencia del artículo 24.2 CE, en cuanto que exige al empresario la carga de probar la veracidad de los hechos imputados al trabajador como motivos de su despido<sup>11</sup>.

## ***2.2 Causas del despido.***

El artículo 4 Convenio 158 OIT dispone que, no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio. Y su artículo 7 hace referencia al procedimiento previo a la terminación de la relación de trabajo, manifestando al respecto que no deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad.

El contrato de trabajo se extinguirá por despido del trabajador, conforme dispone el artículo 49.1.k) ET. Y el artículo 54.2 ET enumera las causas que se consideran incumplimientos graves a los efectos del despido disciplinario:

- a) Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo.
- b) La indisciplina o desobediencia en el trabajo.
- c) Las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos.
- d) La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.
- e) La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado.
- f) La embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo.

---

<sup>10</sup> Ortiz Lallana, M.C.: “Causas, forma y efectos del despido disciplinario”, en AA.VV.: Domblas, M<sup>a</sup>.A, y Fernández Baraibar, M.: Aspectos generales del despido (Volumen I), Navarra, Aranzadi, 2007, página 68.

<sup>11</sup> STC 27/1993 y STS 22 de enero de 2008.

g) El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa.

El despido disciplinario tiene que referirse necesariamente a una o algunas de las causas referidas. Sin embargo, esto no es totalmente cierto. Y así fue recogido por nuestra jurisprudencia<sup>12</sup> cuando advirtió la existencia de preceptos legales que calificaban como faltas sancionables con el despido determinadas conductas recogidas en ciertas normas de naturaleza laboral. Entre otras, la participación de los trabajadores en huelgas ilegales en los términos previstos en el artículo 16 Decreto-Ley 17/1987, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo o, los incumplimientos por los trabajadores de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, tal y como dispone el artículo 29.3 LPRL. Aun así, hay que tener en consideración la forma de la redacción de las causas invocadas en el artículo 54.2 ET, en las que la amplitud en la redacción de cada una de las causas que se establecen permiten incluir entre ellas cualquier incumplimiento. Siendo paradigmático de ello la causa consistente en la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza<sup>13</sup>.

### **2.2.1 Faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo (artículo 54.2.a) ET).**

En la ejecución de su actividad laboral el trabajador queda sujeto a la duración de la jornada laboral pactada, bien en el convenio colectivo, o bien en el contrato de trabajo, con las limitaciones legales y ajustándose al calendario laboral que anualmente se elabore por la empresa en lo que respecta a su distribución a lo largo del año. El trabajador sólo podrá ausentarse de su puesto de trabajo cuando así esté previsto de manera expresa en la ley, en el convenio colectivo de aplicación o en los pactos celebrados con la empresa<sup>14</sup>. Circunscribiéndonos ahora a los dos requisitos impuestos en el precepto que analizamos, los incumplimientos referidos (asistencia y puntualidad) deben ser repetidos y no pueden ser justificados. Si lo fueran, no acreditan el despido disciplinario. Hasta la reforma del ET operada por el RD-Ley 4/2020, de 18 de febrero del 2020, era posible el despido de un trabajador por acumular faltas de asistencia, aunque estuvieran justificadas<sup>15</sup>. Hoy, desde el 20 de febrero de 2020 (fecha de entrada en vigor del referido RD-Ley), ya no es posible ese tipo de despido objetivo, por haberse derogado el precepto que lo acogía

---

<sup>12</sup> STS 24 de julio de 1992.

<sup>13</sup> Artículo 54.2.d) ET.

<sup>14</sup> STSJ de Cataluña, de 16 de enero de 2015.

<sup>15</sup> El contrato podía extinguirse por faltas al trabajo aún justificadas o intermitentes que alcanzasen el 20 por ciento de las jornadas hábiles en 2 meses consecutivos. El despido por absentismo tiene un importante recorrido en nuestro ordenamiento. Aparece en el Decreto Ley 17/1977 sobre las relaciones de trabajo, en el artículo 39.d. A continuación, fue recogido en el ET desde su redacción originaria de 1980, hasta nuestros días. Pero el cambio trascendente que modifica su fundamento y eficacia práctica tuvo lugar con la reforma laboral de 2012, auspiciada por la Ley 3/2012, al no ligar los índices de absentismo de la empresa (de la plantilla de la empresa), sino calcularlo en función de las faltas de asistencia al trabajo individual. Eliminaba el criterio de proporcionalidad, ya que pretendía vincular la productividad de la empresa y sus necesidades funcionales a través del absentismo, porque el despido objetivo partía de una ausencia justificada, acumulada de forma discontinua, a través de bajas de menos de 20 días. Estas bajas de menos de 20 días se hacían con exclusión de aquellas que tengan su causa en la baja por maternidad o la baja por paternidad, ejercitar el derecho de huelga legal o baja por un accidente laboral.

(artículo 52.d) ET)<sup>16</sup>. Ahora bien, la derogación del artículo 52.d) ET no significa que un empresario no pueda despedir a un trabajador por faltas de asistencia o impuntualidad, causas precisamente del despido disciplinario que ahora analizamos y que se disponen en el artículo 54.2.a) ET.

El empresario deberá acreditar las faltas de asistencia e impuntualidades del trabajador. Y si el trabajador muestra su disconformidad, deberá probar que no tuvieron lugar o, en su caso, que estaban justificadas<sup>17</sup>.

La jurisprudencia ha venido indicando la importancia que el convenio colectivo tiene para concretar la propia dicción del precepto, advirtiendo que debe hacerse en cualquier caso un análisis pormenorizado, buscando la proporcionalidad<sup>18</sup> y adecuación entre el hecho, la persona y la sanción<sup>19</sup>.

*La casuística existente al efecto, nos lleva a hacer las siguientes consideraciones:*

- a) La tolerancia en el control horario, como política de la empresa, no puede dejar de aplicarse de forma sorpresiva y sin previo aviso del cambio de conducta al respecto<sup>20</sup>.
- b) Las sentencias firmes condenatorias a prisión, justifican desde ese momento las faltas de asistencia al trabajo<sup>21</sup> como injustificadas<sup>22</sup>. Hacer constar que la privación de libertad del trabajador, mientras no exista sentencia condenatoria, debe ser calificada a los efectos ahora planteados, como supuesto de la suspensión del contrato de trabajo sin más, conforme dispone el artículo 45.1.g) ET.
- c) El absentismo parcial se equipara a la falta de asistencia<sup>23</sup>.

---

<sup>16</sup> La supresión del artículo 52.d) ET se produce después de que la STC de 16 de octubre de 2019 avalara la extinción del contrato laboral por causas objetivas si hay faltas de asistencia justificadas, aunque intermitentes. Ahora el gobierno impulsó la aprobación del RD-Ley 4/2020, con el argumento de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), procediendo a derogar este artículo para que la acumulación de ausencias justificadas deje de ser una causa objetiva de despido, cuya indemnización es de 20 días por año trabajado con un máximo de 12 mensualidades. Entre los argumentos que fundamentan la decisión de la derogación se encuentran las siguientes, reflejadas en la Exposición de Motivos de la invocada norma: Primero: ser susceptible de provocar discriminación indirecta por razón de discapacidad, ya sea porque el despido recaiga sobre personas con diversidad funcional reconocida o porque afecte a personas con enfermedades de larga duración, quienes pueden acumular un mayor volumen de bajas intermitentes de corta duración por la patología de base que padecen. Segundo: ser susceptible de provocar discriminación por razón de género, ya que las faltas de asistencia pueden estar relacionadas con las actividades de cuidados familiares que realizan mayoritariamente las mujeres.

<sup>17</sup> STSJ Castilla-León 30 de julio de 2009.

<sup>18</sup> Se debe buscar la necesaria individualización del caso, ponderando factores subjetivos y objetivos al efecto (STSJ Cataluña 17 de julio de 2009).

<sup>19</sup> STS 2 de julio de 1987, STS 20 de febrero de 1991; STSJ Cataluña 3 de julio 1998.

<sup>20</sup> STS 20 de febrero de 1991.

<sup>21</sup> STS 28 de febrero de 1990: El despido se produce por las faltas de asistencia, no por la sentencia condenatoria. El trabajador al haber cometido un delito se ve privado legítimamente de su libertad lo que le impide cumplir con sus obligaciones laborales.

<sup>22</sup> STS 14 de febrero de 2014 y STSJ Andalucía 27 de febrero de 2019.

<sup>23</sup> STS 30 de septiembre de 1986.

- d) Se consideran injustificadas las faltas de asistencia cuando no existen normas o circunstancias con connotaciones de ser valoradas moral o socialmente, que efectivamente disculpen la asistencia al trabajo<sup>24</sup>.
- e) Las “faltas de asistencia e impuntualidades” que respondan a vacaciones pactadas entre las partes y que son alteradas unilateralmente por la empresa, denegando su disfrute, incluido el supuesto de serlo a instancia del trabajador, sin oposición para su disfrute como tal por el empresario<sup>25</sup>. Cuando el trabajador determina unilateralmente el comienzo de sus vacaciones, la inasistencia sistemática al trabajo durante las vacaciones unilateralmente tomadas y por más de un mes y a partir del final del período de vacaciones, no admite, en términos de análisis jurídico-laboral, ninguna circunstancia justificativa o atenuante. Habida cuenta de esta inasistencia prolongada, la única conclusión posible es que el trabajador infringió de manera grave sus deberes laborales<sup>26</sup>. El derecho a las vacaciones es una facultad recogida expresamente en el ordenamiento jurídico laboral cuya finalidad es autorizar al empleado a no acudir a trabajar. Para un ejercicio correcto de este derecho, el período de disfrute de las vacaciones se deberá fijar de común acuerdo entre el empresario y el trabajador, lo que hace que quede acreditada la causa de falta de asistencia al trabajo en el supuesto de tomarse las vacaciones por la vía de hecho unilateralmente<sup>27</sup>.
- f) Ausentarse del trabajo después de haber resuelto la Entidad gestora de la prestación económica de la Seguridad Social la resolución denegatoria de una incapacidad permanente<sup>28</sup>. Cuando resulta acreditado que el trabajador había recibido alta médica debiéndose incorporar a su puesto de trabajo al día siguiente y, sin embargo, el trabajador no acude a su centro de trabajo hasta pasados varios días, queda acreditada la causa de falta de asistencia al trabajo<sup>29</sup>.
- g) No reincorporarse al trabajo después de sentencia no firme en los casos de extinción del contrato por voluntad del trabajador invocando el artículo 50 ET<sup>30</sup>.
- h) No incorporarse al trabajo finalizadas las vacaciones<sup>31</sup>.
- i) Distinguir entre falta de asistencia y abandono del puesto de trabajo. Este último se asimila a una baja voluntaria por voluntad inequívoca del trabajador<sup>32</sup>.

---

<sup>24</sup> STSJ Andalucía 22 de diciembre de 1995.

<sup>25</sup> STSJ Andalucía de 21 de junio de 1996.

<sup>26</sup> STS 5 de julio de 1990.

<sup>27</sup> STS 3 de octubre de 1992.

<sup>28</sup> STS 27 de marzo de 2013.

<sup>29</sup> STSJ Asturias 25 de abril de 2014.

<sup>30</sup> STS 12 de julio de 1989.

<sup>31</sup> STSJ Extremadura 5 de octubre de 2006.

<sup>32</sup> STSJ Cantabria 3 de diciembre de 2001.

- j) En los casos de IT, no existe unanimidad sobre si la falta de entrega del parte de baja al empresario o su demora sea causa o no de despido. No obstante, la falta de entrega de los partes no puede equipararse a una ausencia injustificada, cuando la enfermedad le impide incorporarse al trabajo<sup>33</sup> y su contrario, o sea, cuando es calificado procedente el despido<sup>34</sup>. El retraso en la entrega del parte de baja no se considera en algunos casos causa de despido<sup>35</sup> y su contrario, o sea la procedencia del despido<sup>36</sup>.
- k) Faltas de asistencia no justificadas en aquellos supuestos en que no exista convenio colectivo aplicable a la relación laboral, o éste no contenga previsión en relación con el número de faltas de asistencia que pueden justificar un despido disciplinario, la jurisprudencia viene exigiendo un mínimo de tres<sup>37</sup>.
- l) Faltas de asistencia e impago de salarios. Cabe declarar la procedencia del despido por faltas de asistencia cuando la propia empresa adeuda al trabajador los salarios de cinco meses, una paga extraordinaria y las prestaciones de incapacidad temporal. La ausencia al trabajo supera el número de días que la norma considera constitutivos de una falta muy grave de asistencia<sup>38</sup>.
- m) No se deberán considerar como ausencias o faltas de puntualidad las realizadas por una trabajadora que es víctima de violencia de género, y siempre que lo acrediten los servicios sociales de atención o servicios de salud.
- n) El trabajador decide dilatar unilateralmente alguno de los permisos establecidos sin obtener la pertinente autorización empresarial, a pesar de poder considerarse justificada la situación a nivel personal, y ello a pesar de que el trabajador comunicó telefónicamente a la empresa tanto la hospitalización de su padre como su posterior fallecimiento. Y si bien tales circunstancias familiares daban derecho al disfrute de los permisos legal o convencionalmente previstos, ni el lógico y humano deseo de permanecer junto al familiar enfermo, ni su situación anímica, respecto de la cual no se acredita que diera lugar a baja médica, le facultaban en modo alguno, sin la debida autorización de la empresa, para prolongar de manera unilateral y a su conveniencia primero el permiso por hospitalización y después el permiso por fallecimiento, pues ello supone una indudable trasgresión a la buena fe que debe presidir las relaciones laborales<sup>39</sup>.
- o) El trabajador con jornada partida acude a trabajar por la mañana, pero no por la tarde, habiendo sido las faltas advertidas mediante un requerimiento

---

<sup>33</sup> STSJ País Vasco 12 de febrero de 2008 y STS 31 de octubre de 1998.

<sup>34</sup> STSJ Galicia 4 de abril de 2000 y STSJ País Vasco 10 de febrero de 2004.

<sup>35</sup> STSJ Madrid 29 de noviembre de 2005.

<sup>36</sup> STSJ Canarias 26 de abril de 2007

<sup>37</sup> STSJ Extremadura 14 de marzo de 2019.

<sup>38</sup> STSJ Asturias 25 de abril de 2014.

<sup>39</sup> STSJ Cataluña 29 de septiembre de 2003.



de la empresa para que no persistiese en esa actitud. Queda acreditada la causa de despido<sup>40</sup>.

- p) Supuestos de horario flexible. Se entiende por horario flexible la regulación del tiempo laboral que va a permitir a los empleados elegir un momento de entrada y salida del trabajo, pero con el límite del respeto a la duración mínima de la jornada<sup>41</sup>. El trabajador solo ha de cumplir el número mínimo de horas de trabajo diario, semanal, mensual o anual, pactado con la empresa; pero tanto el comienzo como el término de su prestación diaria laboral se dejarán a elección del trabajador<sup>42</sup>. Con la implantación de un horario flexible las faltas de puntualidad quedan sin contenido: lo importante es la franja horaria en la que obligatoriamente ha de permanecerse en la empresa. No obstante, es posible establecer por el empresario una franja horaria dentro de la que se permita la entrada y salida al trabajo, lo que posibilitará la comisión de faltas de puntualidad y, consecuentemente, sus respectivas sanciones<sup>43</sup>.
- q) Participación del trabajador en una huelga ilegal. Permitirá decidir si ha incurrido, o no, en un incumplimiento contractual grave y culpable del trabajador<sup>44</sup>. Distinguiendo entre la participación activa y pasiva. No se acredita la falta de asistencia en este caso y el despido no puede ser calificado de procedente<sup>45</sup>.

### **2.2.2 Indisciplina o desobediencia en el trabajo (artículo 45.2.b) ET).**

Entre los deberes básicos del trabajador se encuentra cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas<sup>46</sup>. Insistiendo en ello, el artículo 20.2 ET dice que, en el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario las órdenes o instrucciones adoptadas por aquel en el ejercicio regular de sus facultades de dirección<sup>47</sup> y, en su defecto, por los usos y costumbres. Es precisamente el incumplimiento a dichas órdenes e instrucciones, en el ejercicio regular<sup>48</sup> de sus facultades de dirección<sup>49</sup>, lo que

---

<sup>40</sup> STSJ Asturias 29 de mayo de 2015.

<sup>41</sup> Alonso Olea, M. y Casas Baamonde, M<sup>a</sup>. E.: Derecho del Trabajo, Madrid, Servicio de Publicaciones de la UCM, 1995, página 413.

<sup>42</sup> Tudela Cambroner, G.: «Horario flexible: reflexiones críticas sobre su concepto y posibilidades de implantación», en De La Villa Gil, L. E. (Coord.) et al: Estudios sobre la jornada de trabajo, Madrid, ACARL, 1991, página 568.

<sup>43</sup> Aguilera Izquierdo, R.: Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia, Navarra, Aranzadi, 1997, página 273.

<sup>44</sup> STS 18 de julio de 1986.

<sup>45</sup> STS 21 de mayo de 1984 y STSJ Andalucía/Sevilla 2 de octubre de 1998.

<sup>46</sup> Artículo 5.c) ET.

<sup>47</sup> Las órdenes del empresario están dotadas de presunción de legitimidad, salvo que afecten a derechos irrenunciables del trabajador, atenten contra su dignidad, sean ilegales o manifiestamente irregulares o sean peligrosas para el trabajador desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales (STS 25 de junio de 1987).

<sup>48</sup> La extralimitación por el empresario no se ampara en el contrato de trabajo, ni puede considerarse parte del haz de facultades del empresario con que cuenta de manera ordinaria para gestionar su empresa.

<sup>49</sup> STSJ Madrid 14 de julio de 2003: El llamado poder de dirección del empresario encuentra su fundamento en el contrato de trabajo y se asienta en las notas de ajenidad y dependencia propias del mismo,

se pueden sancionar con el despido disciplinario, conforme dispone el artículo 54.2.b) ET, que califica como incumplimientos contractuales, la indisciplina o desobediencia en el trabajo. La desobediencia debe consistir en una resistencia terminante, persistente y reiterada al cumplimiento de una orden precisa emanada de la empresa en el ejercicio regular de sus facultades directivas con manifiesto quebranto de lo establecido en los artículos 5.c) y 20.1 y 2 del ET<sup>50</sup>. No existe desobediencia sancionable si la orden es inexigible y de imposible cumplimiento<sup>51</sup>. Por lo tanto, con carácter general, la regla de aplicación va a ser la relacionada con el principio “solve et repete”<sup>52</sup>, que implica la necesidad de acatar la orden empresarial sin perjuicio de su impugnación<sup>53</sup>. Ello no impide reconocer al trabajador un derecho de resistencia en determinados supuestos como la manifiesta arbitrariedad o abuso de derecho por la empresa<sup>54</sup>, la vulneración por la orden empresarial de derechos fundamentales del trabajador, el riesgo cierto para su integridad física<sup>55</sup>, la hora de realizar trabajos en horas extraordinarias, o la imposición de obligaciones ajenas al contrato de trabajo<sup>56</sup>. Es decir, no procede el despido disciplinario si se acredita que la desobediencia a la orden empresarial estaba justificada

---

respondiendo a una indiscutible necesidad técnica u organizativa de la empresa y engendra un verdadero deber de obediencia en el trabajador. Se trata no sólo de un deber básico de obediencia al que se refiere el artículo 5.c) ET, en cuanto sometimiento al ejercicio regular de las facultades directivas empresariales, sino, fundamentalmente, del antecedente deber básico de buena fe [artículo 5.a) del Estatuto de los Trabajadores 2015], que exige cumplir con las obligaciones concretas del puesto de trabajo de conformidad con las reglas de la buena fe y diligencia, lo cual tiene por finalidad adecuar la relación laboral a la finalidad económica del contrato de trabajo, pues de otro modo se destruiría el equilibrio sinalagmático del contrato.

<sup>50</sup> STS 5 de noviembre de 1990.

<sup>51</sup> STSJ 8 de marzo de 2007.

<sup>52</sup> STSJ Comunidad Valenciana 3 de mayo de 2020. Además, es muy indicativa de todo ello la STSJ Galicia que al efecto dispone que, el trabajador, sin perjuicio de reclamar oportunamente y en su caso ejercitar las acciones que pudieran corresponderle, no puede erigirse en definidor de sus propias obligaciones sino que ante una orden del empresario dentro del ámbito y organización del trabajo, lo que debe hacer, salvo que la misma pueda comportarle riesgos inminentes o devenga ilegal o atentatoria a su dignidad, es cumplirla y cuando requerido para que haga el reparto se niega a hacerlo, su desobediencia no sólo incide en el ámbito de las órdenes e instrucciones del empleador en el ejercicio regular de sus facultades directivas, conforme a lo establecido por el apartado c) del artículo 5 del Estatuto de los Trabajadores sino que también vulnera, de modo principal el deber de «cumplir las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad con las reglas de la buena fe y diligencia» que como deber básico le impone el mismo precepto aludido en su anterior apartado a) por lo que la doctrina jurisprudencial -contenida entre otras Sentencias del Tribunal Supremo de 19 y 27 junio 1985- ha venido precisando el contrato de trabajo tiene su base más firme en la buena fe exigible tanto para el empresario como para el trabajador pero que, cuando tal sustentación se rompe por un acto, o sucesión de actos de indisciplina y desobediencia por parte del empleado con evidente y flagrante oposición grave y enfrentamiento directo y culpable a las órdenes del empleador, la sanción de despido constituye la consecuencia jurídica adecuada y precisa, a tenor de lo establecido en el artículo 54.1 y 2, b) ET.

<sup>53</sup> La desobediencia debe darse frente a las órdenes del superior competente para ello, debiendo ser claras y concretas, dentro del área de sus facultades, sin que corresponda al trabajador el juicio de valor sobre la orden (STSJ Castilla- La Mancha 6 de julio de 2006).

<sup>54</sup> STSJ Asturias 24 de noviembre de 2010: El deber de obediencia no es absoluto, sino que se halla limitado por la legitimidad misma de la orden, que ha de concretarse en la realización el trabajo y que, en todo caso, debe respetar los derechos y libertades fundamentales del trabajador. La premisa general es, pues, que el trabajador, sin perjuicio de reclamar oportunamente y en su caso ejercitar las acciones que pudieran corresponderle, no puede erigirse en definidor de sus propias obligaciones, sino que, ante una orden del empresario dentro del ámbito y organización del trabajo, lo que debe hacer, salvo que la misma pueda comportarle riesgos inminentes o devenga ilegal o atentatoria a su dignidad, es cumplirla.

<sup>55</sup> STSJ Cataluña 30 de noviembre de 2003: supuestos evidentes de claras y flagrantes irregularidades, como son los casos de vulneración de la dignidad o la integridad física del trabajador.

<sup>56</sup> STSJ Madrid 20 de junio de 2020.

por la clara ilicitud<sup>57</sup> o irregularidad de la misma<sup>58</sup>. También puede calificarse el despido de improcedente, la negativa a seguir desarrollando funciones claramente impropias de la categoría profesional, aunque se vinieran realizando con anterioridad<sup>59</sup>.

Se incluye en esta causa de despido el incumplimiento del trabajador de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales<sup>60</sup> y la prohibición de fumar en centros de trabajo<sup>61</sup>. De igual forma, se incluyen la participación en huelga ilegal o abusiva, debiendo tener en cuenta el grado de participación activa en la huelga y la negativa a prestar el mantenimiento de los servicios legalmente previstos<sup>62</sup>. Tampoco fue considerado el despido como procedente, porque se consideró justificada la negativa de un chófer a cargar y descargar mercancía, al ser gravoso para su salud el cargar y descargar pesos, teniendo conocimiento pleno la empresa<sup>63</sup>. Incluso, se consideró injustificada la desobediencia del trabajador amparada en un informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social<sup>64</sup>.

*La jurisprudencia y demás doctrina judicial han ido modelando el incumplimiento consistente en indisciplina o desobediencia en el trabajo, exigiendo que sean graves<sup>65</sup>, trascendentes<sup>66</sup>, injustificadas<sup>67</sup> y reiteradas<sup>68</sup>. La casuística existente al efecto, nos lleva a hacer las siguientes consideraciones, relacionadas con la existencia de una intención dolosa<sup>69</sup> del trabajador:*

---

<sup>57</sup> El trabajador puede incumplir la orden del empresario, sin incurrir en desobediencia, cuando el empresario actúe con manifiesta arbitrariedad y abuso de derecho o atente contra los derechos fundamentales o la propia dignidad del trabajador (STS 10 de abril de 1990). En resumen, la orden debe ser claramente antijurídica (STS 15 de marzo de 1991).

<sup>58</sup> STSJ Cataluña 20 de febrero de 2001.

<sup>59</sup> STSJ Castilla León 25 de mayo de 1992.

<sup>60</sup> Artículo 29 LPRL. Es importante resaltar al respecto que, cuando el trabajador esté o puedan estar expuesto a un riesgo grave e inminente con ocasión de su trabajo, el empresario estará obligado a adoptar las medidas y dar las instrucciones necesarias para que, en caso de peligro grave, inminente e inevitable, los trabajadores puedan interrumpir su actividad y, si fuera necesario, abandonar de inmediato el lugar de trabajo. En este supuesto no podrá exigirse a los trabajadores que reanuden su actividad mientras persista el peligro, salvo excepción debidamente justificada por razones de seguridad y determinada reglamentariamente (artículo 21.2 LPRL).

<sup>61</sup> Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco.

<sup>62</sup> STS 10 de mayo de 1990.

<sup>63</sup> STSJ 16 de mayo de 1996.

<sup>64</sup> STS 9 de noviembre de 1989.

<sup>65</sup> Gravedad de la conducta, por lo que una simple desobediencia que no suponga una actitud exageradamente indisciplinada no puede ser castigada con el despido (STS 5 de marzo de 1987 y STS 21 de enero de 1991).

<sup>66</sup> Trascendente, debe producir un perjuicio para la empresa (STS 29 de enero de 1987 y STS 21 de enero de 1991).

<sup>67</sup> Injustificado, en el sentido de que si concurre una causa incompleta de justificación ha de merecer sanción menor que la extinción de la relación laboral (STS 19 de diciembre de 1988 y STS 21 de enero de 1991).

<sup>68</sup> STS 23 de enero de 1991: partiendo de la aceptación de la teoría gradualista, -necesaria y plena adecuación entre el hecho, la persona y la sanción, analizando individualizadamente las circunstancias de cada caso- viene exigiendo que, para que una desobediencia en el trabajo pueda sancionarse como despido, ha de tratarse de un incumplimiento grave, trascendente e injustificado.

<sup>69</sup> STS 29 de marzo de 1990.

- a) Abandono del puesto de trabajo contraviniendo la orden expresa del empresario<sup>70</sup>.
- b) Cajera que incumplió la orden de avisar a una compañera cuando se formaran colas, así como a realizar un inventario<sup>71</sup>.
- c) Incumplir la orden de desplazamiento con consecuencias perjudiciales para la empresa<sup>72</sup>.
- d) Cambiar unilateralmente la guardia a otro vigilante jurado sin notificárselo al jefe de seguridad<sup>73</sup>.
- e) La negativa del trabajador al registro justificado de sus efectos personales<sup>74</sup>.
- f) Minero que fuma en el interior de la mina, pese al riesgo que ello comporta y a las reiteradas órdenes en contrario por parte de la empresa<sup>75</sup>.
- g) Negarse a firmar la nómina cuando el salario era abonado en metálico, siendo el justificante del pago el recibo de salario<sup>76</sup>.
- h) Incumplimiento de las instrucciones expresas de seguridad en su trabajo impartidas, no instalando la red de seguridad ordenada y además sin usar los equipos de protección individual<sup>77</sup>.
- i) Cambiar su indumentaria que la empresa considera apropiada para su actividad cara al público, por otra calificada de inapropiada por la empresa<sup>78</sup>.
- j) La negativa reiterada a atender a clientes de lengua inglesa por parte de una auxiliar de guía<sup>79</sup>.
- k) Realizar, sin permiso, trabajos particulares durante la jornada, así como el empleo para usos propios de material o servicios de la empresa<sup>80</sup>.
- l) Montar en vehículos de la empresa a personas que no sean las expresamente autorizadas por ésta<sup>81</sup>.

---

<sup>70</sup> STS 19 de marzo de 1990.

<sup>71</sup> STSJ Castilla-León 22 de marzo de 1997.

<sup>72</sup> STS 1 de enero de 1990.

<sup>73</sup> STSJ Murcia 17 de enero de 200.

<sup>74</sup> 28 de junio de 1990.

<sup>75</sup> STSJ Castilla León 8 de abril de 1997.

<sup>76</sup> STSJ Madrid 14 de diciembre de 1989.

<sup>77</sup> STSJ Castilla-La Mancha 15 de diciembre de 2005.

<sup>78</sup> STSJ Madrid 5 de noviembre de 2007.

<sup>79</sup> STSJ Andalucía, 2 de octubre de 2008.

<sup>80</sup> Artículo 37 Resolución de 14 de junio de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el IX Convenio colectivo estatal de entrega domiciliaria.

<sup>81</sup> Artículo 22 del Resolución de 1 de agosto de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de pastas, papel y cartón.

- m) Inobservancias de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales<sup>82</sup>.
- n) No utilizar los equipos de protección individual<sup>83</sup>.

*La jurisprudencia y demás doctrina judicial han considerado que no constituye falta de disciplina o desobediencia las siguientes:*

- a) No buscar un albarán determinado cuando entre el superior y la trabajadora mediaba un clima de tensión desde hacía varios días<sup>84</sup>.
- b) Anticipar dos días el encendido y apagado de luces del supermercado, ya que con ello no se deriva una conducta claramente perjudicial para la empresa<sup>85</sup>.
- c) Realizar una parada de diez minutos para tomar café<sup>86</sup>.
- d) Negativa del trabajador a cumplir una orden de la empresa para interrumpir las vacaciones<sup>87</sup>.
- e) Negativa del trabajador a cumplir una orden para no disfrutar los festivos legalmente dispuestos<sup>88</sup>.
- f) Negarse a realizar trabajos que no son de su categoría profesional, a pesar de haberlos realizados con anterioridad<sup>89</sup>.
- g) Negativa a desarrollar horas extraordinarias<sup>90</sup>.
- h) Se calificará el despido como improcedente en el caso de orden empresarial de exigir al trabajador que continuará trabajando en el período de vacaciones que se había pactado previamente.

Por su especialidad, trataremos separadamente la problemática que surge por la negativa por parte del trabajador a prestar sus servicios fuera de su jornada laboral y su consecuencia directa, la realización de horas extraordinarias.

---

<sup>82</sup> Artículo 64 del Convenio Colectivo estatal de grandes almacenes, Resolución de 8 de abril de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de grandes almacenes.

<sup>83</sup> Artículo 65 del Convenio Colectivo básico estatal del sector de las industrias cárnicas, Resolución de 15 de enero de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal del sector de las industrias cárnicas.

<sup>84</sup> STSJ Galicia, 24 de marzo de 2009.

<sup>85</sup> STSJ Asturias, 14 de marzo de 2014.

<sup>86</sup> STSJ Cataluña, 10 de marzo de 2014.

<sup>87</sup> STSJ Cataluña, 20 de diciembre de 1991.

<sup>88</sup> STSJ Madrid, 10 de febrero de 1994.

<sup>89</sup> STSJ Extremadura, 28 de julio de 2009.

<sup>90</sup> STSJ Murcia 8 de octubre de 1991.

La imposición por el empresario al trabajador de realizar la actividad laboral una vez finalizada su jornada ordinaria o fuera de su horario de trabajo, excede del poder ordinario del empresario para gestionar los efectivos personales. Para delimitar el ámbito de actuación del poder del empresario organizando su empresa, encuentra restricciones que vienen impuestas legalmente, circunscritas su operativa durante la jornada de trabajo. Para ello se hace preciso definir la misma, conforme dispone el artículo 34.1 ET que dice que la jornada de trabajo ordinaria se determinará libremente por las partes, ya sea por convenio colectivo, por contrato de trabajo, respetando siempre los límites legales. Por ello, el trabajador deberá prestar sus servicios dentro de la franja horaria que tenga establecida y la imposición por parte del empresario de cualquier tipo de orden que le obligue a prestar el trabajo fuera de su jornada, hará que se entienda justificada la negativa del trabajador a realizarlas y, el despido, si se produce, será declarado improcedente. De tal forma que los excesos sobre ella serán horas extraordinarias, cuyo régimen jurídico determina que la prestación de trabajo en horas extraordinarias será voluntaria<sup>91</sup>, salvo que su realización se haya pactado en convenio colectivo o contrato individual de trabajo, dentro de los límites del apartado 2 de este artículo, conforme dispone el artículo 35.1 ET.

### **2.2.3 Ofensas verbales o físicas (artículo 54.2.c) ET).**

Las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos, serán causa de despido siempre que sean graves<sup>92</sup>. Los destinatarios de las ofensas pueden ser el empresario persona física y, si fuere una persona jurídica, las personas que lo representen. También se incluyen las personas que trabajan en la empresa, así como los familiares de estos y aquellos que convivan con ellos. En la causa de despido ahora analizada se incluyen las de contenido sexual. Por lo tanto, debe considerarse independiente de la causa referida al acoso, prevista en el artículo 54.2.g) ET.

El respeto hacia el empresario y los compañeros de trabajo, y por extensión a los familiares que con ellos convivan, es una manifestación de la buena fe que debe presidir la actividad y el comportamiento del trabajador. El fundamento de esta causa de despido consiste en la necesidad de mantener un clima de respeto mutuo en la convivencia derivada de la relación laboral, conservando unos deberes mínimos de cordialidad<sup>93</sup>. Se trata de proteger la disciplina jerárquica, la convivencia, la armonía y el respeto mutuo en que deben desarrollarse las relaciones personales entre los integrantes de la empresa<sup>94</sup>. Para poder ser causa de despido disciplinario, deben ser graves e injustificadas, debiendo existir un “ánimus injuriandi” a cargo del trabajador, y hay que aplicar el principio de proporcionalidad a la hora de imponer la máxima sanción disciplinaria, valorando de forma pormenorizada las posibles causas que atenúen la gravedad de la ofensa y, en su

---

<sup>91</sup> STSJ Cantabria, 5 de junio de 2002: la prestación del trabajo fuera de la jornada ordinaria es voluntaria para el trabajador pues no existe derecho alguno del empresario para exigir la realización de horas extraordinarias, y en su caso, le corresponde a éste su iniciativa y proposición y a aquél la libre aceptación o denegación, según establece la Ley

<sup>92</sup> STS 16 de mayo de 1991.

<sup>93</sup> STS 20 de noviembre de 1986: la realidad social impone que se observe en la vida social un recíproco respeto entre las personas, que deben adecuar su comportamiento a las circunstancias del lugar y del momento, de acuerdo con la dignidad immanente a la naturaleza humana, que constituye en el campo laboral un derecho laboral básico.

<sup>94</sup> STSJ Castilla-León, 18 de septiembre de 2006.

caso, la actuación empresarial más o menos correcta<sup>95</sup>. Sin embargo, la ofensa no tiene que ser reiterada, basta con que la misma tenga entidad suficiente para acreditar el despido, considerándose en cualquier caso la persona del agresor<sup>96</sup>. Cuando no es apreciada culpabilidad por la jurisdicción penal, no condiciona a la jurisdicción social que conoce del despido<sup>97</sup>.

La valoración de la gravedad de la ofensa exige a los jueces valorar las circunstancias concurrentes, de carácter objetivas, como subjetivas<sup>98</sup>, porque una misma palabra, acto o gesto puede revestir la máxima gravedad en una determinada situación y carecer absolutamente de ella en otras<sup>99</sup>. La gravedad y la culpabilidad implica que la misma ha alterado sustancialmente la relación entre las partes y ha deteriorado, hasta hacerla imposible, la convivencia necesaria en el seno de la empresa por los incumplimientos del sujeto deudor de trabajo, que ha realizado el acto o actos que se le imputan con plena conciencia de que la conducta afecta al elemento espiritual del contrato<sup>100</sup>.

La definición de ofensa verbal nos la da la doctrina judicial<sup>101</sup>: aquellas expresiones proferidas de palabra o por escrito que envuelven una ofensa moral para la persona que sufre o recibe el injusto ataque de una persona a otra moralmente, al ofenderla en su honor o vejlarla en su dignidad humana, presuponiendo, en todo caso, la existencia de una acción ejercitada en su deshonor, descrédito o menosprecio. Ahora bien, en el ámbito de la empresa puede ejercerse la libertad de expresión<sup>102</sup>, como derecho fundamental previsto en el artículo 20.1.a) CE, sobre la base de considerar que la libertad de expresión no ampara el insulto, ni la ofensa<sup>103</sup>. A colación con ella, el empleo del plural por el legislador en la redacción de esta causa de despido no significa que la conducta haya de ser reiterada, ya que basta con una ofensa siquiera aislada que, eso sí, debe valorarse en sí misma y en conjunción con todas las circunstancias que la precedieron o fueron coetáneas<sup>104</sup>.

---

<sup>95</sup> STSJ Madrid 10 de septiembre de 2010.

<sup>96</sup> STS 20 de noviembre de 1986.

<sup>97</sup> STS 11 de mayo de 1990. No obstante, en casos muy particulares (procesos depresivos con episodios violentos), impiden calificar el despido procedente, cuando las ofensas vertidas tienen relación directa con la situación del trabajador.

<sup>98</sup> STS 6 de abril de 1990: para atender a la gravedad deben valorarse los factores subjetivos que intervienen en el hecho, la intención del trabajador que exige un claro ánimo de injuriar y el momento y circunstancia en que se lleven a cabo, buscando el criterio gradualista de proporción entre la infracción, la persona que la comete y la gravedad de la sanción que se impone.

<sup>99</sup> STS 6 de abril de 1990.

<sup>100</sup> STS 9 de abril de 1986.

<sup>101</sup> STSJ Andalucía 8 de junio de 2001.

<sup>102</sup> STC 204/1997, de 25 de noviembre: con carácter general, el ejercicio de la libertad de expresión no puede justificar sin más el empleo de expresiones o apelativos insultantes, injuriosos o vejatorios que exceden del derecho de crítica y son claramente atentatorias para la honorabilidad de aquel cuyo comportamiento o manifestaciones se critican. De igual forma se pronuncia la STS 4 de mayo de 1988: la libertad de expresión no ampara la conducta consistente en proferir insultos o calificativos degradantes, sin que pueda disculpar la utilización de expresiones ofensivas, pero debe distinguirse entre la incorrección del lenguaje tolerada en las conversaciones amistosas, de aquellos supuestos en los que las palabras son empleadas con afán de zaherir y ofender a quien se dirigen o refieren.

<sup>103</sup> STC 120/1983 y STC 126/1990.

<sup>104</sup> STSJ Andalucía 8 de junio de 2001.

*Un análisis de los requisitos formales y sustantivos exigibles para que las ofensas acrediten el despido disciplinario son*<sup>105</sup>:

- a) Principio de culpabilidad: cabe matizar el grado de culpabilidad del trabajador en la comisión de los hechos imputados, o su inexistencia. No es admisible un cambio sorpresivo respecto de una anterior actitud patronal tolerante, adoptando una decisión sancionadora sin previo aviso<sup>106</sup>.
- b) Principio de graduación: exige una determinada gravedad en la conducta imputada al trabajador sancionado, lo que obliga a una necesaria individualización de la misma y de las circunstancias concurrentes, a los efectos de poder llegar a una adecuación suficiente entre la conducta, la culpabilidad y la sanción a imponer<sup>107</sup>. La primera consecuencia que de ello se desprende es la dificultad de comparación entre diversos casos.

Igual ocurre con la conducta violenta ejercida por un trabajador. Deberá ser enjuiciada en atención a las circunstancias del hecho, así como a las de su autor, para, de manera individualizada, sentar criterio sobre la proporcionalidad de la sanción a aplicar<sup>108</sup>. La culpabilidad relacionada con la ofensa puede matizarse en el caso de que el agredido previamente hubiera insultado al agresor con expresiones ciertamente ofensivas, injuriosas, suficientes para provocar en él una alteración de ánimo, perturbadora de la serenidad que la persona siempre debe mantener<sup>109</sup>. Sin embargo, el inmediato arrepentimiento que mostraron tanto uno como el otro trabajador que intervinieron en la riña hace altamente improbable que hechos de este tipo se reproduzcan, por lo que el Tribunal consideró que los mismos no pueden ser sancionados como falta muy grave con el despido, y por tanto que aquel debió ser calificado como despido improcedente<sup>110</sup>. Un inciso al respecto, es importante considerar: las agresiones físicas son siempre graves en el ámbito laboral, no exigiéndose un resultado lesivo<sup>111</sup>.

*La jurisprudencia y demás doctrina judicial han considerado que constituyen falta por ofensas verbales:*

- a) Las ofensas verbales xenófobas como causa específica de despido<sup>112 y 113</sup>.

---

<sup>105</sup> STSJ Cataluña y STSJ Castilla-León 9 de noviembre de 2010

<sup>106</sup> STSJ Madrid 10 de septiembre de 2010.

<sup>107</sup> STS 24 de mayo de 1989.

<sup>108</sup> STS 2 de abril de 1992: para erigirse en causa que justifique sanción de despido ha de alcanzar cotas de culpabilidad y gravedad suficiente, lo que excluye su aplicación bajo meros criterios objetivos, exigiéndose, por el contrario, análisis individualizado de cada conducta, tomando en consideración las circunstancias que configuran el hecho, así como las de su autor, pues sólo desde tal perspectiva cabe apreciar la proporcionalidad de la sanción.

<sup>109</sup> STS 5 de octubre de 1983.

<sup>110</sup> STSJ Andalucía 24 de septiembre de 2015.

<sup>111</sup> STSJ Andalucía 13 de diciembre de 1996.

<sup>112</sup> STSJ Asturias de 27 de septiembre de 2018.

<sup>113</sup> STC 153/2.000, de 12 de junio, considera que el principio de la presunción de inocencia no es aplicable en el ámbito laboral. Por una parte, el despido no es más que una resolución contractual y por tanto no conlleva la aplicación del Derecho Penal y por otra, la consideración por los tribunales de la jurisdicción social, de que una conducta implica incumplimiento contractual, no incluye un juicio sobre la culpabilidad o inocencia del trabajador.



- b) El Tribunal desestima el recurso interpuesto por un trabajador que fue despedido disciplinariamente por proferir ofensas verbales a un compañero<sup>114</sup>.
- c) El ataque frontal al honor de los ofendidos o a su integridad física, sea de tal entidad, que la convivencia con el insultado no resulte ya posible en el seno de la empresa<sup>115</sup>.
- d) No basta que la expresión tenga, por sí, objetivamente, un alcance ofensivo, sino que es necesario el “animus injuriandi” del trabajador, es decir, el propósito de deshonrar o menospreciar al ofendido<sup>116</sup>.
- e) La imputación en los medios de comunicación de irregularidades empresariales inexistentes ante el Juzgado<sup>117</sup>.
- f) Atribuir falsamente al empresario la realización de actos de acoso laboral, dando publicidad a dichas imputaciones en la prensa aprovechando el interés que suscita la condición de cargo público de elección popular del empresario<sup>118</sup>.
- g) La ofensa soez de un profesor a un conserje del colegio, debido a la posición de ofensor y ofendido, si se considera falta grave tributaria del despido<sup>119</sup>.
- h) Las ofensas producidas fuera del trabajo, pero vinculados con él, por ser dirigidas las ofensas contra el empresario u otros trabajadores o personas relacionadas con estos<sup>120</sup>.
- i) Las expresiones que se hayan utilizado han tenido ocasión de reflexionarse, no pudiendo justificarse, por tanto, como si se tratara de un acorramiento temporal, teniendo, por otra parte, relevancia la publicidad de las expresiones vertidas, entendiéndose procedente el despido cuando se publica un comunicado con expresiones insultantes para la empresa y para los compañeros de trabajo<sup>121</sup>.
- j) Ofensas verbales contra el gerente mediante carta entregada al delegado de personal y expuesta en el tablón de anuncios<sup>122</sup>.
- k) La libertad de expresión no ampara descalificaciones y vejaciones en escritos y dibujos en el tablón de anuncio en panfleto informativo de un sindicato<sup>123</sup>.

---

<sup>114</sup> STSJ Asturias 27 de septiembre de 2018.

<sup>115</sup> STS 28 de noviembre de 1988.

<sup>116</sup> STSJ Cataluña 27 de septiembre de 2010.

<sup>117</sup> STSJ Andalucía 13 de marzo de 1996.

<sup>118</sup> STSJ Baleares 7 de abril de 2006.

<sup>119</sup> STS 29 de mayo de 1990.

<sup>120</sup> STSJ Extremadura 16 de julio de 2002.

<sup>121</sup> STSJ Cataluña.

<sup>122</sup> STSJ Cantabria 31 de julio de 2000.

<sup>123</sup> STEDU 8 de diciembre de 2009.

En cualquier caso, las ofensas resultan más graves cuando se realizan por escrito y con publicidad<sup>124</sup>.

- l) Se consideran producida las ofensas en el ámbito del trabajo, acreditando el despido, cuando las ofensas se dirigen frente a un cliente<sup>125</sup>.

*La jurisprudencia y demás doctrina judicial no han considerado que constituyen falta por ofensas verbales:*

- a) La conducta del trabajador, consistente en insertar en su perfil de Facebook un texto alusivo a la empresa y sus compañeros, aunque ofensivo y desafortunado, no reviste la gravedad y culpabilidad suficiente para que se le sancione con el despido<sup>126</sup>.
- b) No se considera causa de despido cuando media provocación<sup>127</sup>.
- c) Las ofensas verbales o físicas causadas por familiares del trabajador, cuando no se prueba la participación o inducción del despido<sup>128</sup>.
- d) Las disculpas inmediatas y espontáneas después de la ofensa, o la existencia de provocación previa, así como la falta de ánimo de ofender o injuriar por parte del trabajador o, en su caso, la existencia de un simple “animus defendendi” ante la injusta provocación del contrario, posibilitan atenuar la sanción, que ya no acredita la del despido disciplinario<sup>129</sup>.
- e) No tienen entidad suficiente la utilización de expresiones como tonto, ya que no rompen irreparablemente la convivencia en la empresa<sup>130</sup>.
- f) Periodista que publica comentarios críticos contra su empresa, mientras se tramitaba un procedimiento judicial, porque dicha conducta estaba amparada por su derecho de libertad de expresión<sup>131</sup>.
- g) Decir al director en una reunión que dividía al personal entre moros y cristianos o que usted no es correcto, ya que constituye una manifestación crítica, en la que no se desprende ánimo de injuriar<sup>132</sup>.
- h) Proferir expresiones incorrectas, pero propias de hombres que conviven en el trabajo<sup>133</sup>.

---

<sup>124</sup> STSJ Cataluña 12 de noviembre de 2002.

<sup>125</sup> STSJ Comunidad Valenciana 13 de diciembre de 2005.

<sup>126</sup> STSJ Extremadura 23 de marzo de 2017.

<sup>127</sup> STS 16 de febrero de 1990.

<sup>128</sup> STSJ Cataluña 11 de julio de 2007.

<sup>129</sup> STSJ Castilla León 7 de agosto de 1996.

<sup>130</sup> STS 16 de mayo de 1991.

<sup>131</sup> STSJ Canarias 28 de marzo de 2001.

<sup>132</sup> STSJ 17 de abril de 1997.

<sup>133</sup> STS 14 de julio de 1989.

- i) La valoración de la gravedad puede atenuarse en virtud de un momento de ofuscación e ira, aislado y espontáneo<sup>134</sup>.
- j) Manifestar en una piscina, entre compañeros de trabajo, que el jefe de operaciones es un cerdo y un cabrón y que el gordo ese no le iba a enseñar, tampoco tienen entidad sancionadora, porque se dijeron en un contexto lúdico entre compañeros de trabajo<sup>135</sup>.
- k) Se ha considerado improcedente el despido del trabajador por ofensas, cuando estas fueron proferidas en estado depresivo grave<sup>136</sup>.

#### **2.2.4 Transgresión de la buena fe contractual (artículo 54.2.d) ET).**

La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo, recogidas en el artículo 54.2.d) ET, se convierten en la causa de mayor utilización, susceptible de fundamento de la voluntad extintiva del empresario, cuando los hechos que justifican la decisión no encuentran un estricto acomodo legal, como causa expresamente reconocida. Son supuestos usuales que entrarían en esta consideración, el perjuicio de la imagen de la empresa frente a terceros y el incumplimiento de los deberes básicos del empleado. Es una especie de “cajón de sastre”<sup>137y138</sup>. La causa ahora objeto de análisis debe conectarse con las reglas de la buena fe en la ejecución del contrato, que como tal debe presidir el devenir de las relaciones laborales<sup>139</sup>. Concorre la causa que ahora se invoca cuando se infringen el deber de fidelidad (considerado in extenso), y el trabajador actúa con conocimiento de su conducta vulneradora<sup>140</sup>. Precisamente, quebrantar la buena fe, con el efecto o consecuencia de romper la confianza mutua, base y fundamento del contrato de trabajo, justifica el despido disciplinario del trabajador<sup>141</sup>. La transgresión de la buena fe contractual constituye un incumplimiento que posibilita diferentes graduaciones<sup>142</sup>, pero cuando sea grave y

<sup>134</sup> STSJ Madrid 28 de marzo de 2007.

<sup>135</sup> STSJ Galicia 29 de febrero de 2000.

<sup>136</sup> STS 6 de febrero de 1991.

<sup>137</sup> El artículo 54.2.c) ET actúa en muchas ocasiones como cajón de sastre ante incumplimientos contractuales no incardinables en las otras causas de despido previstas en el art. 54 ET.

<sup>138</sup> Corbella Herreros, T.; Frigola Vallina, J.; Escudero Moratalla, J. F., “La jurisprudencia de la buena fe” en *El principio de buena fe en el contrato de trabajo*, Bosch, Barcelona, 1996: no se trata de intentar conocer con exactitud qué caso, para la jurisprudencia, es constitutivo de una transgresión de la buena fe contractual y qué caso no lo es, sino que lo interesante es extraer de la inmensa casuística jurisprudencial algunas líneas generales que permitan constatar la existencia de grupos homogéneos de casos de transgresión de la buena fe contractual. La buena fe se aparece enunciada en el artículo 7.1 CC, como principio general del Derecho, además, en el artículo 1.258 CC, se reconoce como principio general de contratación. Este principio es considerado “concepto jurídico indeterminado”, ya que carece de formulación concisa en las leyes.

<sup>139</sup> Artículos 5.a) y 20.2 ET: Por una parte, los trabajadores tienen el deber básico de cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad con las reglas de la buena fe y diligencia y, por otra parte, en el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo. En cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe.

<sup>140</sup> STSJ Canarias 28 de septiembre de 1993.

<sup>141</sup> STS 24 de octubre de 1988.

<sup>142</sup> La jurisprudencia mayoritaria mantiene la teoría gradualista, considerando diferentes grados de culpabilidad atendiendo a circunstancias atenuantes o agravantes.

culpable<sup>143</sup> y se efectúe por el trabajador, es causa que justifica el despido<sup>144</sup>. La facultad sancionadora del empresario debe estar adecuada a la equidad, y en consecuencia no puede referirse a una conducta tolerada previamente por la empresa<sup>145</sup>. Justifica que la empresa no pueda seguir confiando en el trabajador cuando este lleva a cabo conductas abusivas o contraria a la buena fe. No es preciso que queden acreditados perjuicios para la empresa o, en su caso que, el trabajador no haya obtenido lucro alguno consecuencia de su conducta. Ya que basta, para acreditar la transgresión de la buena fe, la actuación quebrantando los deberes de buena fe, fidelidad y lealtad, exigibles en el devenir de la relación de trabajo<sup>146</sup>. Por supuesto que a ello hay que añadir todos aquellos factores que deben ser tenidos en cuenta en la ponderación de la gravedad de la falta<sup>147</sup>, teniendo incidencia en la valoración la gravedad objetiva de los hechos acreditados.

El abuso de confianza queda circunscrito jurisprudencialmente a los puestos directivos o a aquellos que ocupan un especial puesto de trabajo, ya sea fuera del centro de trabajo o cuando el mismo está ubicado en el domicilio del trabajador<sup>148</sup>. Los deberes de buena fe, fidelidad y lealtad deben ser más respetados, si cabe, por quienes ocupen cargos de confianza. Precisamente porque esos puestos de trabajo están basados en una mayor confianza y responsabilidad en el desempeño de las facultades que ostentan.

Importancia capital tiene en el análisis de esta causa de despido el plazo de prescripción previsto en el artículo 60.2 ET. La fecha a considerar para computar el plazo no será aquella en la que la empresa tiene un conocimiento superficial de las faltas, sino aquel en el que la empresa tenga un conocimiento cabal de los mismos<sup>149</sup>. Dándose este conocimiento cuando el mismo llega a un órgano de la empresa capacitado para imponer sanciones. Cuando se cometen los actos por el trabajador de modo fraudulento, ocultándolos o, en su caso, eludiendo los posibles controles del empresario, debe considerarse una falta continua de lealtad. No desencadena el cómputo prescriptorio mientras perdura la conducta.

La participación activa en huelga ilícita<sup>150</sup>, al quedar desprovista la situación de amparo constitucional que existiría desde luego cuando el trabajador participa en una

---

<sup>143</sup> STC 153/2.000, de 12 de junio, considera que el principio de la presunción de inocencia no es aplicable en el ámbito laboral. Por una parte, el despido no es más que una resolución contractual y por tanto no conlleva la aplicación del Derecho Penal y por otra, la consideración por los tribunales de la jurisdicción social, de que una conducta implica incumplimiento contractual, no incluye un juicio sobre la culpabilidad o inocencia del trabajador.

<sup>144</sup> No se exige la concurrencia de un dolo específico, es suficiente la negligencia culpable (STS 24 de enero de 1990).

<sup>145</sup> STS 1 de julio de 1988.

<sup>146</sup> Producida la transgresión a la buena fe y con independencia de su gravedad o del daño causado a la empresa, queda expedita la vía del despido disciplinario con invocación de esta causa (STS 21 de febrero de 1983).

<sup>147</sup> Valorar la gravedad exige una interpretación restrictiva. Incluso, llegado el caso, podrá acordarse por el juez que el empresario imponga en su caso otra sanción diferente de la del despido, si considera que los hechos probados son merecedores de sanción empresarial, sin revestir la gravedad del despido.

<sup>148</sup> STS 18 de marzo de 1991.

<sup>149</sup> La mera noticia o posibilidad de que se lleven a cabo hechos que transgreden la buena fe o casos de abuso de confianza, no determinan el comienzo del cómputo del plazo de prescripción, ya que se insiste en que, el conocimiento de los hechos tiene que ser real y cierto.

<sup>150</sup> STS 18 de julio 1986: la conducta del trabajador en caso de huelga ilícita, para que pueda acreditarse el despido, puede quedar subsumida en algunos de los incumplimientos graves y culpables del artículo 54 TRLET. El análisis del caso concreto será lo que permitirá decidir si ha concurrido o no un incumplimiento contractual grave y culpable

huelga lícita, podría ser sancionada con el despido al amparo de lo prevenido en el artículo 54 ET. No es suficiente dicha participación, sino que se exige la concurrencia de las notas de gravedad y culpabilidad de las conductas en las que incurre el trabajador. Debe darse una conexión causal entre la conducta del trabajador y el desarrollo del conflicto. Ya lo sea en su condición de promotor del conflicto, instigador o, en su caso, productor de actos relacionados con la alteración colectiva de la actividad<sup>151</sup>. De donde debemos inferir en consecuencia que la participación no activa en una huelga calificada como ilegal no puede justificar el despido.

A colación con la cuestión objeto de debate, mantiene la jurisprudencia que es discriminatoria y atenta contra lo que establecen los artículos 14 CE y 17 ET la conducta de la empresa que, ante hechos iguales o análogos protagonizados por varios trabajadores, despide a algunos y a otros no, sin acreditar razones de estas decisiones desiguales<sup>152</sup>.

Analizamos ahora la utilización abusiva del crédito horario por parte de los representantes de los trabajadores. Del examen de los diferentes pronunciamientos vistos se constata que algunas sentencias proceden a un análisis individualizado de cada conducta para dictaminar la existencia de gravedad y culpabilidad, negando la admisión de grados de la buena fe cuando se trata de abuso de confianza. Otros, que resultan ser los más numerosos, aplican la teoría gradualista para intentar conseguir la adecuada proporcionalidad y adecuación entre el hecho, la persona y la sanción. A tal efecto se procede al análisis de un pronunciamiento significativo al respecto que dice que la presunción de que las horas solicitadas para el ejercicio de las tareas representativas son empleadas correctamente, conduce a interpretar de modo restrictivo la facultad disciplinaria del empresario, que sólo podrá alcanzar el despido en supuestos excepcionales en los que el empleo en propio provecho del crédito horario concedido por el art. 68 .e) a los representantes de los trabajadores sea manifiesto y habitual, es decir, una conducta sostenida que ponga en peligro el derecho legítimo de la empresa a que los representantes formen cuerpo coherente con los representados. Lo que avala dicho contenido es la declaración habitual de la improcedencia de los despidos en estos casos<sup>153</sup>.

Un pronunciamiento a contrario del criterio general expuesto en el párrafo anterior, calificando el despido del representante de los trabajadores procedente, exige el indebido y habitual uso del crédito horario sindical para asuntos particulares<sup>154</sup>.

*La jurisprudencia y demás doctrina judicial han considerado que constituyen falta por transgresión de la buena fe contractual:*

- a) El trabajador incurre en competencia desleal, debido a la actividad del trabajador que realiza funciones similares de las que ejecuta en virtud del contrato de trabajo, sin consentimiento del empresario, exigiéndose que dicha conducta cause un perjuicio real o potencial al empresario<sup>155</sup>. Incluso, se ha

---

<sup>151</sup> STS 15 de noviembre de 1982. Estos actos conexos aparecen relatados en la resolución que ahora se invoca: Amenazan a los trabajadores que continúan prestando sus servicios; Dificultan el ejercicio de las funciones de los servicios de mantenimiento; Ocupan ilegalmente el centro de trabajo; O perturban el acceso a los locales de la empresa.

<sup>152</sup> STS 26 de noviembre de 1990.

<sup>153</sup> STS 21 de mayo de 1990.

<sup>154</sup> STSJ País Vasco 25 de junio de 2004.

<sup>155</sup> STS 22 de marzo de 1991.

considerado transgresión de la buena fe, cuando no existe ventaja económica y sin que necesariamente existan perjuicios económicos a la empresa<sup>156</sup>.

- b) Falta de control sobre la equivalencia entre las cantidades recaudadas y las ingresadas en el banco<sup>157</sup>.
- c) Realización de trabajos durante la situación de IT, siempre que la actividad desempeñada demuestre la aptitud para el trabajo o, en su caso, postergue su recuperación, alargando el reinicio de su actividad<sup>158</sup>. Trabajar, estando en situación de baja por enfermedad entraña, en principio, una conducta que además de ser constitutiva de fraude a la Seguridad Social representa una dolosa y grave transgresión de la buena fe contractual que justifica el despido. A estos efectos es indiferente que la actividad esté o no remunerada, que sea por cuenta propia o ajena, así como su mayor o menor intensidad o frecuencia, dado que con ello se incumple un deber básico respecto a la empresa y se produce un lucro en perjuicio de fondos públicos.
- d) La buena fe, en su sentido objetivo<sup>159</sup> consiste en dar al contrato cumplida efectividad en orden a la realización del fin propuesto añadiendo que “la buena fe es un criterio objetivo, constituido por una serie de pautas coherentes con el comportamiento en las relaciones humanas y negociales”.
- e) Cajera de supermercado que no cobra los productos adquiridos por una compañera de trabajo<sup>160</sup>.
- f) Piloto aéreo que, hallándose en situación de reserva, ha prestado servicios propios de su profesión para otra compañía aérea sin conocimiento ni autorización de la primera, a pesar de que el convenio colectivo aplicable recoge la prohibición explícita de que los pilotos se dediquen a ninguna actividad retribuida o no que signifique competencia de transporte aéreo a la compañía, prohibición que alcanza también a los tripulantes técnicos en situación de reserva al no estar éstos exonerados explícitamente<sup>161</sup>.
- g) Cuando el trabajador se apropia de materiales de la empresa en su beneficio particular y con carácter fraudulento<sup>162</sup>.
- h) Trabajador que firma la recepción de mercancía en cantidad muy superior a la realmente suministrada por otra empresa con la que está en connivencia, de

---

<sup>156</sup> STS 20 de enero de 1990.

<sup>157</sup> STSJ de Cataluña 17 de julio 2001.

<sup>158</sup> STS 23 de enero de 1990.

<sup>159</sup> STS 22 de mayo de 1996. Se trata de una buena fe en sentido objetivo, de tal forma que constituye un modelo de tipicidad de conducta exigible o, mejor aún, un principio general de derecho que impone un comportamiento ajustado a valoraciones éticas, que condiciona y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos, con lo que en principio se convierte en un criterio de valoración de conductas, con el que deben cumplirse las obligaciones, y que se traduce en directivas equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza (STS 15 de junio de 2009, que interpreta el concepto de buena fe contractual).

<sup>160</sup> STSJ Comunidad Valenciana 22 de noviembre de 2005. Ahora recogido en la STSJ Galicia 11 de junio de 2019.

<sup>161</sup> STSJ Baleares 27 de junio 2007

<sup>162</sup> STS 16 de mayo de 1990.

manera que el empresario abona a esta empresa cantidades superiores a las debidas<sup>163</sup>.

- i) Apropiación de dinero de la empresa y en su caso, de retención de cantidades de la empresa por el trabajador y ello a pesar de que las cantidades eran adeudadas por la empresa<sup>164</sup>.
- j) El incumplimiento de las labores de vigilancia de un guarda jurado o vigilante de seguridad<sup>165</sup>.
- k) Coacciones y amenazas a los trabajadores no huelguistas, con la intención de causar un daño mayor a la empresa<sup>166</sup>.
- l) Conducir un vehículo de la empresa bajo los efectos del alcohol<sup>167</sup>.
- m) Cobro de gastos inexistentes<sup>168</sup>.
- n) Imputar al empresario infracciones graves carente de todo fundamento<sup>169</sup>.
- o) Fichar por un compañero que se había ausentado del centro de trabajo<sup>170</sup>.
- p) El trabajador se arroga funciones diferentes a las que se derivan del contrato de trabajo, llevando a cabo operaciones para las que no estaba autorizado<sup>171</sup>.
- q) Presentación de una nómina alterada y una declaración de renta manipulada para obtener un crédito de entidad bancaria<sup>172</sup>.
- r) Grabación de imágenes en video en el centro de trabajo por el trabajador<sup>173</sup>. Lo que se valora es la conducta reprochable del empleado, con independencia de que exista o no un lucro personal, dado que se trata de una conducta no ética por parte del trabajador<sup>174</sup>.
- s) Apropiación de bienes de un cliente por parte del empleado. El tribunal considera que se despide de manera justificada a un trabajador de una compañía aérea por sustraer una bolsa con jerséis de lana propiedad de un cliente<sup>175</sup>.

---

<sup>163</sup> STSJ Madrid 18 de marzo de 2011.

<sup>164</sup> STS 5 de marzo de 1990.

<sup>165</sup> STSJ de Sevilla 7 de abril de 2.000.

<sup>166</sup> STS 17 de octubre de 1990.

<sup>167</sup> STSJ Castilla-León 24 de junio de 1996.

<sup>168</sup> STSJ La Rioja 4 de septiembre de 1999.

<sup>169</sup> STSJ Madrid 1 de octubre de 1991.

<sup>170</sup> STSJ 9 de mayo de 2006.

<sup>171</sup> STS 23 de enero de 1990.

<sup>172</sup> STSJ de Cataluña 6 de junio de 2006.

<sup>173</sup> STSJ Cataluña 23 de febrero de 2012.

<sup>174</sup> STSJ Castilla-La Mancha 25 de julio de 2014. Considera que se está incumpliendo la prohibición de retirada de productos o materiales propiedad de la empresa o de sus clientes, rompiendo la relación de confianza que debe primar en la prestación laboral, con independencia del valor de lo que intenta ocultar o defraudar.

<sup>175</sup> STS 11 de julio de 1988.

- t) Utilización de medios y clientes de la empresa, la mayoría de sentencias consideran que existe un abuso de confianza por parte de los trabajadores y no aplican la doctrina gradualista. Concurrencia desleal de un empleado que realizaba trabajos por cuenta propia para otra empresa, con el mismo objeto social que el de la empresa empleadora, utilizando los medios y las relaciones de la misma<sup>176</sup>.
- u) Trabajador que una vez sancionado con suspensión de empleo y sueldo durante dos meses por concurrencia desleal, vuelve a concurrir durante dicha suspensión. El Tribunal confirma la procedencia del despido del trabajador por vulneración del principio de buena fe, la cual exige un comportamiento objetivo, honrado y justo, violando con su actitud el sentido de la fidelidad<sup>177</sup>.
- v) Trabajador que abre un negocio con su esposa durante la excedencia para el cuidado de hijo, con la misma actividad que el de la empresa para la que trabajaba y en la cual estaba suspendido su contrato<sup>178</sup>.
- w) Apropiación de dinero de terceros o de clientes. El Tribunal considera que se produce un incumplimiento contractual grave y culpable del trabajador<sup>179</sup>.
- x) Utilización abusiva del teléfono móvil de la empresa, realizando con el mismo, llamadas particulares<sup>180</sup>.
- y) Utilización del correo electrónico personal del trabajador en el ordenador de la empresa, instalando una aplicación para ello. No siendo posible aplicar grados cuando se trata de abuso de confianza. El trabajador actuó en contra de expresas prohibiciones de la empresa, no constanding tolerancia o tácita aceptación de las conductas y que su actuación era contraria a los intereses económicos de la empresa<sup>181</sup>.
- z) Uso del ordenador de la empresa por parte de los trabajadores, para realizar trabajos por su cuenta ajenos a la actividad de la empresa, por saturar el ordenador al introducir multitud de programas y listados de clientes de otra empresa, sin el consentimiento y autorización de la empleadora<sup>182</sup>.
- aa) Empleo de internet durante la jornada laboral con fines distintos a los laborales, con la visita a páginas web no seguras, basándose en el quebrantamiento de la buena fe, por haber hecho a la empresa correr el riesgo de perder información, o la propagación indebida de un virus informático en el ordenador del gerente; y, de otro lado, la empresa vio sometida su imagen al ser alentado por un cliente. Según el Tribunal, la empresa aplica

<sup>176</sup> STSJ Madrid 23 de enero de 2012 y STS 7 de marzo de 1990.

<sup>177</sup> STS 26 de diciembre de 1989.

<sup>178</sup> STSJ País Vasco 26 de abril de 2011.

<sup>179</sup> STS 3 de noviembre de 1993. Un trabajador de una entidad de crédito se aprovecha de la autorización en blanco de un cliente para apropiarse de una determinada cantidad de dinero y anuló un ingreso del mismo cliente.

<sup>180</sup> STSJ Cataluña 11 de marzo de 1999.

<sup>181</sup> STSJ Comunidad Valenciana 4 de julio de 2004.

<sup>182</sup> STS de 8 octubre 1988.



correctamente el convenio estatal del sector que hace una prohibición expresa en este tipo de conductas y una correcta aplicación de la doctrina, valorando las circunstancias personales del trabajador, su nivel cultural y la trascendencia del daño<sup>183</sup>.

- bb) Prevalece el derecho a la intimidad del trabajador, sobre el empleo de internet para fines distintos de los laborales. El referido Auto desestima el recurso de casación para unificación de la doctrina interpuesto contra la sentencia de suplicación que confirma la improcedencia del despido por contener en el ordenador de la empresa antiguos archivos temporales de accesos a páginas pornográficas<sup>184</sup>.
- cc) Trabajador que durante su jornada laboral accedió a páginas ajenas a su actividad laboral, superando la visita a este tipo de páginas el 70% del total de visitadas. La empresa había sido clara con respecto a internet, prohibiendo su uso para actividades privadas y advirtiendo del posible control empresarial. Se valora que, con la actuación del trabajador, la empresa recibió quejas de clientes por lentitud del sistema suponiendo una mala prestación de servicios por la empresa<sup>185</sup>.

*La jurisprudencia y demás doctrina judicial no han considerado que constituyen falta por transgresión de la buena fe contractual:*

- a) No se considera causa de despido el descuadre en inventario, si no se demuestra apropiación<sup>186</sup>.
- b) Es lícito para fines sindicales la utilización de instrumentos de comunicación si no se perturba la actividad normal de la empresa. La prohibición de uso de instrumentos de comunicación para fines sindicales cuando se cumplen todas las condiciones de la LOLS, vulnera el derecho a la libertad sindical<sup>187</sup>.
- c) Cajera de supermercado, por el supuesto hurto en relación con una bolsa de pasteles a granel<sup>188</sup>.
- d) Transgresión de la buena fe contractual basado en la supuesta conducta de un trabajador encargado de recoger el dinero en los parquímetros, basándose en que el defectuoso mantenimiento de la mayoría de los mismos era el que producía los desajustes en las cuentas<sup>189</sup>.
- e) Utilización del teléfono móvil de la empresa para realizar llamadas particulares<sup>190</sup>.

---

<sup>183</sup> STSJ Andalucía 7 de diciembre de 2010.

<sup>184</sup> Auto Tribunal Supremo, de 11 noviembre 2015

<sup>185</sup> STSJ Castilla-León 5 de diciembre de 2012.

<sup>186</sup> STSJ de Extremadura de 18 de abril de 2000.

<sup>187</sup> STC 281/2005.

<sup>188</sup> STSJ Andalucía 15 octubre de 2014.

<sup>189</sup> STSJ Galicia 28 de septiembre de 2010.

<sup>190</sup> STSJ Cantabria 28 de agosto de 1996.

- f) Supuesta apropiación de documentos de la empresa. El Tribunal decide aplicar la teoría gradualista, considerando que la falta de prueba hace que sea desproporcionado el despido como sanción<sup>191</sup>.
- g) Trabajadora que se apropiaba de dinero de la caja del establecimiento comercial en el que trabajaba por el importe de la nómina que el empleador le había dejado de abonar<sup>192</sup>.
- h) Participar en un piquete informativo durante una huelga<sup>193</sup>.
- i) Fotocopiar documentos para su defensa judicial, siempre que los documentos fotocopiados muestran una ilegalidad de la empresa que no puede ser protegida<sup>194</sup>.
- j) Empresa justifica y fundamenta el despido en cargos que son fruto de una vulneración del derecho a la intimidad, con total independencia de que la conducta que haya podido realizar la trabajadora pudiera constituir justa causa de despido. A pesar de lo dicho, el Tribunal comparte que la conducta de la trabajadora no es justa causa de despido, dado que se trata de unos trabajos que ha realizado como favor personal a una amiga en forma gratuita, acto que el convenio colectivo aplicable califica como falta grave, no siendo susceptible de sancionarse con el despido<sup>195</sup>.
- k) Apropiación de algunos objetos del botiquín, siempre que no se prueba la intencionalidad dañosa del trabajador, que además pudo ser debido a despiste del propio trabajador, según consta en la propia carta de despido<sup>196</sup>.
- l) Trabajador que utilizaba el ordenador con fines particulares, dado que la empresa conocía esta conducta desde hacía varios meses y pese a ello no advirtió en ningún momento que tal actuación era desaprobada<sup>197</sup>.
- m) Utilizar el ordenador de la empresa por una trabajadora embarazada para hacer trabajos por su cuenta, no existiendo expresas instrucciones por parte de la empresa sobre el uso del ordenador, y estando embarazada en el momento de producirse el despido. Considera la sentencia que se está vulnerando la intimidad de la trabajadora cuando se analizan carpetas de su ordenador con la nomenclatura de personal<sup>198</sup>.
- n) Empleo de internet durante la jornada laboral con fines distintos a los laborales, con la visita a páginas web no seguras por parte de vigilantes de seguridad durante la jornada nocturna de trabajo, valorando la desproporción entre la falta cometida y la sanción. La empresa podría haber sancionado al empleado, pero en ningún caso, como una sanción muy grave, ya que se

<sup>191</sup> STSJ Cantabria 14 de diciembre de 2015.

<sup>192</sup> STSJ Cataluña 13 de febrero de 2013.

<sup>193</sup> STS 6 de febrero de 1990.

<sup>194</sup> STSJ Extremadura 10 de agosto de 2004.

<sup>195</sup> STSJ País vasco 27 de septiembre de 2011.

<sup>196</sup> STSJ Castilla-León 17 de diciembre de 1991.

<sup>197</sup> STSJ Comunidad Valenciana 28 de septiembre de 2010.

<sup>198</sup> STSJ País Vasco 27 de septiembre de 2011.

considera desproporcionada y no se encuentra tipificada como tal<sup>199</sup>.

- o) Acusado de competencia desleal durante una excedencia voluntaria del trabajador, sin quedar acreditado siquiera un perjuicio potencial<sup>200</sup>, impidiendo la reincorporación a la empresa, finalizada el periodo de excedencia voluntaria.
- p) No existe concurrencia desleal puesto que nada aparece que sea revelador de una infidelidad al servicio que venía prestando en el INSALUD, ni puede sostenerse que la base de su actuación en la sociedad privada sean los conocimientos obtenidos en su trabajo en aquel servicio<sup>201</sup>.

### **2.2.5 Disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado (artículo 54.2.e) ET).**

Los trabajadores tienen como deberes básicos, cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad con las reglas de la buena fe y diligencia, contribuyendo a la mejora de la productividad<sup>202</sup>.

En el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquel en el ejercicio regular de sus facultades de dirección<sup>203</sup>. Con carácter general, el rendimiento exigido al trabajador es el “normal”, o sea, el exigido a cualquier trabajador, considerado a todos los efectos como rendimiento ordinario<sup>204</sup>. Es posible concertar en el contrato de trabajo, o disponer en el convenio colectivo, determinados umbrales de rendimientos. Siendo por ello imprescindible el análisis del caso concreto, dada la incidencia que puede derivarse de la fijación del rendimiento “normal”, el sector, la empresa como tal y el propio trabajador<sup>205</sup>.

Conectando las obligaciones referidas en los dos párrafos anteriores que adquiere el trabajador en ejecución de su contrato de trabajo, la disminución continuada y voluntaria<sup>206</sup> en el rendimiento de trabajo normal o pactado, calificada grave y culpable, es causa de despido disciplinario<sup>207</sup>. Por lo tanto, si la disminución de la actividad es esporádica o en su caso es ajena a la voluntad del trabajador, calificándose en consecuencia de involuntaria, estaríamos fuera del supuesto de hecho contemplado en el artículo 54.2.e) ET para el despido disciplinario. Sin embargo, ello no es óbice para que, en esas circunstancias, disminución involuntaria y ajena a la voluntad del trabajador, podamos calificar el despido como objetivo, en los términos dispuestos en el artículo 52.a) ET, pero no ampara el despido disciplinario previsto en el artículo 54.2.e) ET.

---

<sup>199</sup> STSJ 20 de marzo de 2002.

<sup>200</sup> STSJ Galicia 15 de enero de 2010.

<sup>201</sup> STS 13 de mayo de 1986.

<sup>202</sup> Artículo 5.a) y e) ET

<sup>203</sup> Artículo 20.2 ET.

<sup>204</sup> STS 20 de junio de 1988.

<sup>205</sup> STS 18 de abril de 1991.

<sup>206</sup> STS 27 de noviembre de 1989, referida a la voluntariedad en la disminución del rendimiento del trabajador.

<sup>207</sup> Artículo 54.2.e) ET.

La causa de despido ahora examinada (disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo) exige en su determinación la comparación con el rendimiento de otros trabajadores<sup>208</sup>. Siendo posible también su comparación con él mismo<sup>209</sup>. Es decir, analizar su actividad presente con su actividad pretérita. En cualquier caso, para determinar si existe o no disminución del rendimiento, deberá contarse con un término comparativo de referencia que opere dentro de condiciones homogéneas<sup>210</sup>. No existe homogeneidad en la comparación en los siguientes supuestos:

- a) Durante la situación de conflicto colectivo en la empresa<sup>211</sup>.
- b) Cuando las condiciones referidas a la prestación del trabajo por el trabajador despedido son radicalmente diferentes a la de los demás trabajadores de la empresa<sup>212</sup>.
- c) Cuando el trabajador ha pasado a ocupar un nuevo puesto de trabajo recientemente<sup>213</sup>.

La resolución del contrato fundamentado en un pacto resolutorio con amparo en el artículo 49.1.b) ET es posible cuando no se alcanza un determinado rendimiento<sup>214</sup>. Se exige en este caso que lo pactado no sea abusivo, siguiendo la dicción contemplada en el artículo invocado. En realidad, lo ahora prevenido (causa resolutoria del contrato), es difícil de delimitar con la causa de despido disciplinario contemplada en el artículo 54.2.e) ET<sup>215</sup>.

Sí en el despido tiene como causa la enfermedad del trabajador, es calificado como improcedente<sup>216</sup>. El despido declarado nulo deberá quedar acreditada la causa discriminatoria que se invoca. En estos casos, la incapacidad temporal debe ser calificada “discapacitante”, lo que coincide con una situación de IT que perdura en el tiempo<sup>217</sup> o en su caso su duración es incierta<sup>218</sup>. También se calificó nulo el despido del trabajador en IT, por lesión a su derecho a la integridad física, cuando se exigía el alta médica voluntaria para su inmediata reincorporación al trabajo<sup>219</sup>. Consideraremos que, salvo que

---

<sup>208</sup> Criterio objetivo de comparación (STS 28 de julio de 2008).

<sup>209</sup> Criterio subjetivo de comparación (STS 10 de abril de 1986).

<sup>210</sup> STS 25 de enero de 1988 y STSJ País Vasco 9 de marzo de 2004: Cualquiera que sea el criterio elegido, como regla general, es preciso que exista constancia del ritmo normal o pactado de trabajo, que haya un término comparativo que sirva de referencia para poder sostener que los trabajadores disminuyeron su rendimiento, pues la falta de dicho término comparativo conducirá a declarar la improcedencia del despido.

<sup>211</sup> STS 20 de octubre de 1982.

<sup>212</sup> STS 21 de febrero de 1990.

<sup>213</sup> STSJ Comunidad Valenciana 1 de julio de 2005.

<sup>214</sup> STS 1 de julio de 2020.

<sup>215</sup> STS 30 de octubre de 2007.

<sup>216</sup> STS 22 de enero de 2008.

<sup>217</sup> STS 15 de marzo de 2018. Declara la improcedencia y no la nulidad de un despido de una trabajadora cuya baja había durado un año. No existía ninguna resolución que permitiera determinar que la baja de IT fuera duradera.

<sup>218</sup> STJUE 1 de diciembre de 2016. La incapacidad del trabajador en situación de IT no aparece delimitada en el tiempo. Imposibilitando saber en ese momento si su duración va a materializarse en el corto plazo o en su caso prolongarse “sine día”.

<sup>219</sup> STS 31 de enero de 2011.

concurran causas que justifiquen un despido por causas objetivas o disciplinarias (realización de conductas por el trabajador que dificulten su recuperación), el despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal será declarado improcedente<sup>220</sup> o, en su caso, nulo. Las empresas están dispuestas a asumir el pago de la indemnización por despido improcedente, pero no a afrontar el riesgo de un despido nulo. Durante la situación de IT, la empresa sigue asumiendo el coste de la cotización y, además en muchas ocasiones, el pago de la prestación voluntaria de Seguridad Social, incorporada en los convenios colectivos, que complementan la prestación ordinaria del sistema propio de Seguridad Social. Si la situación de baja se prolonga, el mantenimiento de estos costes sin obtener contraprestación productiva alguna del trabajador, puede volverse insostenible para la empresa.

Es importante aclarar qué se entiende por discapacidad a los efectos del despido del trabajador en situación de IT. El TJUE ha venido interpretando el concepto de discapacidad establecido en la Directiva 2000/78 en un sentido amplio, que engloba la enfermedad de larga duración, sea o no curable, que comporte limitaciones en la vida profesional, sin que sea necesario que alcance un determinado grado, para que pueda ser considerada una discapacidad. En relación con el supuesto planteado se pronuncia la STJUE 11 de abril de 2013, manifestando que, si una enfermedad curable o incurable acarrea una limitación, deriva en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78. En nuestro país, los Tribunales han venido resolviendo, bajo el amparo de la jurisprudencia de la UE invocada, declarando nulo el despido de los trabajadores en situación de incapacidad temporal de larga duración, con apoyo en lo dispuesto en los artículos 4.2.c) y 17.1 ET, que considera nulas las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de discapacidad<sup>221</sup>.

No obstante lo dicho en el párrafo anterior, el TS diferencia entre enfermedad y discapacidad, distanciándose así del criterio del TJUE, distinguiendo entre la enfermedad en cuanto tal y la discapacidad, que radica en la limitación para la participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones, que supone la interacción de las dolencias con diversas barreras diferenciando esa situación, compatible con la asistencia al trabajo, de la simple baja por enfermedad<sup>222</sup>. En consecuencia, constatamos que el TS mantiene su criterio y se resiste a equiparar la enfermedad de larga duración con la discapacidad como hace el TJUE. Así es que sigue calificando el despido en estos casos como improcedente. Pero, pudiera ser que pronto termine por imponerse el criterio que califica el despido como nulo; criterio que mantiene el TJUE en la actualidad.

---

<sup>220</sup> STS 18 de diciembre de 2007.

<sup>221</sup> Sentencia Juzgado de Barcelona Nº 33 23 de diciembre de 2016.

<sup>222</sup> STS 15 de marzo de 2018. La situación de incapacidad temporal en la que se hallaba la trabajadora al ser despedida, fecha en la que ni siquiera había agotado el periodo máximo y mucho menos existía resolución alguna acerca de una situación duradera de futuro no permite identificarla con la noción de discapacidad distinta de la enfermedad en cuanto tal en la que apoya la discriminación la interpretación dada por el TSJUE. No es posible incardinar la baja temporal de la demandante en un supuesto de discriminación gravado con la calificación de nulidad sino mantener la de improcedencia derivada de la falta de justificación como despido disciplinario que en todo caso exige un componente intencional, ausente en la actuación de la trabajadora.

La causa de despido disciplinario consistente en la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado, mientras que la ineptitud como causa de despido objetivo son palpables. La ineptitud exige una pérdida de las condiciones para desarrollar la actividad profesional, lo que sin duda impide desarrollar el trabajo que el empresario impone, al contrario que la disminución del rendimiento sancionable en el artículo 54.2 e) ET, pues en este caso se parte de la existencia de una perfecta aptitud para desarrollar el trabajo encomendado. Así, por ineptitud del trabajador, conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa, el contrato de trabajo podrá extinguirse por causas objetivas. En este caso estamos ante la extinción del contrato por causas objetivas prevista en el artículo 52 ET.

*La jurisprudencia y demás doctrina judicial han considerado que constituyen o no falta por la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del trabajo normal o pactado:*

- a) Disminución relevante de la actividad y en consecuencia calificada como grave. El rendimiento normal se determina tomando como criterio de comparación el rendimiento obtenido por otros compañeros de trabajo que realizan la misma actividad en iguales circunstancias y condiciones en la empresa<sup>223</sup> o con el propio trabajador en otros momentos<sup>224</sup>.
- b) Disminución de la actividad continuada, califica la falta como grave. No concurre el requisito cuando la disminución es ocasional o aislada en el tiempo. Sí se exige habitualmente para que la causa se pueda acreditar que sea prolongada en el tiempo<sup>225</sup>. Se plantea pues el problema de determinar cuando estamos ante una reducción de la actividad continuada o no<sup>226</sup>.
- c) Voluntariedad en la disminución del rendimiento, hecho que deberá ser acreditado por la empresa<sup>227</sup> y el trabajador deberá probar que la disminución se debe a causas ajenas a su voluntad<sup>228</sup>. Otra perspectiva al respecto, es la de presumir la voluntariedad en el bajo rendimiento cuando el trabajador no ofrece razones satisfactorias que justifiquen su conducta<sup>229</sup>. La voluntariedad en el incumplimiento del trabajador es determinante para despedir, ya que de existir causas objetivas que lo justifiquen, no podrá procederse a la extinción del contrato de trabajo en virtud de la cláusula de rendimiento pactada<sup>230</sup>. Ahora bien, si el rendimiento exigible queda determinado en convenio colectivo o contrato de trabajo y el trabajador viene superando ese nivel, podrá en cualquier momento descender hasta el fijado como normal sin incurrir en causa de despido<sup>231</sup>.

---

<sup>223</sup> STSJ Comunidad Valenciana 15 de mayo de 2003 y STS 28 de julio de 2008.

<sup>224</sup> STS 21 de febrero de 1990 y STS 13 de octubre de 1989.

<sup>225</sup> STSJ Madrid 8 de julio de 2009

<sup>226</sup> STSJ Extremadura 30 de julio de 1991.

<sup>227</sup> STS 27 de noviembre de 1989.

<sup>228</sup> STSJ Castilla-La Mancha 3 de noviembre de 2011.

<sup>229</sup> STSJ Castilla-León 9 de octubre de 2014.

<sup>230</sup> STSJ Canarias 25 de febrero de 1994.

<sup>231</sup> STS 24 de noviembre de 1982.

- d) El rendimiento pactado exige que la cláusula donde se establezca no sea abusiva<sup>232</sup>. Para que esto sea así, los rendimientos pactados no pueden ser desproporcionados o excesivos y no podrán exigir un esfuerzo desmesurado en su cumplimiento.

### **2.2.6 La embriaguez habitual o toxicomanía sí repercuten negativamente en el trabajo (artículo 54.2.f) ET).**

Se exige que la embriaguez y la toxicomanía sean habituales y repercutan negativamente en el trabajo. Y ello a pesar de la propia dicción del precepto que ahora se invoca (artículo 54.2.f) ET), que sólo exige habitualidad a la embriaguez, no a la toxicomanía. Sin embargo, la jurisprudencia<sup>233</sup> y doctrina judicial exigen la habitualidad también sobre la toxicomanía. Se establecen ciertas excepciones en la aplicación del concepto de la habitualidad, como ocurre con los trabajadores conductores de vehículos<sup>234</sup>, o en supuestos de la actividad productiva peligrosas, cuando quede acreditado que la embriaguez afecta negativamente a la prevención de accidentes. Donde se justifica el despido ante un único supuesto de embriaguez<sup>235</sup>.

Existe una presunción de que la embriaguez y la toxicomanía en el lugar y en horas de trabajo afectan negativamente en el trabajo. Nada de esto tienen que ver cuando la embriaguez o la toxicomanía acontecen fuera de la empresa y del horario de trabajo<sup>236</sup>.

Caso particular es el de las personas con problemas con el alcohol o drogodependientes que se encuentran en procesos de desintoxicación y han sido contratados por empresas de reinserción, dentro del proceso de rehabilitación. Su recaída, en tanto es comunicada al servicio social público por la empresa, que lo conoce por el propio trabajador, conforme dispone el artículo 14.3 Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, no procede el despido, sino un nuevo proceso de desintoxicación y en su caso de suspensión del contrato de trabajo. El despido sólo opera cuando el trabajador no comunica el incidente.

*La jurisprudencia y demás doctrina judicial han considerado que constituyen falta por embriaguez habitual o toxicomanía, que sí repercuten negativamente en el trabajo:*

- a) El trabajador genera problemas y discusiones en el centro de trabajo debidos al alcohol<sup>237</sup>.
- b) Se presume que la embriaguez o toxicomanía repercuten negativamente en el trabajo, por ser una consecuencia lógica<sup>238</sup>.

---

<sup>232</sup> STS 23 de marzo de 1990.

<sup>233</sup> STS 3 de noviembre de 1988.

<sup>234</sup> STS 26 de octubre de 1989.

<sup>235</sup> STSJ Cataluña 12 de mayo de 2009. En este caso el convenio colectivo de sector, calificaba la situación como falta muy grave, sin necesidad de que concurriera habitualidad.

<sup>236</sup> STSJ Castilla-León 16 de julio de 2012.

<sup>237</sup> STSJ Galicia 10 de enero de 1991.

<sup>238</sup> STS 29 de mayo de 1986.

- c) Es irrelevante el tipo de drogas que ingiera el trabajador, siempre que su conducta repercuta negativamente en el trabajo<sup>239</sup>.
- d) La repercusión negativa en el trabajo pueda darse bien porque se realiza menos trabajo del encomendado o cuando se lleva a cabo una ejecución defectuosa, tomando como parámetro la profesión habitual, lo que no equivale a las concretas labores que desempeña el trabajador normalmente y ni tan siquiera a las de su categoría profesional<sup>240</sup>.
- e) Se precisa de forma acumulativa la concurrencia de un consumo habitual y una repercusión negativa en el trabajo<sup>241</sup>.
- f) El concepto de habitualidad exige una persistencia, un cierto enraizamiento en la vida del individuo, es decir, una más o menos continuidad en la práctica de que se trate, aunque con intervalos más o menos regulares, y que no es suficiente con su ocurrencia en contadas ocasiones para configurarla como causa justificada de despido disciplinario<sup>242</sup>.
- g) Embriaguez habitual o toxicomanía que tienen lugar no sólo dentro del horario de trabajo, sino también fuera del mismo, pero con repercusiones en la prestación laboral o en el interés de la empresa<sup>243</sup>.
- h) La diferencia existente en el lenguaje común entre embriaguez habitual y alcoholismo se entiende jurídicamente irrelevante a los efectos de considerar ambas situaciones merecedoras de la resolución contractual por incumplimiento<sup>244</sup>.
- i) Lo sancionado no es beber de manera habitual sino embriagarse con frecuencia<sup>245</sup>.
- j) El consumo ocasional de drogas no es determinante de la toxicomanía<sup>246</sup>.
- k) Repercusión negativa en el trabajo que se manifiesta en el aumento del riesgo potencial o real de sufrir un accidente o lesión, por el propio trabajador embriagado o en su caso por terceras personas, debido a las características del puesto de trabajo desempeñado<sup>247</sup>.
- l) Repercusión negativa en el trabajo que se manifiesta en el desmerecimiento o falta de confianza que puede generar hacia la empresa el cliente efectivo o potencial<sup>248</sup>.

---

<sup>239</sup> STSJ Cantabria 7 de diciembre de 1999.

<sup>240</sup> STSJ País Vasco 14 de febrero de 2006.

<sup>241</sup> STSJ Castilla-La Mancha 20 de enero de 2004.

<sup>242</sup> STSJ Cantabria 17 de junio de 2004.

<sup>243</sup> STSJ Andalucía 9 de junio de 2000.

<sup>244</sup> STSJ Extremadura 2 de julio de 1996.

<sup>245</sup> STSJ País Vasco 10 de mayo de 1996.

<sup>246</sup> STSJ Cataluña 11 de mayo de 1992.

<sup>247</sup> STSJ Madrid 22 de enero de 1998.

<sup>248</sup> STSJ Andalucía 9 de junio de 2000.



- m) Guardar en las dependencias de la empresa cantidad importante de drogas, sin tener que acreditarse que ello incidía negativamente en el trabajo en la empresa<sup>249</sup>.

*La jurisprudencia y demás doctrina judicial no han considerado que constituyen falta por embriaguez habitual o toxicomanía, que sí repercuten negativamente en el trabajo:*

- a) Supuesto de trabajador que se hallaba en posesión de drogas para su propio consumo, no habiéndose acreditado que fuera toxicómano, ni su repercusión en el trabajo<sup>250</sup>.
- b) La embriaguez no reiterada<sup>251</sup>.
- c) Tener el trabajador en su posesión drogas para su consumo, cuando ello no tienen una relevancia efectiva y contraria en su trabajo<sup>252</sup>.
- d) El hecho de que una aislada prueba analítica haya arrojado resultado positivo a la cocaína, en absoluto es determinante de la adicción del sujeto a semejante droga, siendo de señalar que forma parte de la composición de determinados fármacos cuya ingestión puede producir similar resultado y que, por otra parte, el consumo ocasional no puede llevar aparejada tan grave consecuencia como la pérdida del puesto de trabajo<sup>253</sup>.
- e) No consta la repercusión negativa de tal conducta en el trabajo del actor, no siendo demostrativa la inferioridad de los resultados obtenidos por el departamento que dirigía el trabajador en comparación con los iguales de otros centros, por cuanto la menor productividad puede deberse a múltiples factores que no han sido descartados con prueba fehaciente de la que se derive una causalidad directa o indirecta entre la embriaguez y los resultados<sup>254</sup>.
- f) Tener en las dependencias de la empresa drogas, sin que quede acreditado su consumo, ni el tráfico, ni pérdida de prestigio profesional en general en la empresa, ni que tenga una repercusión negativa en la clientela de la empresa<sup>255</sup>.

### **2.2.7 El acoso al empresario o a las personas que trabajan en la empresa (artículo 54.2.g) ET).**

---

<sup>249</sup> STSJ Cantabria 25 de febrero de 2000.

<sup>250</sup> STSJ Madrid 13 de febrero de 1991. Aunque la nota de habitualidad no venga dentro de la conducta sancionada por el precepto legal, sí que tendrá que tenerse en cuenta a la hora de sancionarla y descartaremos las conductas que se produzcan de forma no habitual o esporádica.

<sup>251</sup> STS 1 de julio de 1988.

<sup>252</sup> STSJ Madrid 13 de febrero de 1991.

<sup>253</sup> STSJ Cataluña 11 de mayo de 1992.

<sup>254</sup> STSJ Madrid 11 de noviembre de 2004.

<sup>255</sup> STSJ Cataluña 14 de octubre de 2010.

El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa, cuando se consideren incumplimientos graves y culpables del trabajador, podrán extinguir el contrato de trabajo por decisión del empresario<sup>256</sup>.

El supuesto que ahora contemplamos podemos desagregarlo, a su vez, en tres: el llamado “acoso inverso”, que es producido por el trabajador al empresario y el “acoso horizontal”, cuando un trabajador acosa a otro trabajador de la empresa, amén del resto de situaciones contempladas en el artículo 54.2.f) ET.

Hemos de diferenciar entre acoso sexual y acoso por razón de sexo:

- a) Acoso sexual: cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo<sup>257</sup>.
- b) Acoso por razón de sexo: cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo<sup>258</sup>.

A lo que hay que añadir el resto de situaciones contempladas en el artículo 54.2.f) ET, “demás supuestos de acoso”, definidas como toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo<sup>259</sup>.

Además de los supuestos expresamente contemplados en el artículo referido, podemos considerar incluido en el mismo el supuesto de acoso moral realizado por un trabajador contra otro trabajador o contra el empresario. De igual forma, en cualquier caso, podría considerarse el acoso moral referido como una ofensa o una transgresión de la buena fe contractual, incluido en las causas contempladas en el artículo 54.2.c) y d) ET. Sobre este último ya advertimos que actúa como “cajón de sastre”<sup>260 y 261</sup>.

---

<sup>256</sup> Se diferenciaría del mobbing, o acoso moral, en que éste último quien lo realiza es el empresario, y daría lugar a la extinción contractual por voluntad del trabajador, pues es un incumplimiento del empresario.

<sup>257</sup> Artículo 7.1 Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

<sup>258</sup> Artículo 7.2 Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

<sup>259</sup> Artículo 28.1.d) Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

<sup>260</sup> El artículo 54.2.c) ET actúa en muchas ocasiones como cajón de sastre ante incumplimientos contractuales no incardinables en las otras causas de despido previstas en el art. 54 ET.

<sup>261</sup> Corbella Herreros, T.; Frigola Vallina, J.; Escudero Moratalla, J. F., “La jurisprudencia de la buena fe” en El principio de buena fe en el contrato de trabajo, Bosch, Barcelona, 1996: no se trata de intentar conocer con exactitud qué caso, para la jurisprudencia, es constitutivo de una transgresión de la buena fe contractual y qué caso no lo es, sino que lo interesante es extraer de la inmensa casuística jurisprudencial algunas líneas generales que permitan constatar la existencia de grupos homogéneos de casos de transgresión de la buena fe contractual. La buena fe se aparece enunciada en el artículo 7.1 CC, como principio general del Derecho, además, en el artículo 1.258 CC, se reconoce como principio general de contratación. Este principio es considerado “concepto jurídico indeterminado”, ya que carece de formulación concisa en las leyes.

Conocida por el empresario la situación de acoso, este deberá reaccionar frente a la misma. Entre las diferentes reacciones por el empresario descansa precisamente la posibilidad del despido del acosador.

### 3. La acción de despido y la medida extintiva.

El artículo 49.1.k ET dispone que el contrato de trabajo se extinguirá por despido del trabajador. Debe ser considerada dicha causa como una de las que permite al empresario la ruptura del contrato de trabajo de manera unilateral (a instancia del empresario). Curiosamente, una vez decidida la voluntad extintiva del contrato por el empresario, habiéndose materializado despidiendo, no es posible la retractación<sup>262</sup>, aunque medie error excusable<sup>263</sup>. Ahora bien, caso distinto es el de la retractación del empresario de su decisión extintiva cuando el trabajador acepta el ofrecimiento del propio empresario de continuar la relación laboral (es ese el objeto del retractamiento), volviendo la relación laboral a su estado originario, anterior a la decisión extintiva del empresario. Y esto es así, dada la concurrencia de la voluntad de las partes en que esto sea así<sup>264</sup>. Hemos dicho que la retractación del despido por parte del empresario no restablece el contrato extinguido, ni su rechazo por el trabajador constituye dimisión, ni abandono del puesto de trabajo<sup>265</sup>.

Materializado el acto extintivo por el empresario, el contrato pierde su vigencia y el trabajador es despedido. Se cumple el requisito básico para poder interponer la acción de despido, que el contrato esté vigente y la acción de despido sea formalizada en plazo. De ahí, la existencia de una excepción a lo dicho. Como quiera que desde la fecha de preaviso hasta la del despido este no se ha consumado, la “retractación” es posible en ese intervalo de tiempo<sup>266</sup>. Se considera válida la “retractación” que es notificada mientras el contrato permanece vivo, como es el caso de preaviso, ya que el contrato como tal no llega a extinguirse, hasta que finaliza la fase de preaviso. Es decir, el contrato nunca llegó a extinguirse<sup>267</sup>.

---

Artículos 5.a) y 20.2 ET: Por una parte, los trabajadores tienen el deber básico de cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad con las reglas de la buena fe y diligencia y, por otra parte, en el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo. En cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe.

<sup>262</sup> Si se aceptase el retractamiento de manera unilateral se contravendría un principio general de la contratación prevenido en el artículo 1256 CC, que dispone que la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

<sup>263</sup> SSTs 26 de abril de 2010, 7 de octubre de 2009 y 11 de noviembre de 2009: retractación empresarial. Ineficacia respecto a la decisión extintiva, incluso antes de la presentación de la papeleta de conciliación.

<sup>264</sup> Concurrencia de consentimiento entre las partes del contrato de trabajo. Es de aplicación a tal efecto lo dispuesto en los artículos 1261 y 1262 del Código Civil.

<sup>265</sup> STS 8 de julio de 2013. Además, la STS 26 de abril de 2010, viene a decir que no puede considerarse procedente el despido, por faltas injustificadas al trabajo, de quien despedido previamente por la empresa no se reincorpora a su puesto de trabajo. El trabajador ha de considerarse despedido si no media aceptación por éste de la revocación del despido por el empresario (la retractación del empresario opera cuando es aceptada por el trabajador solamente). Por lo tanto, el trabajador estaba despedido y no cabe un segundo despido, fundamentado en las ausencias del trabajador, que no puede generar un nuevo despido, tal y como dispone la STS 26 de abril de 2010.

<sup>266</sup> STS 7 de diciembre de 2009: el empresario puede decidir válidamente retractarse de la rescisión del contrato que preavisó, mientras la prestación de servicios continúa y el contrato sigue vigente.

<sup>267</sup> STS 7 de diciembre de 2009.

## 4. La caducidad de la acción de despido.

El trabajador despido podrá reclamar contra el despido, dentro de los veinte días siguientes a aquel en que se hubiera producido. Dicho plazo será de caducidad a todos los efectos y no se computarán los sábados, domingos y los festivos en la sede del órgano jurisdiccional<sup>268</sup>.

La caducidad de las acciones se fundamenta en la necesidad de no mantener indefinidas las situaciones jurídicas<sup>269</sup>. Viene amparada por el principio de seguridad jurídica previsto en artículo 9.3 CE y goza por sí misma de autonomía<sup>270</sup>.

La existencia del plazo de caducidad para la interposición de la acción de despido no lesiona por sí misma el derecho a la tutela judicial efectiva, aunque no se resuelva el fondo del asunto. Es un tema de legalidad ordinaria, salvo que el error en el cálculo de los días adquiera relevancia constitucional por lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva.

Los plazos de impugnación tienen carácter preclusivo, son plazos de caducidad no susceptibles de interrupción, a diferencia de lo que ocurre con los de prescripción. Se pierde la posibilidad de hacerlo en el futuro, pues el acto deviene consentido y firme (por no haber sido recurrido en tiempo y forma) en aras de la seguridad jurídica, evitando así el mantenimiento de situaciones jurídicas en un estado de pendencia prolongada.

La caducidad es apreciable de oficio, sin que ello signifique la introducción de una cuestión nueva<sup>271</sup>. Además, el plazo de caducidad de la acción de despido es una cuestión sustantiva y no procesal.

### 4.1 *Dies a quo*.

El “dies a quo” representa el día a partir del cual debe producirse el inicio del cómputo del plazo de caducidad: Se iniciará al día siguiente a aquel en el que se produjo el despido, conforme dispone el artículo 103.1 LJS.

---

<sup>268</sup> Artículo 103.1 LJS y artículo 59.3 ET.

<sup>269</sup> STS 17 de Julio de 1986: “Tiene su fundamento, según precisan en absoluta concordancia la jurisprudencia y la doctrina, en la necesidad de no mantener indefinidas las situaciones jurídicas, cuando las partes no consuman acciones u omisiones que en alguna medida les afecten, para evidenciar así que las estiman vigentes...”.

<sup>270</sup> STS 23 de Julio de 1990: “Es evidente que el fundamento último de la figura jurídica de la caducidad - como de la prescripción- es dotar de seguridad a las relaciones jurídicas y por ello vienen amparadas por el principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 CE; no oponiéndose a este principio el de tutela judicial efectiva recogido en el invocado art. 24.1 que según la tesis de la actora propicia en todo caso un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, ya que ello sería factible cuando se tratase de defectos procesales subsanables de carácter instrumental en armonía con lo recogido en el art. 11.3 LOPJ, pero no cuando se trata de defectos procesales insubsanables y menos todavía este principio puede tener el alcance de desconocer una figura de derecho material o sustantivo que goza por sí misma de autonomía, cual es la caducidad”.

<sup>271</sup> STS 12 de julio de 1988: “La caducidad es una institución que opera en nuestro derecho automáticamente y por ser de orden público debe ser apreciada de oficio, por ello, aunque no fuera esgrimida como excepción por la demandada el Magistrado no incurrió en incongruencia ni introdujo una cuestión nueva al estimarla”.

## Supuestos:

- a) Existencia de un preaviso previo al despido (reflejado en la propia carta de despido): el plazo de caducidad deberá computarse desde la fecha de la efectividad del despido y no de la entrega de la carta que conlleva el preaviso. Lo que no impide que el trabajador decida ejercer la acción antes de la fecha de efectos de la acción.
- b) Caso de discordancia entre la fecha fijada en la carta de despido y la del efectivo despido, prevalece esta última.
- c) El despido tácito o sin forma alguna, debe ser considerado cuando existan hechos que revelen la voluntad inequívoca empresarial de poner fin a la relación laboral<sup>272</sup>. Esto es así, ya que, en caso contrario, el despido de esta “forma”, y por lo tanto con cese en el percibo del salario y su baja en Seguridad Social, no podría accionar jamás, si el requisito de la forma se llevase a un extremo inaceptable, para el propio perjudicado por el acto del despido. No obstante, se exige la aplicación en estos casos de dos reglas al respecto: primero, una interpretación restrictiva del concepto y segundo, la imperiosa necesidad de que los actos del empresario sean inequívocos de la voluntad extintiva del contrato de trabajo.
- d) Carece de efecto jurídico alguno, cuando la carta de despido señale que los efectos del despido se producen con anterioridad a su notificación. En este caso y considerando el carácter recepticio de la carta de despido, la fecha del despido no podría ser otra que la de la fecha de la entrega de la carta<sup>273</sup>.
- e) Rechazo del trabajador a ser notificado<sup>274</sup>. Se entiende cumplida la obligación del empresario de notificar el despido con la carta, cuando la carta no llegó a conocimiento del trabajador por causas a él imputables<sup>275</sup>.
- f) Trabajadores fijos discontinuos<sup>276</sup>. El artículo 16.2 ET dispone de un peculiar “dies a quo”, cuando hace mención a la forma de llamamiento de

---

<sup>272</sup> STSJ Valencia 29 de septiembre de 2006. Acontece el despido tácito cuando el empresario no comunica al trabajador formalmente el despido, pero se aprecia su decisión extintiva por omisiones o hechos concluyentes que revelan la intención empresarial inequívoca de poner fin a la relación laboral.

<sup>273</sup> STS 11 de marzo de 2014: “El ordenamiento jurídico establece que el despido tiene efectos a partir de la notificación del mismo al trabajador, salvo que, para cumplir el deber de preaviso, la comunicación tenga lugar antes de la fecha de efectos del despido. Pero carece de efecto jurídicos alguno que la carta señale que los efectos se producen con anterioridad a su notificación”.

<sup>274</sup> STS 9 de abril de 1990. “El “dies a quo” de inicio del plazo de caducidad de la acción de despido no depende del arbitrio del trabajador despedido, sea rehusando el recibo de la carta que lo acuerda, sea como sucede en el caso enjuiciado, no recogiendo de lista de Correos la carta certificada que por conducto notarial se le había enviado a su domicilio y que, ante su ausencia, se hallaba depositado en la referida oficina; cuyo contenido podía suponer al habersele instruido expediente disciplinario”.

<sup>275</sup> Se considera válida la notificación del despido mediante aquellos sistemas que certifican el contenido del envío y acreditan su entrega o el aviso de la misma para su retirada posterior. Así, en el caso habitual de notificación de la carta mediante burofax, el “dies a quo” es el del intento fallido de entrega del mismo en el domicilio del trabajador.

<sup>276</sup> STS 3 de marzo de 1988. Corresponde al trabajador probar la falta de llamamiento.

los mismos. Serán llamados en el orden y la forma que se determine en los respectivos convenios colectivos, pudiendo el trabajador, en caso de incumplimiento, reclamar en procedimiento de despido ante la jurisdicción social, iniciándose el plazo para ello desde el momento en que tuviese conocimiento de la falta de convocatoria<sup>277</sup>.

- g) Trabajadores excedentes. Si el excedente pretende reingresar en la empresa una vez ha finalizado la situación de excedencia, deberá constar la negativa empresarial a la solicitud del trabajador al reingreso o en su caso, cuando sin producirse esa conducta por el empresario, el trabajador tenga constancia fehaciente de la existencia de una vacante. En ambos casos, el “dies a quo”, será aquel en el que se tenga constancia de la negativa o el día que el trabajador tiene conocimiento de la vacante.
- h) El convenio colectivo establece un procedimiento de reclamación interna para impugnar el despido, el plazo de caducidad no comienza hasta que no finalizan los plazos fijados en el convenio<sup>278</sup>.
- i) Despido verbal y posterior carta de despido<sup>279</sup>. Si el despido se realizara inobservando lo establecido en el apartado anterior (carta de despido)<sup>280</sup>, el empresario podrá realizar un nuevo despido en el que cumpla los requisitos omitidos en el precedente, en los términos dispuestos en el artículo 55.2 ET. Debe interpretarse en el sentido de que el plazo de caducidad del artículo 59.2 ET comienza a contar sólo a partir de la fecha de la recepción de la carta de despido<sup>281</sup>.
- j) Consideración de un nuevo despido si al trabajador se le imputan hechos posteriores<sup>282</sup>.

---

<sup>277</sup> STS 6 de abril de 1999. “El derecho al llamamiento con preferencia sobre trabajadores externos, lo es dentro de la temporada correspondiente, pero tal derecho no alcanza a otras épocas distintas, no contempladas convencionalmente ni legalmente, de tal suerte que sí en esas épocas distintas necesitara el empleador contratar ocasionalmente más mano de obra, no le está vedada la posibilidad de acudir a trabajadores externos, distintos de sus fijos discontinuos”

<sup>278</sup> STC 135/1966. Sólo transcurridos los plazos establecidos convencionalmente para recurrir y resolver internamente la sanción, ésta puede considerarse definitivamente acordada y, en consecuencia, comienzan los veinte días de caducidad para que el trabajador, en su caso, la impugne en vía judicial.

<sup>279</sup> STS 11 de marzo de 2014. La carta recibida con posterioridad a la fecha de efectos, prevalece la fecha en que el trabajador recibe la carta.

<sup>280</sup> STS 19 de diciembre de 2011. El trabajador “supuestamente despedido” podrá dirigirse al empresario, requiriéndole para que le readmita al trabajo o confirme el despido. A los efectos de la prueba, la sentencia dispone que el trabajador se dirija verbalmente o por escrito, acompañado de testigo.

<sup>281</sup> STS 14 de abril de 2000.

<sup>282</sup> STS 14 de abril de 2000. “Cada despido goza, como es lógico, de sustantividad y autonomía propia, y por consiguiente su respectivo plazo de caducidad comienza a contar a partir de la fecha en que se manifestó la voluntad de despedir, cualquiera que fuera su forma, escrita o verbal, porque la caducidad opera también en los despidos verbales e incluso en los tácitos... Será entonces necesario que, respecto de cada uno de los despidos producidos, se intente la previa conciliación administrativa y se interponga luego la correspondiente demanda en plazo hábil a contar desde la fecha en que cada uno se produjo, sin perjuicio de que puedan más tarde acumularse las demandas. Pero no podrá esperarse, so pena de caducidad, a celebrar los dos actos de conciliación, como se hizo en el caso examinado, para luego plantear una única demanda en fecha que, coincidiendo con el vigésimo día hábil desde el último de los despidos, excedía ya del plazo previsto en el art. 59.3 ET para el primero de ellos”.

- k) Despido ad cautelam. El despido cautelar se produce en tanto se tramita la impugnación de un despido anterior. La posibilidad de un segundo despido pende de la ausencia de firmeza del primero<sup>283</sup>. Lógicamente, este nuevo despido responde a motivos distintos al primer despido, que no ha adquirido firmeza por encontrarse en trámite de recurso. El desenlace de la primera decisión extintiva condiciona el segundo despido, pero no viceversa. De ahí que sea considerado el segundo despido realizado como subsidiario y complementario<sup>284</sup>.

#### **4.2 Días hábiles.**

El plazo para reclamar contra el despido es de veinte días hábiles, a contar desde el siguiente al que se hubiera producido. Dicho plazo será de caducidad a todos los efectos y no se computarán los sábados, domingos y los festivos en la sede del órgano jurisdiccional.

El artículo 43 LJS se refiere al tiempo de las actuaciones judiciales. Las actuaciones procesales deberán practicarse en días y horas hábiles. Se realizarán en el término o dentro del plazo fijado para su práctica. Transcurridos éstos, se dará de oficio al proceso el curso que corresponda. Todos los plazos y términos son perentorios e improrrogables<sup>285</sup>, y sólo podrán suspenderse y abrirse de nuevo en los casos taxativamente establecidos en las leyes. Los días del mes de agosto serán inhábiles, salvo entre otras, en la modalidad procesal de despido.

Si la demanda por despido se presenta el último del día del plazo en horas en las que no esté abierto el registro del juzgado puede presentarse en el servicio común procesal, si es que existe en la sede del órgano judicial<sup>286</sup> o, en su caso, podrá efectuarse hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo, en el servicio común procesal creado a tal efecto o, de no existir éste, en la sede del órgano judicial<sup>287</sup>. Este plazo de “gracia” sólo afecta a la presentación de escritos, no siéndole de aplicación al cumplimiento de otros requisitos formales sujetos a plazos<sup>288</sup>.

#### **4.3 Plazo para el ejercicio de la acción.**

---

<sup>283</sup>STS 2 de diciembre de 2014. La justificación de este segundo despido radica en la evitación del transcurso del plazo de prescripción de la falta o faltas por incumplimientos sobrevenidos o que han sido conocidos tras la primera decisión extintiva del contrato de trabajo.

<sup>284</sup> STS 16 de enero de 2009. Supuesto de hecho que plantea la sentencia: recurso interpuesto frente al primer despido, entra en juego o no el segundo despido, realizado con carácter cautelar. El segundo despido pasa a ser operativo si se mantiene la declaración de nulidad del primero, que dio lugar a la readmisión. Ahora bien, si el primero se declara procedente, el contrato queda definitivamente extinguido, por lo que el segundo es privado de cualquier consecuencia.

<sup>285</sup> Salvo los plazos señalados para dictar resolución (artículo 43.3 LJS).

<sup>286</sup> En ningún caso, se admitirá la presentación de escritos en el juzgado que preste el servicio de guardia (artículo 45.2 LJS).

<sup>287</sup> Artículo 45.1 LJS.

<sup>288</sup> Auto TS 31 de enero de 2006. Supuestos de consignación o depósitos en caso de recursos: “...este incumplimiento no encuentra cobertura sanadora del artículo 135.1º LEC.

El ejercicio de la acción contra el despido caducará a los veinte días siguientes de aquel en que se hubiera producido. Los días serán hábiles y el plazo de caducidad a todos los efectos y no se computarán los sábados, domingos y los festivos en la sede del órgano jurisdiccional (artículos 103.1 LJS y 59.3 ET).

La caducidad es apreciable de oficio<sup>289</sup>, aunque no fuere esgrimida como excepción. Significa ello que el juez no podrá pronunciarse sobre el despido<sup>290</sup> si la acción fue ejercitada fuera de plazo<sup>291</sup>. La existencia de un plazo de caducidad para el ejercicio de los derechos no es una mera cuestión formal en nuestro Derecho, sino que afecta a la subsistencia del propio derecho y no sólo a la posibilidad de actuarlo. Tiene su fundamento en la necesidad de no mantener indefinidas las situaciones jurídicas<sup>292</sup>.

El cómputo del plazo es un tema de legalidad ordinaria, salvo que el error en el cálculo de los días adquiera relevancia constitucional por lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva<sup>293</sup>.

#### ***4.4 Suspensión del plazo de caducidad: supuestos.***

Dice el artículo 59.3, 2º párrafo ET que el plazo de caducidad quedará interrumpido por la presentación de la solicitud de conciliación ante el órgano público de mediación, arbitraje y conciliación competente. Dicho enunciado induce a error, ya que la caducidad no se interrumpe, sino que se suspende<sup>294</sup>. La LJS en diferentes pasajes procede a corregir el error conceptual, hablando en ellos de suspensión<sup>295</sup>.

Supuestos legalmente previstos y únicos de suspensión:

##### *A. La conciliación o mediación extrajudicial.*

El artículo 65.1 y 2 LJS se refiere a los efectos de la solicitud de conciliación o de mediación previa, que suspenderá los plazos de caducidad e interrumpirá los de prescripción. El cómputo de la caducidad se reanudará al día siguiente de intentada la conciliación o mediación o transcurridos quince días hábiles, excluyendo del cómputo los sábados, desde su presentación sin que se haya celebrado. En todo caso, transcurridos treinta días, computados en la forma indicada, sin haberse celebrado el acto de

---

<sup>289</sup> STS 17 de julio de 1986.

<sup>290</sup> STC 135/1996.

<sup>291</sup> STS 17 de julio de 1986.

<sup>292</sup> STS 17 de julio de 1986.

<sup>293</sup> STC 135/1996. “El cómputo de la caducidad, puede dar lugar a recurso de amparo cuando la apreciación de la caducidad sea consecuencia de un error en el cómputo del plazo, de una interpretación de la legalidad ordinaria arbitraria o irrazonable o, en fin, de la utilización de un criterio interpretativo desfavorable para la efectividad del derecho fundamental”.

<sup>294</sup> Efecto de la suspensión: tras la reanudación de la suspensión no se reinicia el cómputo, sino que se continúa, considerando a efectos del cómputo los días que fueron consumidos previamente a la suspensión del plazo.

<sup>295</sup> Artículos 21, 65 y 73 LJS.



conciliación o sin haberse iniciado mediación o alcanzado acuerdo en la misma, se tendrá por terminado el procedimiento y cumplido el trámite<sup>296</sup>.

¿Se consideran a efectos del cómputo el día de presentación de la papeleta de conciliación y el de celebración de la conciliación administrativa? La respuesta es la de no computar para determinar ese plazo ni el día en que se interpone la conciliación, ni aquél en que se lleva a cabo<sup>297</sup>. La reanudación del plazo de caducidad se produce al día siguiente hábil a la celebración del acto de conciliación, con la excepción de que la conciliación no haya tenido lugar en día decimoquinto hábil desde que se presentó la solicitud de conciliación. En este caso, el plazo se reanuda el décimosexto día hábil posterior a la presentación de la papeleta de conciliación.

Se permite la presentación de escritos administrativos (solicitud de conciliación administrativa previa) frente a las Administraciones Públicas en el registro electrónico de la Administración u Organismo al que se dirija, oficinas de correos, representaciones diplomáticas o consulares de España en el extranjero, oficinas de asistencia en materia de registros o cualesquiera otros que dispongan las normas vigentes, aunque no sea la sede administrativa del órgano competente para resolver la conciliación. En todos aquellos casos se suspende el plazo de caducidad desde el momento de la presentación en uno de los registros explicitados.

Cuando la solicitud de conciliación no es legalmente exigible, la presentación de la solicitud de conciliación no suspende el cómputo del plazo de caducidad.

La eventual acumulación de acciones que se produce, en los casos de despidos e infracción de derechos fundamentales, exige la presentación de la oportuna solicitud de conciliación. El artículo 184 LJS establece al efecto que las demandas por despido en que se invoque lesión de derechos fundamentales y libertades públicas<sup>298</sup> se tramitarán inexcusablemente con arreglo a la modalidad procesal correspondiente a cada una de ellas, dando carácter preferente a dichos procesos y acumulando en ellos, conforme dispone el artículo 26.2 LJS, las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas con las propias de la modalidad procesal de despido. Es decir, se debe presentar la oportuna solicitud de conciliación y por supuesto que se produce el efecto suspensivo del plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de despido.

### *B. Suscripción de compromiso arbitral.*

El plazo de caducidad se suspende por la suscripción de un compromiso arbitral celebrado en virtud de los acuerdos interprofesionales y los convenios colectivos a que se refiere el artículo 83 ET, o de los derivados de los acuerdos de interés profesional previstos en el artículo 18.4 Ley del Estatuto del trabajo autónomo.

---

<sup>296</sup> STS 28 de diciembre de 2005. La reclamación previa a la vía judicial, siempre que sea necesario interponerla. La suspensión se computa desde que se interpone la reclamación previa hasta que es contestada de forma expresa o transcurre un mes sin haberse notificado resolución alguna en cuyo caso se entiende desestimada la reclamación por silencio administrativo. Validándose, a estos efectos, cuando se haya intentado la conciliación administrativa en vez de la reclamación previa.

<sup>297</sup> STS 29 de octubre de 2014.

<sup>298</sup> El artículo 64 LJS exceptúa del requisito del intento de conciliación los procesos de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas.

Se reanuda su cómputo al día siguiente de adquirir firmeza el laudo arbitral o al de la sentencia firme, si se hubiere interpuesto un recurso judicial de anulación del laudo, conforme dispone el artículo 65.3 LJS.

#### *C. Falta de jurisdicción o de competencia del órgano jurisdiccional.*

En caso de presentación de la demanda de despido ante un juzgado que aprecie falta de jurisdicción o de competencia, o que se estimase incompetente por razón de la materia, del territorio o de la función<sup>299</sup>, se considera suspendido el plazo de caducidad desde la presentación de la demanda hasta la fecha del auto que declare la falta de jurisdicción o competencia adquiera firmeza<sup>300</sup>.

#### *D. Designación de Abogado de oficio.*

La solicitud de designación de abogado de oficio por los trabajadores que, por disposición legal, ostentan el derecho a la asistencia jurídica gratuita supondrá la suspensión del plazo de caducidad para el ejercicio de la acción<sup>301</sup>. Agotado el plazo de 20 días de caducidad desde la fecha del despido, la solicitud de designación de abogado de oficio no produce efecto suspensivo alguno<sup>302</sup>.

#### *E. Supuestos en los que no procede la suspensión del plazo de caducidad.*

- a) La caducidad no juega cuando el juzgado que ha admitido la demanda se declara incompetente por razón del territorio, remitiendo las actuaciones a otro juzgado.
- b) No se suspende el plazo de caducidad de la acción en el caso de presentación de demanda defectuosa que resulte archivada por la no subsanación en el plazo procedente<sup>303</sup>.
- c) El plazo de caducidad no se suspende por encontrarse el trabajador en situación de incapacidad temporal, prisión o detención, ya que el despido puede actuar en cualquier caso por medio de representante<sup>304</sup>.

### **4.5 Especialidades en el cómputo del plazo de caducidad.**

---

<sup>299</sup> STS 29 de enero de 1996. La presentación de una demanda ante un órgano jurisdiccional territorialmente incompetente suspende el plazo de caducidad desde la inicial presentación de la demanda hasta la sentencia firme declarando la incompetencia.

<sup>300</sup> Artículo 5.5 LJS. Si la acción ejercitada estuviere sometida a plazo de caducidad, se entenderá suspendida desde la presentación de la demanda hasta que el auto que declare la falta de jurisdicción o de competencia sea firme.

<sup>301</sup> Artículo 21.4 LJS.

<sup>302</sup> STSJ Galicia 6 de noviembre de 2000.

<sup>303</sup> STS 5 de febrero de 2002.

<sup>304</sup> STS 17 de diciembre de 1986.

### *A. Sucesión de contratos temporales.*

Para el supuesto de hecho de encadenamiento fraudulento de contratos temporales hubo un pronunciamiento del TJUE (C-212/2004, de 4 de julio,) que supuso un cambio de interpretación al respecto. Hoy, el trabajador podrá reclamar por despido contra la finalización del último contrato temporal celebrado, aunque no haya impugnado la finalización de los precedentes, comenzando el plazo de caducidad a partir de la comunicación de finalización del período de tiempo pactado en el último contrato temporal. Además, la mera aplicación del artículo 15.5 ET viene a resolver sin género de dudas la cuestión, en cuanto que convierte en indefinidos a cuantos trabajadores hayan estado contratados “en un periodo de treinta meses durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo puesto de trabajo con la misma empresa, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada”. El matiz contenido en la expresión “con o sin solución de continuidad” conlleva el cómputo de los veinticuatro meses de contratación temporal en un período global de treinta, motivo por el cual las mencionadas “soluciones de continuidad” podrían llegar a tener, en su conjunto, una duración de hasta seis meses durante los cuales, bien el trabajador no hubiera prestado servicios (disfrutando, en su caso, de la correspondiente prestación por desempleo), bien, incluso, los hubiera llevado a cabo a favor de otro empleador distinto<sup>305</sup>.

### *B. Grupo de empresas.*

En el caso de grupo de empresas, si el trabajador presta sus servicios, simultánea o sucesivamente, para las distintas empresas que integran grupo, se plantea el problema de si el cómputo del plazo de caducidad previsto para el despido debe considerarse de forma separada y de manera distinta para cada una de las empresas que puedan resultar demandadas, o, por el contrario, si la unidad, que caracteriza al grupo justifica un tratamiento conjunto de la extinción de la relación laboral que mantienen con el grupo como unidad. Dos situaciones son posibles:

1. Si se trata de un grupo patológico laboral en el cual concurren todos y cada uno de los requisitos establecidos por la jurisprudencia para estimar pertinente la exigencia de solidaridad entre las empresas que lo componen, procede entender que el plazo de referencia no opera de manera distinta para las distintas entidades empresariales que integran la agrupación, pues el hecho del despido es imputable a la unidad económica en su conjunto. Además, el trabajador puede dirigir su demanda contra todas o algunas de las posibles empresas integrantes del grupo:

- a) La presentación de la solicitud de conciliación por parte del trabajador contra una sola de las empresas extenderá los efectos suspensivos de la caducidad respecto del conjunto de todas las que constituyen el grupo.

---

<sup>305</sup> Tascón López, R.: “Reformas en materia de contratación temporal”, en AA.VV. (Fernandez Domínguez, J. J., Dir.): Aspectos puntuales de la Reforma Laboral de 2006, Murcia (Laborum), 2006, páginas 82 y siguientes.

- b) Formulada en plazo la demanda, procede su posterior ampliación para traer al proceso a otras personas u organismos que completen la personalidad del demandado, lo que no constituye una nueva demanda, sino una subsanación de defectos de la inicialmente presentada.

2. Si no ha sido probada la existencia del grupo. La caducidad adquiere plenos efectos.

### *C. Error en la identificación del empresario.*

“Constituye una carga procesal del demandante determinar la legitimación pasiva de la parte demandada”<sup>306</sup>. Atempora el rigor de lo manifestado la propia dicción del artículo 103.2 LJS que manifiesta que “si se promoviese demanda por despido contra una persona a la que erróneamente se hubiera atribuido la condición de empresario, y se acreditase en el juicio que lo era un tercero, el trabajador podrá promover nueva demanda contra éste, sin que comience el cómputo de caducidad hasta el momento en que consta quién sea el empresario”. Ello pretende favorecer al trabajador frente a conductas del empresario que intentan ocultar quien es en realidad el empresario real. En cualquier caso, se exige para con el trabajador el carácter erróneo para este en la identificación del empresario demandado y no malicioso, para así poder acreditar un nuevo cómputo de del plazo de caducidad.

Es necesario que medie un error excusable o no imputable al demandante en la identificación del inicialmente demandado, por cuanto aquél “sólo puede promover nueva demanda cuando demuestre que carecía de elementos para conocer quién era el empresario cuando formuló la demanda”<sup>307</sup>. Y ello es así porque “no puede transformarse la referida causa excepcional de suspensión de efectos de la caducidad en instrumento de subsanación de errores materiales”<sup>308</sup>. Es imprescindible que el trabajador acredite que no existe negligencia o dolo en la defectuosa designación del demandado para intentar limitar los derechos de defensa de éste<sup>309</sup>. Es inaceptable que el propósito sea retrasar el momento del juicio.

El “dies a quo”, ha de ser objeto de una interpretación restrictiva. La carga de la prueba consistente en la acreditación de que el trabajador desconocía quién era su verdadero empresario y se equivocó a la hora de plantear la demanda<sup>310</sup>.

## **5. La demanda**

### *5.1. Requisitos de la demanda.*

El artículo 104 LJS determina los requisitos del contenido de la demanda por despido, a los que hay que añadir los generales de la demanda previstos en el artículo 80 LJS, sobre forma y contenido de la demanda en el proceso ordinario.

---

<sup>306</sup> STSJ Andalucía 3 mayo 2007.

<sup>307</sup> STSJ Cataluña 1 junio 1996.

<sup>308</sup> STSJ Cataluña 26 junio 1996.

<sup>309</sup> STSJ Canarias 17 febrero 1997

<sup>310</sup> STSJ Asturias 18 abril 1997.

El proceso de despido no puede iniciarse de oficio. Sólo es posible su inicio por demanda del trabajador. En cualquier caso, la demanda se formulará por escrito, y habrá de contener los siguientes requisitos generales:

- a) La designación del órgano ante quien se presente, así como la expresión de la modalidad procesal a través de la cual entienda que deba enjuiciarse su pretensión.
- b) La designación del demandante y de aquellos otros interesados que deban ser llamados al proceso.
- c) La enumeración clara y concreta de los hechos sobre los que verse la pretensión y de todos aquellos que, según la legislación sustantiva, resulten imprescindibles para resolver las cuestiones planteadas.
- d) La súplica correspondiente, en los términos adecuados al contenido de la pretensión ejercitada.
- e) Si el demandante litigase por sí mismo, designará un domicilio con indicación completa de todos los datos de identificación del domicilio facilitado, así como número de fax, teléfono y dirección electrónica si dispone de ellos, para la práctica de toda clase de comunicaciones por dichos medios. Si designa letrado, graduado social colegiado o procurador deberá ir suscrita por el profesional, que se entenderá asume su representación con plenas facultades procesales y facilitará los mismos datos anteriores.
- f) Fecha y firma.
- g) Se presentarán por el actor tantas copias como demandados y demás interesados en el proceso haya, así como para el Ministerio Fiscal, en los casos en que legalmente deba intervenir.
- h) A la demanda se acompañará la documentación justificativa de haber intentado la previa conciliación o mediación, o de haber transcurrido el plazo exigible para su realización sin que se hubiesen celebrado, o del agotamiento de la vía administrativa, cuando proceda, o alegación de no ser necesarias éstas.

A los requisitos generales de la demanda, el artículo 104 LJS añade los siguientes:

1. Requisitos relacionados con la prestación del servicio o ejecución del trabajo:
  - a) Antigüedad, concretando los períodos en que hayan sido prestados los servicios.
  - b) Categoría profesional.
  - c) Salario, tiempo y forma de pago.

- d) Lugar de trabajo.
- e) Modalidad y duración del contrato.
- f) Jornada.
- g) Categoría profesional.
- h) Características particulares, si las hubiere, del trabajo que se realizaba antes de producirse el despido.

2. Requisitos relacionados con las circunstancias en las que tuvo lugar el despido:

- a) Fecha de efectividad del despido.
- b) Forma en que se produjo.
- c) Hechos alegados por el empresario, acompañando la comunicación recibida, en su caso, o haciendo mención suficiente de su contenido.

3. Requisitos relacionados con la existencia de circunstancias particulares:

- a) Si el trabajador ostenta, o ha ostentado en el año anterior al despido, la cualidad de representante legal o sindical de los trabajadores, así como cualquier otra circunstancia relevante para la declaración de nulidad o improcedencia o para la titularidad de la opción derivada, en su caso.
- b) Si el trabajador se encuentra afiliado a algún sindicato, en el supuesto de que alegue la improcedencia del despido por haberse realizado éste sin la previa audiencia de los delegados sindicales, si los hubiera.

4. Requisitos exigidos por el convenio colectivo de aplicación relacionados con el despido.

La omisión de requisitos en la demanda de despido es intrascendente para el resultado del juicio y no produce indefensión al empresario. Prevalece el principio del derecho a la tutela judicial efectiva, entendiéndose conforme a la jurisprudencia constitucional que no se produce indefensión al empresario en principio, ya que lo contrario resultaría sumamente desproporcionado la inadmisión de la demanda y el consiguiente archivo de las actuaciones<sup>311</sup>.

---

<sup>311</sup> STC, 231/2012 de 10 de diciembre. El derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24.1 CE, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, comporta, como contenido esencial y primario, el derecho a obtener una resolución judicial razonada y fundada en derecho, sobre el fondo de las pretensiones deducidas por las partes. Como consecuencia de ello, la regla general ha de ser la admisión de la demanda, mientras que, sólo excepcionalmente, previa resolución razonada del juzgado o tribunal basada en una causa legal debidamente acreditada, cabrá su inadmisión, debiendo evitarse interpretaciones rígidas y excesivamente formalistas de los requisitos legales, que resulten inútiles y obstructoras del derecho de acceso al proceso.

## ***5.2 Acumulación de acciones.***

El artículo 26.1 LJS establece el principio general que impide la acumulación entre sí ni a otras distintas en un mismo juicio, ni siquiera por vía de reconvención, de las acciones de despido y demás causas de extinción del contrato de trabajo.

Se establecen no obstante varias excepciones al principio general que impide la acumulación:

### *1. Reclamación de una indemnización adicional de daños y perjuicios.*

El artículo 26.2 LJS dispone la posibilidad de reclamar en los juicios por despidos, cuando deba seguirse dicha modalidad procesal por imperativo de lo dispuesto en el artículo 184 LJS, la indemnización derivada de discriminación o lesión de derechos fundamentales y libertades públicas y demás pronunciamientos propios de la modalidad procesal de tutela de tales derechos fundamentales y libertades públicas, conforme con lo dispuesto en el artículo 183 LJS.

El artículo 179.3 LJS exige en este caso que la demanda exprese con claridad los hechos constitutivos de la infracción del derecho o libertad y la cuantía de la indemnización pretendida, especificando los daños y perjuicios que ha sufrido el trabajador. Salvo en el caso de los daños morales, unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada<sup>312</sup>, deberá establecer las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño, o las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador.

### *2. Reclamación de cantidades debidas al trabajador en la fecha de extinción del contrato.*

Se podrá acumular a la acción de despido la reclamación de cantidades adeudas por el empresario a la fecha de la extinción del contrato y que no fueron entregadas en su totalidad por el empresario al trabajador en concepto de finiquito, conforme dispone el artículo 49.2 ET. Continúa diciendo el artículo 26.3, 2º párrafo que si, por la especial complejidad de los conceptos reclamados, se pudiesen derivar demoras excesivas al proceso por despido, el juzgado podrá disponer, acto seguido de la celebración del juicio, que se tramiten en procesos separados, las pretensiones de despido y cantidad, para lo que dispondrá la deducción de testimonio o copia de las actuaciones y elementos de prueba que estime necesarios, a fin de poder dictar sentencia sobre las pretensiones de cantidad en el nuevo proceso resultante.

---

<sup>312</sup> Se utiliza como criterio orientativo para la determinación de la cuantía del daño el criterio orientador de las sanciones recogidas en la LISOS para las infracciones habidas. Criterio recogido en la STS 5 de octubre de 2017, criterio que ya había sido recogido en la STC 247/2006.

### *3. Despido y extinción voluntaria del contrato conforme al artículo 50 ET.*

Podrán acumularse en una misma demanda, en los términos invocados en el artículo 26.3 LJS, las acciones de despido y extinción del contrato siempre que la acción de despido acumulada se ejercite dentro del plazo establecido para la modalidad procesal de despido.

Cuando para la acción de extinción del contrato de trabajo del artículo 50 ET se invoque la falta de pago del salario pactado, contemplada en el artículo 50.1.b) ET, la reclamación salarial podrá acumularse a la acción solicitando la extinción indemnizada del vínculo, pudiendo, en su caso, ampliarse la demanda para incluir las cantidades posteriormente adeudadas.

### ***5.3 Acumulación de procesos relacionados con la extinción del contrato de trabajo.***

El artículo 32.1 LJS dispone que cuando el trabajador formule por separado demandas por alguna de las causas previstas en el artículo 50 ET y por despido, la demanda que se promueva posteriormente se acumulará a la primera de oficio o a petición de cualquiera de las partes, debiendo debatirse todas las cuestiones planteadas en un solo juicio. A estos efectos, el trabajador deberá hacer constar en la segunda demanda la pendencia del primer proceso y el juzgado que conoce del asunto. Siempre que, en el supuesto planteado, las acciones que se ejerciten estén fundadas en las mismas causas o en una misma situación de conflicto, la sentencia deberá analizar conjuntamente ambas acciones y las conductas subyacentes, dando respuesta en primer lugar a la acción que considere que está en la base de la situación de conflicto y resolviendo después la segunda, con los pronunciamientos indemnizatorios que procedan. Si las causas de una u otra acción son independientes, la sentencia debe dar prioridad al análisis y resolución de la acción que haya nacido antes, atendido el hecho constitutivo de la misma, si bien su estimación no impedirá el examen, y decisión en su caso, de la otra acción.

El éxito de la acción basada en el artículo 50 ET exige que “el contrato esté vivo en el momento de dictarse la sentencia, porque la sentencia tiene en estos supuestos carácter constitutivo y de prosperar la acción declara extinguido el contrato en la misma fecha en la que se dicta” (STS 26 de octubre 2010). A colación con esto, se ha dispuesto por el TS<sup>313</sup> la procedencia de los salarios cuando el caso enjuiciado acuerda la extinción

---

<sup>313</sup> STS 20 de marzo de 2018: “La eficacia constitutiva del pronunciamiento judicial de extinción del contrato por los incumplimientos cometidos por el empresario con anterioridad al despido debe determinar la obligación de pago de los salarios dejados de percibir por el trabajador hasta el momento en que el órgano judicial aprecia la existencia y gravedad de los incumplimientos alegados y declara extinguida la relación laboral por esa causa, sin que a ello sea óbice que en dicho periodo no haya existido prestación de servicios por una decisión empresarial calificada como no ajustada a derecho. Y, en segundo lugar, la declaración de extinción del contrato por tal causa impone que la calificación del despido como improcedente no permita el ejercicio del derecho de opción por parte de la empresa. Esta solución no entra en contradicción con el artículo 56.2 del ET que circunscribe la obligación de pago de los salarios de tramitación derivados de la declaración de improcedencia del despido al supuesto en que el empresario opte por la readmisión, pues en este caso no cabe esa alternativa y la decisión adoptada no encuentra fundamento en el citado precepto, pensado para la hipótesis de que el trabajador haya ejercitado únicamente la acción de despido, sino en los efectos derivados de la estimación de las demandas acumuladas de extinción del contrato por incumplimiento empresarial y de despido y a su necesaria acomodación. Entenderlo de manera distinta significaría privar prácticamente de eficacia jurídica al pronunciamiento estimatorio de la pretensión



de la relación laboral ex art. 50 ET y declara la improcedencia del despido, no encontrándose pues el trabajador prestando servicios en el momento de dictarse la sentencia, porque había sido despedido con anterioridad a este momento, pero con posterioridad a la presentación de la demanda por el trabajador de extinción del contrato invocando el artículo 50 ET.

En procesos por despido, en los términos dispuestos en el artículo 32.2 LJS, el trabajador podrá acumular en la demanda la impugnación de los actos empresariales con efecto extintivo de la relación que le hayan afectado, cuando entre las acciones exista conexión directa y en tanto no haya transcurrido el plazo legal de impugnación de los anteriormente producidos. Con los mismos requisitos se procederá a la asignación en reparto a un mismo juzgado de las demandas contra dichos actos extintivos, si constaren tales circunstancias, o a la acumulación de procesos que se siguieran ante el mismo o distintos juzgados.

## **6. El juicio.**

La modalidad procesal del despido se justifica en parte por su especial régimen jurídico, que se separa del ordinario prevenido en los artículos 85 y siguientes LJS. La primera diferenciación aparece recogida en el artículo 105.1 LJS, cuando dispone que, ratificada la demanda, tanto en la fase de alegaciones como en la práctica de la prueba, y en la fase de conclusiones, corresponderá al demandado exponer sus posiciones en primer lugar. Asimismo, le corresponderá la carga de probar la veracidad de los hechos imputados en la carta de despido como justificativos del mismo<sup>314</sup>.

### **6.1 Alteración del orden de intervención de las partes.**

A pesar de lo dicho, transcripción del artículo 105.1 LJS, es práctica habitual que el juez conceda la palabra en primer lugar al demandante. Desde luego así se hace para que éste se ratifique en la demanda. Este trámite no podrá servir para que el demandante modifique sustancialmente el contenido de la demanda. La infracción de esta norma de procedimiento, consistente en la inversión del orden ordinario en el uso de la palabra, conduciría de producirse a la nulidad de las actuaciones en los casos en los que se acredite indefensión para la demandante<sup>315</sup>.

Nos encontramos en la llamada fase de alegaciones, que tiene este orden, como hemos expuesto:

- a) Ratificación del actor, sin alegaciones ni solicitud de recibimiento del pleito a prueba.

---

resolutoria deducida por el trabajador, de cuyas consecuencias quedaría exonerada la empresa en razón de una actuación unilateral e injustificada, lo que no resulta admisible”.

<sup>314</sup> Artículo 105.1 LJS primer inciso: “ratificada, en su caso, la demanda...”.

<sup>315</sup> STC 43/1989. Es preciso que esta determine una indefensión material por quien la invoca y, en concreto, un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa. Es decir, la indefensión no basta con que sea probable, sino que ha de ser material y efectiva.

- b) Se le da la palabra al demandado, que podrá plantear excepciones previas y contestar a la demanda, finalizando con la solicitud de recibimiento del pleito a prueba.
- c) Se le da turno de palabra al actor para alegaciones y será en ese momento cuando solicite el recibimiento del pleito a prueba.

La inobservancia de la norma de procedimiento conduce a la nulidad de las actuaciones cuando quede acreditada la indefensión, acarreado ello la repetición del juicio. Ahora bien, si la indefensión está meramente aducida, sin haberse probado que la misma fue real y verdadera, de tal forma que el demandante ha podido oponerse a su despido, mediante argumentos expuestos en defensa de su derecho e interés...estima el TS<sup>316</sup> que es innecesaria la repetición, siempre que, en la celebración del juicio, el demandante contara con todas las garantías, a pesar de haber actuado en primer lugar en las tres fases de la vista oral, a sabiendas que se hizo mal. Deberá mantenerse la validez de todas las actuaciones habidas desde que el juicio dio comienzo, ya que no se verificó la indefensión que manifiesta.

## **6.2 Oposición a la demanda.**

Al empresario no se le admitirán en juicio otros motivos de oposición a la demanda que los contenidos en la comunicación escrita de dicho despido<sup>317</sup>. Lo que no se contradice con que el empresario pueda alegar como motivos de oposición excepciones procesales, entre las que cabe mencionar la caducidad de la acción, falta de legitimación pasiva, incompetencia de jurisdicción y falta de acción, que sin género de dudas no figurarán en la carta de despido. Lo que el legislador ha pretendido es resaltar la importancia y finalidad de la carta de despido, como expresión formal y escrita de las causas que motivaron el despido. Por eso, admitir causas de despidos en el acto de juicio, no invocadas con carácter previo en la carta de despido y por lo tanto traídas con posterioridad al proceso, infringe el artículo 24 CE<sup>318</sup>.

Le corresponde al empresario probar la veracidad de los hechos imputados en la carta de despido. En consecuencia, no cabe exigir al trabajador que pruebe la inexistencia de las causas invocadas por el empresario como motivadoras del despido<sup>319</sup>.

## **6.3 La prueba.**

---

<sup>316</sup> STS 24 de septiembre de 2012.

<sup>317</sup> Artículo 105.2 LJS: Para justificar el despido, al demandado no se le admitirán en el juicio otros motivos de oposición a la demanda que los contenidos en la comunicación escrita de dicho despido. Resaltar la STS 7 de febrero de 1990, que impide legar hechos distintos a los contenidos en la carta o, en su caso, la concreción de hechos que han sido incluidos en la carta de forma genérica.

<sup>318</sup> STC 38/1981.

<sup>319</sup> No nos encontramos ante un supuesto de inversión de la carga de la prueba, sino ante la aplicación de la regla de que quién afirma debe probar (STC 130/1998, de 16 de junio).

Corresponde al empresario acreditar que las causas alegadas en la carta son ciertas, no pudiendo complementarlas en el acto del juicio<sup>320</sup>. En la práctica de la prueba, conforme dispone el artículo 105.1 LJS, corresponderá al demandado exponer sus posiciones en primer lugar<sup>321</sup>.

El trabajador deberá acreditar la realidad del despido y de aquellos elementos que van a posibilitar calcular la indemnización: antigüedad y salario en el momento de producirse el despido. Si en el mismo proceso de despido el demandante pide una indemnización adicional por infracción de derechos fundamentales, el trabajador queda obligado a aportar indicios<sup>322</sup> de que se ha producido esa violación y así invertir la carga de la prueba<sup>323</sup>. El trabajador deberá acreditar la existencia de indicio que “debe permitir deducir la posibilidad de que esa vulneración se haya producido”, “que genere una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante afirmación; hechos de los que surja la sospecha lógica y coherente de una discriminación, sin que sea suficiente la mera afirmación de la vulneración”<sup>324</sup>.

Caso complejo en la práctica probatoria es aquel caso de discrepancia entre las partes sobre si el contrato se extinguió por voluntad de empresario o del propio trabajador, incumbiendo la carga de la prueba a la parte que en el proceso alega su versión con el fin de obtener determinados efectos jurídicos (en este caso el demandante) y no a la empresa que simplemente sostiene la otra versión como reacción mantenida por el demandante, oponiéndose a los efectos jurídicos pretendidos de contrario<sup>325</sup>.

## **7. La sentencia.**

### ***7.1 El contenido necesario de los hechos probados.***

En los hechos que se estimen probados en la sentencia deberán hacerse constar las siguientes circunstancias, en los términos dispuestos en el artículo 107 LJS<sup>326</sup>:

---

<sup>320</sup> La redacción del artículo 105.1 LJS, parte de la presunción de la improcedencia del despido...salvo que el empresario consiga acreditar la procedencia del mismo.

<sup>321</sup> Inversión del orden de la práctica de la prueba.

<sup>322</sup> Prueba indiciaria.

<sup>323</sup> El trabajador demandante debe aportar un indicio de prueba en su escrito de demanda, y a la vista de dicho indicio, el juez decidirá si es suficiente para invertir la carga de la prueba y de este modo exigirle a la empresa la acreditación de que sus decisiones o medidas no están fundadas en la discriminación, o dicho de otra manera, una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación alegada, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas (STS 13 de noviembre de 2011). La STC mantienen al respecto que “precisamente, la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador y las especiales dificultades probatorias de su vulneración en aquellos casos constituyen las premisas bajo las que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo”.

<sup>324</sup> STC 125/2008, de 20 de octubre.

<sup>325</sup> STSJ País Vasco 16-5-00

<sup>326</sup> Esas circunstancias están referidas a tres órdenes de materias:

- a) Salario del trabajador, trabajo realizado y condiciones de trabajo.
- b) Fecha y forma del despido.
- c) Haber o no ostentado el trabajador la condición de miembro de la representación unitaria o delegado sindical u otra circunstancia relevante para la declaración de nulidad o improcedencia del despido.

- a) Antigüedad, concretando los períodos en que hayan sido prestados los servicios; categoría profesional; salario, tiempo y forma de pago; lugar de trabajo; modalidad y duración del contrato; jornada; características particulares, si las hubiere, del trabajo que se realizaba antes de producirse el despido.
- b) Fecha y forma del despido, causas invocadas para el mismo, en su caso, y hechos acreditados en relación con dichas causas.
- c) Si el trabajador ostenta o ha ostentado en el año anterior al despido, la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical, así como cualquier otra circunstancia relevante para la declaración de nulidad o improcedencia o para la titularidad de la opción derivada, en su caso.

## ***7.2 La calificación del despido.***

El fallo de la sentencia declarará el despido como procedente, improcedente o nulo. A continuación, el artículo 108 LJS determina los requisitos que llevan a la calificación del despido en los tres sentidos referidos. El artículo 108 LJS deberá ser puesto en relación con el artículo 55 ET, que regula la forma y efectos del despido disciplinario.

## **8. Despido procedente.**

Se declarará el despido como procedente cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en la carta de despido (artículos 108.1 LJS y 55.4 ET). Deberán concurrir en la conducta del trabajador despedido las notas de gravedad y culpabilidad. La jurisprudencia ha analizado convenientemente éstas, disponiendo lo siguiente:

Las dos notas son exigidas cumulativamente. O sea, se exige una conducta responsable del trabajador en el desempeño de su trabajo y que la infracción que cometa sea grave.

- a) La culpabilidad no ha de ser necesariamente dolosa. En consecuencia, se admite la simple falta de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones<sup>327</sup>, debiéndose tener en cuenta las características personales del trabajador<sup>328</sup>.
- b) En el análisis de la gravedad y la culpabilidad deben ponderarse los elementos subjetivos y objetivos del caso en cuestión.
- c) Exigencia de proporcionalidad entre la infracción y la sanción. Se exige en consecuencia un juicio de valor por el juez en relación con la graduación de la

---

<sup>327</sup> STS 24 de marzo de 1988.

<sup>328</sup> STS 14 de octubre de 1987.

falta muy grave, calificada por el empresario<sup>329</sup>, cometida por el trabajador. A tal efecto, son determinantes los criterios jurisprudenciales en cuya virtud “son de aplicación los principios de proporcionalidad y adecuación, entre el hecho, la persona y la sanción, para buscar en la conjunción de todos ellos la auténtica realidad jurídica que de ella nace, a través de un análisis específico e individualizado<sup>330</sup> de cada caso concreto, con pleno y especial conocimiento del factor humano”<sup>331</sup>.

- d) Debe existir ausencia de tolerancia o permisividad en relación con la conducta infractora. De tal forma que si la empresa había creado conciencia de tolerancia de ciertas prácticas, dichas conductas permitidas en el tiempo, no justifican, en caso de realización, un posterior despido.
- e) Deberán ser tenidos en cuenta los antecedentes, si existieran, las circunstancias coetáneas concurrentes y la realidad social.

### **8.1 Efectos.**

Si se estima el despido procedente se declarará convalidada la extinción del contrato que aquél produjo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación (artículo 109 LJS). La sentencia que declara el despido procedente tiene naturaleza declarativa, por lo que la sentencia procede a convalidar la extinción de la relación laboral que había sido fijada en la carta de despido.

En el caso de que el trabajador recurra la sentencia, no se deriva para el empresario obligación alguna en tanto se sustancia el recurso. El tribunal que conozca del recurso puede ratificarlo como procedente o bien modificar el pronunciamiento declarándolo improcedente o nulo.

## **9. Despido improcedente.**

Conforme dispone el artículo 108.1. 2º párrafo LJS, la improcedencia del despido puede provenir del incumplimiento de requisitos de forma previstos en el artículo 55.1 ET o, en su caso, de la falta de acreditación de los incumplimientos alegados por el empresario recogidos en la carta de despido.

Dada la vis atractiva del despido disciplinario sobre cualquier otra causa de despido, tal y como previene el artículo 103.3 LJS, el calificativo de despido improcedente tiene una aplicación extensiva, consistente en aquellos casos en los que el empresario alega una determinada causa extintiva de la relación laboral que no sea de las comprendidas en el artículo 54.2 ET<sup>332</sup>, o bien, cuando no quede acreditado la gravedad

---

<sup>329</sup> El enjuiciamiento del despido deberá abordarse de forma gradualista, buscando la necesaria proporción entre la infracción y la sanción y aplicando un criterio individualizador que valore las circunstancias de cada caso concreto (STS 6 de abril de 1990)

<sup>330</sup> Hechos idénticos pueden ser tratados de forma distintas, según las circunstancias subjetivas y objetivas concurrentes (STS 17 de noviembre de 1988).

<sup>331</sup> STS 29 de marzo de 199.

<sup>332</sup> Se considerarán incumplimientos contractuales:

y culpabilidad del incumplimiento por el trabajador. A colación con ello, el artículo 108.1, 2º párrafo, dispone que, en caso de improcedencia del despido, por no apreciarse que los hechos acreditados hubieran revestido gravedad suficiente, pero constituyeran infracción de menor entidad según las normas alegadas por las partes, el juez podrá autorizar la imposición de una sanción adecuada a la gravedad de la falta, de no haber prescrito la de menor gravedad antes de la imposición empresarial de la sanción de despido. Sanción que el empresario podrá imponer en el plazo de caducidad de los diez días siguientes a la firmeza de la sentencia, previa readmisión del trabajador y siempre que ésta se haya efectuado en debida forma. La decisión empresarial será revisable a instancia del trabajador, en el plazo, igualmente de caducidad, de los veinte días siguientes a su notificación, a través de incidente de ejecución de la sentencia de despido, conforme al artículo 238 LJS.

La calificación de la improcedencia del despido por cuestiones de forma está previsto en el artículo 55.4 “in fine” ET, cuando dice que el despido será improcedente en caso contrario (cuando no pueda ser calificado como procedente<sup>333</sup> o nulo<sup>334</sup>) o cuando en su forma no se ajustara a lo establecido en el artículo 55.1 ET. Es decir, los incumplimientos formales que califican el despido como improcedente son:

- a) El despido deberá ser notificado por escrito al trabajador<sup>335</sup>, haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos<sup>336</sup>. En principio, ha de entenderse que el receptor deberá serlo el propio trabajador despedido. Pero puede ser que no sea posible la localización del trabajador o bien, que se niegue a su recepción, en cuyo caso podrá hacerse entrega por el empresario a

---

a) Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo.

b) La indisciplina o desobediencia en el trabajo.

c) Las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos.

d) La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.

e) La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado.

f) La embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo.

g) El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa.

<sup>333</sup> El despido se considerará procedente cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación (artículo 54.1 ab initio”).

<sup>334</sup> Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador (artículo 55.5 ET).

<sup>335</sup> Se considera cumplida si el empresario recurre a fórmulas que pueden considerarse válidas para que la decisión llegue a conocimiento del trabajador (STS 17 de mayo de 2000). Supuesto de comunicación de la carta por medio de correo electrónico, WhatsApp o similar, la STS 19 de mayo de 2015, indicó que “la prueba de una comunicación bidireccional mediante cualquiera de los múltiples sistemas de mensajería instantánea debe ser abordada con todas las cautelas. La posibilidad de una manipulación de los archivos digitales mediante los que se materializa ese intercambio de ideas forma parte de la realidad de las cosas. El anonimato que autorizan tales sistemas y la libre creación de cuentas con una identidad fingida, hacen perfectamente posible aparentar una comunicación en la que un único usuario se relaciona consigo mismo”. O lo que es lo mismo, supuesto de que el trabajador niegue haber recibido ninguna comunicación de despido por correo electrónico o WhatsApp, será preciso que el empresario lo acredite mediante una pericial técnica, en este caso informática, que verifique la titularidad del emisor y la del destinatario, el contenido de la comunicación –y de sus posibles archivos adjuntos– y las fechas de emisión y de recepción, así como la ausencia de manipulación alguna en su envío.

<sup>336</sup> La fecha de efectos del despido, determina el inicio del cómputo de la caducidad de la acción de despido. En cualquier caso, puede sustituirse una fecha cierta, por un determinado evento que indique con claridad el momento de efectos del despido. STSJ País Vasco, 19 de noviembre de 2019.

persona relacionada con el entorno del trabajador. La aceptación del finiquito<sup>337</sup> por el trabajador, no supone necesariamente que el trabajador acepte la extinción del vínculo contractual por mutua acuerdo. Para que así lo fuera, el finiquito deberá disponer de una declaración unilateral del trabajador, por la que el trabajador extingue el vínculo contractual, o bien basarse la extinción de la relación de trabajo e de manera inequívoca en el mutuo acuerdo de las partes<sup>338</sup>.

- b) Por convenio colectivo podrán establecerse otras exigencias formales para el despido<sup>339</sup>. Pueden establecer el derecho de opción en favor de los trabajadores, pero en ningún caso pueden limitar la opción a la readmisión o la indemnización, ya que ello frustraría como tal el derecho de opción entre ambas posibilidades<sup>340</sup>.
- c) Cuando el trabajador fuera representante legal de los trabajadores o delegado sindical procederá la apertura de expediente contradictorio, en el que serán oídos, además del interesado, los restantes miembros de la representación a que perteneciere, si los hubiese.
- d) Si el trabajador estuviera afiliado a un sindicato y al empresario le constase, deberá dar audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical correspondiente a dicho sindicato.

La falta de constatación en la carta de despido de los hechos que motivan el despido se recoge de manera expresa en el artículo 55.1 ET. Su insuficiencia se deduce del artículo 105.2 LJS, cuando impide al demandado la utilización en el juicio de otros motivos de oposición a la demanda que los contenidos en la comunicación escrita de dicho despido. O sea, la suficiencia descriptiva de hechos que determinan los incumplimientos graves y culpables por el trabajador<sup>341</sup> son exigidos por el legislador, ya que lo contrario causa indefensión al demandante despedido. Ello no quiere decir “que se exija una pormenorizada descripción de aquellos, sí exige que la comunicación escrita proporcione al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan para que...pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los

---

<sup>337</sup> Se denomina “finiquito”, o “recibo de saldo y finiquito” al documento firmado por empresario y trabajador en el que se declara concluida la relación laboral y liquidadas las deudas y obligaciones pendientes (STS 26 de junio de 2007). El finiquito constituye un negocio jurídico de extinción del contrato de trabajo y satisfacción recíproca de deudas y obligaciones pendientes, suscrito por el empresario y trabajador. No puede suponer renuncia de derechos indisponibles para el trabajador. El finiquito despliega sus efectos para ambas partes, quedando liberadas e impidiendo el posterior ejercicio de acciones en reclamación de los conceptos y obligaciones contenidas en él. Lo habitual es formalizarlo tras la extinción de contrato por mutuo acuerdo.

<sup>338</sup> Es habitual que en el propio finiquito se incorpora una manifestación de las partes de no deberse nada entre sí y de renuncia a toda acción de reclamación (STS 28 de febrero de 2000).

<sup>339</sup> Su incumplimiento puede dar lugar a la calificación del despido como improcedente (STSJ de Cataluña 22 de noviembre de 2019). STS (u.d) 3 de abril de 2018: el incumplimiento de las exigencias formales establecidas por el convenio colectivo para el despido, al igual que sucede con las del ET, también determina la improcedencia del despido.

<sup>340</sup> STS (u.d) 2 de febrero de 2002.

<sup>341</sup> “No se exige exhaustividad como tal en la descripción de los hechos, sino indicación clara y concreta de los mismos...para que el trabajador pueda articular su defensa” (STS (u.d) 22 de febrero de 1993).

medios de prueba que juzgue conveniente para su defensa”<sup>342</sup>. Por eso, mantiene la jurisprudencia que esta circunstancia antes descrita no se cumple si la carta de despido “sólo contiene imputaciones genéricas e indeterminadas, que perturben gravemente aquella defensa y atenta al principio de igualdad entre partes, al constituir esa ambigüedad una posición de ventaja de la que puede prevalecerse la empresa en oposición a la demanda del trabajador”<sup>343</sup>.

Se admite que la carta de despido se remita en lo concerniente a la descripción de los hechos a los que ya figuran en el expediente contradictorio previamente instruido<sup>344</sup>.

Si el despido se realizara inobservando lo establecido en el artículo 55.1 ET, el empresario podrá realizar un nuevo despido en el que cumpla los requisitos omitidos en el precedente. Dicho nuevo despido (subsanción)<sup>345</sup>, que solo surtirá efectos desde su fecha, solo cabrá efectuarlo en el plazo de veinte días, a contar desde el siguiente al del primer despido. Al realizarlo, el empresario pondrá a disposición del trabajador los salarios devengados en los días intermedios<sup>346</sup>, manteniéndole durante los mismos en alta en la Seguridad Social<sup>347</sup>. Lo que no debe ser confundido con la formalización de un nuevo despido<sup>348</sup>, cuando se ha notificado la sentencia (primer despido), declarado improcedente por incumplimiento de los requisitos de forma establecidos y se hubiese optado por la readmisión, podrá efectuarse un nuevo despido<sup>349</sup> dentro del plazo de siete días desde la notificación de la sentencia. Dicho despido no constituirá una subsanción del primitivo acto extintivo, sino un nuevo despido, que surtirá efectos desde su fecha<sup>350</sup>.

Cuestión diferente de las planteadas en el anterior párrafo es aquella en la que el empresario en fase de conciliación readmite al trabajador despedido con infracción de procedimiento, volviéndolo a despedir posteriormente. En el caso ahora planteado, reflejado en el informe del Ministerio Fiscal, incorporado en la STS (u.d) 14 de abril de 2000, “una vez reincorporado el trabajador a su puesto de trabajo, la primera acción de

---

<sup>342</sup> STS 18 de enero de 2000.

<sup>343</sup> STS 18 de enero de 2000 y STS (u.d) 28 de abril de 1997.

<sup>344</sup> STS 5 de julio de 1990.

<sup>345</sup> A efectos de caducidad, el primer despido queda sin efecto por la posterior carta de despido que subsana la anterior, anulándola. Este nuevo despido (segunda carta de despido), deberá ser interpretado en el sentido de que el plazo de caducidad comienza a contar desde la fecha de recepción de la carta de despido (STS (u.d) 14 de abril de 2000).

<sup>346</sup> El requisito consistente en poner a disposición del trabajador de los salarios devengados en los días que van desde la fecha del despido (primera carta de despido o conducta inequívoca del empresario y la segunda carta de despido), parece como si el ET (artículo 55.2), lo que hace es adicionar un nuevo requisito, amén de la carta de despido, cuyo incumplimiento deberá o no, suponer la calificación del despido como improcedente (STSJ Galicia 7 de octubre de 2019).

<sup>347</sup> Artículo 55.2 ET. Exige que el segundo despido se haga dentro de los veinte días, a contar desde el siguiente al del primer despido, para que surtan los efectos. No hay sentencia del primero. Pretende subsanar los defectos formales del primero.

<sup>348</sup> STS 10 de octubre de 2017 ha procedido a aclarar que lo recogido en el artículo 110.4 LJS resulta de aplicación no sólo para casos de despidos disciplinarios sino también para casos de despidos por causas objetivas y si, además, es posible llevar a cabo un despido por los mismos hechos o similares pasado ese plazo de 7 días.

<sup>349</sup> Si la segunda carta imputa al trabajador hechos posteriores a los que provocaron el primer despido, no debemos suponer la mera subsanción de la primera carta con la segunda carta de despido. Esta representa un segundo despido, independiente del primero. En este caso, el plazo de caducidad comienza a contar desde la fecha en que se manifestó la voluntad de despedir (STS (u.d) 14 de abril de 2000).

<sup>350</sup> Artículo 110.4 LJS. No hay subsanción del primer despido. Hay un segundo despido. Hay sentencia sobre el primero, que precisamente dispone el defecto de forma.



despido se había agotado y los efectos de ese despido, han desaparecido, por lo que la actividad posterior tendente a despedir no entraña una subsanación del despido precedente”.

## ***9.2 Especiales formas del despido del representante legal de los trabajadores.***

Cuando el trabajador fuera representante legal de los trabajadores o delegado sindical procederá la apertura de expediente contradictorio, en el que serán oídos, además del interesado, los restantes miembros de la representación a que perteneciere, si los hubiese. A la demanda deberá incorporarse el expediente contradictorio legalmente exigido (artículos 55.1 ET y 106.2 LJS).

La exigencia de expediente contradictorio es recogida en el artículo 68 ET, que regula las garantías de los miembros de la representación unitaria de los trabajadores. Sus apartados a) y c) exigen la apertura de expediente contradictorio en el supuesto de sanciones por faltas graves o muy graves, en el que serán oídos, aparte del interesado, el comité de empresa o restantes delegados de personal. Como segunda garantía ínsita en el referido artículo 68 ET, a no ser despedido ni sancionado durante el ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a la expiración de su mandato, salvo en caso de que esta se produzca por revocación o dimisión, siempre que el despido o sanción se base en la acción del trabajador en el ejercicio de su representación. Es exigible ello al margen de que la causa del despido esté o no conectada con el ejercicio del cargo representativo. El Constitucional amplió dicha exigencia a los que se presentaron como candidatos a las elecciones a miembros del comité de empresa o delegados de personal. El Supremo, también amplió la exigencia a los suplentes de los representantes legales titulares. Ahora bien, en ambos supuestos, el expediente es exigible hasta que se dé por terminado el correspondiente proceso electoral.

“El expediente disciplinario que exige el art. 68.a) ET para poder imponer a los representantes unitarios de los trabajadores en la empresa alguna sanción por faltas graves o muy graves, consiste esencialmente en la realización de una serie de trámites en los que se ha de dar noticia al expedientado de los hechos que se le imputan y también se le ha de dar la oportunidad de contestar a tales imputaciones; y aunque en estos expedientes se pueden practicar pruebas, y con frecuencia se lleva a cabo en ellos una actividad probatoria, esto no es requisito esencial para su validez y efectividad, y menos aún que en cada uno de tales expedientes se abra formalmente un período para la práctica de la prueba. Lo que exige e impone la naturaleza y fines de este expediente es que el afectado conozca los hechos que se le imputan y pueda formular las pertinentes alegaciones en contra, amén de que se oiga a los demás miembros del Comité o Delegados de personal, como prescribe el artículo 68.a) ET, pero esa exigencia no alcanza a la realización o práctica de pruebas ni a la existencia de un período probatorio, como fase diferenciada y específica dentro de la tramitación de aquél, máxime cuando el momento en que propiamente se ha de llevar a cabo la pertinente actividad probatoria es en el proceso judicial correspondiente, en el que puede efectuarse una prueba extensa y detallada”<sup>351</sup>.

---

<sup>351</sup> STS 25 de septiembre de 2015.

Son exigibles las siguientes formas<sup>352</sup> en la tramitación del expediente contradictorio:

- a) Plazo para la incoación del expediente contradictorio. Debe realizarse antes de la imposición de la sanción (en este caso de despido), como trámite necesario para poder llevar a cabo el despido disciplinario. A la luz de la jurisprudencia, el plazo que consideramos mínimo son 72 horas.
- b) El expediente contradictorio dirigido al representante legal o sindical de los trabajadores, debe contener los hechos que se le imputan al expedientado, dándosele un plazo a este para que responda o alegue lo que considere oportuno, respetándose así las garantías de contradicción, audiencia y defensa<sup>353</sup>.
- c) Debe darse traslado igualmente de la propuesta de sanción a los restantes miembros del comité o delegados sindicales<sup>354</sup>.
- d) No es necesario el nombramiento de instructor y secretario si no se establece en el convenio aplicable o en el contrato.
- e) No se exige un especial trámite de apertura, ni que se celebre en la tramitación del expediente contradictorio una especie de antejuicio, con fases de alegaciones, prueba y decisión<sup>355</sup>.
- f) La incoación del expediente interrumpe la prescripción de la falta que se trata de sancionar<sup>356</sup>.
- g) No existe plazo expreso para su finalización, salvo que el convenio colectivo de aplicación disponga otra cosa. No existiendo plazo expreso, el plazo para su finalización deberá ser uno razonable y proporcionado a los fines que se persiguen<sup>357</sup>.
- h) Si el expediente finaliza con la imposición de la sanción de despido, el empresario deberá notificar el despido, mediante la oportuna carta de despido, que deberá reunir los requisitos generales. Cabe la remisión, en la carta, a los hechos que ya figuran en el expediente contradictorio.

### ***9.3 Despido de trabajadores afiliados a un sindicato.***

Exige el artículo 55.1 ET dar audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical correspondiente al sindicato al que estuviese afiliado el trabajador

---

<sup>352</sup> STS 25 de septiembre de 2015.

<sup>353</sup> TSJ de Castilla-León 18 de febrero de 2015 entendió que el plazo de 72 horas para emitir alegaciones era suficiente.

<sup>354</sup> STS 12 de julio de 2006: esta audiencia debe ser previa al despido y con tiempo suficiente para poder articular una efectiva defensa preventiva.

<sup>355</sup> STS 16 de noviembre de 1987.

<sup>356</sup> STS 19 de diciembre de 1990.

<sup>357</sup> STS 30 de octubre de 1990.

despedido. La comunicación al delegado sindical de la intención empresarial de proceder al despido debe considerarse un requisito previo al despido. Por lo tanto, ni equivale al despido, ni tampoco a la carta de despido.

La audiencia previa debe practicarse con el delegado sindical en la empresa. La comunicación al sindicato de afiliación del trabajador no suple el cumplimiento de la obligación prevenida en el artículo 55.1 ET, consistente como hemos dicho en darle audiencia al delegado sindical. Lógicamente, para que al empresario se le pueda exigir la obligación deberá tener constancia previa de la afiliación del trabajador. Lo que exige, pues, la previa puesta en conocimiento por el trabajador al empresario de la cuestión.

La obligación de dar audiencia no se refiere a cualquier representante sindical en el seno de la empresa, sino sólo al delegado sindical que goza de las prerrogativas previstas en el artículo 10.1 LOLS. La referencia a los “delegados sindicales” contenida en el artículo 55.1 del ET, que regula las garantías en caso de despido disciplinario, no viene acompañada de mayor precisión en ella. La especificación, por tanto, de quiénes sean esos “delegados sindicales” o esa “sección sindical correspondiente” ha de venir de la mano de la norma que establece esas instituciones. Es la Ley Orgánica de Libertad Sindical, de 2 de agosto (LOLS) la que disciplina la libertad sindical y por ende la encargada de considerar quienes son los delegados sindicales que gozan de protección en la misma y, en consecuencia, aquellos que gozan de la prerrogativa referida en el artículo 55.1 ET (dar audiencia al delegado sindical de la sección sindical). En consecuencia, serán delegados sindicales de la sección sindical aquellos que cumplen los requisitos del artículo 10.1 LOLS. De tal forma que sólo estos son los que deben ser oídos antes del despido disciplinario que afecte a cualquiera de los afiliados al sindicato que representa en la empresa el delegado sindical, como miembro de la sección sindical. De donde debemos colegir que no basta cualquier identificación conceptual aproximativa a cualquier tipo de representación en el seno de la empresa para incardinarlos como delegados sindicales integrantes de la sección sindical expresamente prevista en el artículo 101 LOLS. “Si la norma hubiera querido ser genérica, abarcando todos los supuestos de afiliados, cualquiera que sea el modo en que se organice el sindicato, no habría utilizado unos términos tan específicos como los de secciones y delegados sindicales. Si la norma hubiera querido abrir el trámite a favor de las personas afiliadas a cualquier sindicato, habría residenciado la audiencia en las secciones y no en los delegados de las respectivas secciones”<sup>358</sup>. Lo que quiere decir que, en empresas con menos de 250 trabajadores, no habrá secciones sindicales de las aludidas en el artículo 10.1 LOLS<sup>359</sup>.

La audiencia al delegado sindical interrumpe el plazo de prescripción de la falta imputada al trabajador<sup>360</sup>.

---

<sup>358</sup> STS 9 de mayo de 2018.

<sup>359</sup> En las empresas o, en su caso, en los centros de trabajo que ocupen a más de 250 trabajadores, cualquiera que sea la clase de su contrato, las secciones sindicales que puedan constituirse por los trabajadores afiliados a los sindicatos con presencia en los comités de empresa o en los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones públicas estarán representadas, a todos los efectos, por delegados sindicales elegidos por y entre sus afiliados en la empresa o en el centro de trabajo.

<sup>360</sup> STS (u.d) 16 de octubre de 2001.

#### **9.4 Efectos del despido.**

El artículo 56 ET regula los efectos del despido calificado improcedente. Cuando el despido es calificado así, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades<sup>361</sup>.

La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo.

Si el despido se refiere a un trabajador con contrato temporal y el contrato vence (llega a término) antes del pronunciamiento judicial que califica el despido improcedente, no siendo posible la readmisión, sólo cabe la indemnización<sup>362</sup>.

En caso de que se opte por la readmisión<sup>363</sup>, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación<sup>364</sup>. Estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.

En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera. Podrá la parte demandante, conforme dispone el artículo 110.1.b) LJS, solicitar que, si le constare que la readmisión no es posible, en caso de improcedencia del despido, se acuerde tener por hecha la opción por la indemnización en la sentencia, declarándose extinguida la relación laboral en la sentencia, condenando al empresario al abono de la indemnización por despido.

Es posible, no necesario, que el empresario (titular de la opción entre readmisión o empresario legalmente dispuesta con carácter general), o en su caso, cuando el derecho de opción compete al trabajador<sup>365</sup>, por disponerse así legalmente o por convenio

---

<sup>361</sup> Disposición transitoria undécima ET, regula la indemnización por despido improcedente de los contratos formalizados con anterioridad al 12 de febrero de 2012. Esta se calculará a razón de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, y a razón de treinta y tres días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior, prorrateándose igualmente por meses los periodos de tiempo inferiores a un año. El importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a setecientos veinte días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el periodo anterior al 12 de febrero de 2012 resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará este como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a cuarenta y dos mensualidades, en ningún caso.

<sup>362</sup> STS (u.d) 29 de enero de 1997.

<sup>363</sup> La opción deberá ejercitarse mediante escrito o comparecencia ante la oficina del juzgado, dentro del plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia que declare el despido improcedente, sin necesidad de esperar a la firmeza de la sentencia.

<sup>364</sup> La sentencia podrá fijar su importe o en su caso determinar la fórmula genérica de condena de salarios de tramitación.

<sup>365</sup> El modo de efectuar el derecho de opción lo llevará a cabo por escrito o compareciendo ante la oficina del juzgado, en el plazo de cinco días desde su notificación.

colectivo<sup>366</sup>, que en el acto del juicio, anticipen uno u otro su decisión sobre la opción, para el supuesto de que el despido sea calificado improcedente<sup>367</sup>. El juez deberá pronunciarse sobre tal extremo en la sentencia. También, si en el acto del juicio constase la imposibilidad de la readmisión, el demandante podrá exigir que se tenga por realizada la opción por la indemnización y se condenase al empresario al cálculo de la indemnización hasta la fecha de la sentencia<sup>368</sup>.

Algunas cuestiones que pueden ser de interés en este tipo de despidos:

- a) No se cumplen las formalidades exigidas legal o convencionalmente<sup>369</sup>, como por ejemplo la falta de comunicación escrita del despido o la indebida descripción de los hechos en la carta de despido, incluyendo la falta de determinación de la fecha de efectos del despido.
- b) Omisión del expediente contradictorio en el despido de un representante legal de los trabajadores o la omisión en la necesaria audiencia a los delegados sindicales en el despido de un trabajador afiliado a un sindicato<sup>370</sup>.
- c) Omisión de la causa o insuficiencia de descripción de la misma, denominados sin causa o fraudulentos por su omisión o insuficiencia, constituyen despidos improcedentes<sup>371</sup>, no nulos, con la excepción de que acreditado el móvil de alguna causa de discriminación o infracción de derechos fundamentales o libertades públicas.
- d) No se acredita el incumplimiento o el incumplimiento acreditado y recogido en la carta de despido, carece de la suficiente gravedad para calificar el despido como procedente<sup>372</sup>.
- e) Resultan compatible la percepción de la indemnización cuando el despido es calificado improcedente y el percibo de la prestación de IPT que ya tenía reconocida durante la ejecución del contrato<sup>373</sup>.

---

<sup>366</sup> STS 12 de julio de 1994. Se admite la legalidad de la cláusula convencional que atribuye a los trabajadores que fueron despedidos y cuyo despido fue calificado improcedente ejercitar el derecho de opción previsto en la cláusula.

<sup>367</sup> Artículo 110.1.a) LJS: a) En el acto de juicio, la parte titular de la opción entre readmisión o indemnización podrá anticipar su opción, para el caso de declaración de improcedencia, mediante expresa manifestación en tal sentido, sobre la que se pronunciará el juez en la sentencia, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 111 y 112 LJS.

<sup>368</sup> Artículo 110.1.b) LJS: A solicitud de la parte demandante, si constare no ser realizable la readmisión, podrá acordarse, en caso de improcedencia del despido, tener por hecha la opción por la indemnización en la sentencia, declarando extinguida la relación en la propia sentencia y condenando al empresario a abonar la indemnización por despido, calculada hasta la fecha de la sentencia.

<sup>369</sup> STS 15 de mayo de 2012.

<sup>370</sup> STSJ Canarias 20 de junio de 2011.

<sup>371</sup> STSL Canarias. 27 de abril de 2004.

<sup>372</sup> STS 2 de enero de 1991.

<sup>373</sup> STS 20 de septiembre de 2012.

- f) La opción ejercitada por la única empresa condenada en la instancia, es extensible a la empresa o empresas condenadas solidariamente en suplicación<sup>374</sup>.

*A. Derecho de elección por el representante legal, ante la improcedencia del despido.*

El artículo 56.4 ET dice que si el despedido fuera un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, la opción corresponderá siempre a este. De no efectuar la opción, se entenderá que lo hace por la readmisión. Cuando la opción, expresa o presunta, sea en favor de la readmisión, esta será obligada. Tanto si opta por la indemnización como si lo hace por la readmisión, tendrá derecho a los salarios de tramitación a los que se refiere el artículo 56.2 ET.

Tienen derecho de opción como si de representante de los trabajadores se tratase, el caso de un trabajador que ha sido elegido en el tránsito del despido y el acto del juicio. También, cuando se despide a un candidato en el proceso electoral, que posteriormente resulta elegido. Ahora bien, si en el momento del despido el trabajador no había manifestado su intención de concurrir a las elecciones y no había formalizado su candidatura<sup>375</sup>, no opera la extensión del derecho que asiste a los representantes de los trabajadores, como garantía ante el despido, que se materializa en el derecho de opción entre readmisión o indemnización, cuando el despido fue calificado improcedente.

En el caso de que el representante no optase expresamente, se considera que opta por la readmisión.

*B. Opción por la readmisión.*

La cuestión objeto de análisis aparece regulada en ejecución de sentencias firmes por despido (artículo 278 LJS). A tal efecto, se dispone que si el empresario optó por la readmisión deberá comunicar por escrito al trabajador, dentro de los diez días siguientes a aquel en que se le notifique la sentencia, la fecha de su reincorporación al trabajo, para efectuarla en un plazo no inferior a los tres días siguientes al de la recepción del escrito. En este caso, serán de cuenta del empresario los salarios devengados desde la fecha de notificación de la sentencia que declare la improcedencia hasta aquella en la que tenga lugar la readmisión, salvo que, por causa imputable al trabajador, no se hubiera podido realizar en el plazo señalado.

Si el trabajador rechaza el ofrecimiento de readmisión, se entiende entonces que el trabajador ha dimitido o solita la baja voluntaria. En este caso, el trabajador mantiene el derecho al percibo del salario de tramitación.

Si a pesar de haberlo comunicado, el empresario no procede a la readmisión o esta no se produce en las mismas condiciones que existían antes del despido, el trabajador

---

<sup>374</sup> STSJ País Vasco 5 de diciembre de 1995.

<sup>375</sup> STS 22 de febrero de 2018.

deberá iniciar el proceso de readmisión irregular<sup>376</sup> previsto en ejecución de sentencias (artículo 281.2 LJS). Sin embargo, se produce una excepción a lo manifestado anteriormente. Es el supuesto en el que por causas sobrevenidas al despido no es posible la readmisión al trabajador despedido en el mismo centro de trabajo o realizando las mismas funciones que desarrollaba en el momento del despido. En este caso, se permite que la reincorporación lo sea a otro centro de trabajo o realizando diferentes funciones de las que venía haciendo cuando fue despedido, pero con la exigencia que las mismas estén incardinadas en el mismo grupo profesional al que pertenece el trabajador<sup>377</sup>.

Situaciones donde no es posible la readmisión por imposibilidad manifiesta:

Despido de un contratado temporalmente. El despido se produce vigente el contrato temporal, pero la sentencia es notificada cuando el contrato había fenecido por cumplimiento del término<sup>378</sup>.

Se produce el cese de actividad con posterioridad al despido, pero antes de la notificación de la sentencia. Ante la imposibilidad de la readmisión, la jurisprudencia ha adoptado una posición similar a la contemplada en el número anterior, referido a un contrato temporal, esto es, indemnizar por salarios de trámite hasta la fecha de la sentencia y condenar al empresario a indemnizar por despido improcedente<sup>379</sup>.

Supuestos de imposibilidad de readmisión por causas imputables al trabajador. Entre otras, el otorgamiento de una pensión de invalidez permanente incompatible con el trabajo el trabajo que venía desarrollando en la empresa<sup>380</sup>. Ahora bien, si el trabajador con posterioridad al despido, pero antes de la sentencia pasa voluntariamente a la situación de jubilación anticipada, el empresario, sigue manteniendo en su plenitud el derecho de opción, entre readmisión e indemnización<sup>381</sup>.

---

<sup>376</sup> Artículo 281.2 LJS. El juez dictará auto en el que: a) declarará extinguida la relación laboral en la fecha de dicha resolución y b) acordará se abone al trabajador las percepciones económicas previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 56 del ET. En atención a las circunstancias concurrentes y a los perjuicios ocasionados por la no readmisión o por la readmisión irregular, podrá fijar una indemnización adicional de hasta quince días de salario por año de servicio y un máximo de doce mensualidades. En ambos casos, se prorratearán los periodos de tiempo inferiores a un año y se computará, como tiempo de servicio el transcurrido hasta la fecha del auto. Además, condenará al empresario al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha de la notificación de la sentencia que por primera vez declare la improcedencia hasta la de la mencionada solución.

<sup>377</sup> STS 18 de enero de 2017.

<sup>378</sup> STS 28 de abril de 2010. No es posible la reincorporación porque el contrato ha llegado a su término, fecha hasta la que se deben los salarios de tramitación devengados.

<sup>379</sup> STS 21 de julio del 2016. la solución está en “reconocer el derecho al percibo de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la fecha de la extinción laboral, solución seguida también en STS 28 de enero de 2013, STS 27 de diciembre de 2013, en supuestos singulares de imposibilidad de readmisión”.

<sup>380</sup> STS 23 de febrero de 2016: “el hecho de que la declaración de IPT posterior al despido hizo inviable la posibilidad de readmitir a la trabajadora, el único término admisible de condena no es ya la opción - readmitir o indemnizar que con carácter general contempla el art. 56.1 ET, sino que ha de imponerse al empresario la única obligación que tras la declaración de IPT resulta factible, la de indemnizar en los términos legales a la empleada despedida”.

<sup>381</sup> STS 23 de febrero de 2016. No puede verse condicionado el empresario, por un acto voluntario del demandante, realizado en el ámbito de su libertad.

Si la opción por la readmisión la efectúa el trabajador<sup>382</sup>, será el juez quien tomará la decisión de requerir al empresario, para que reponga al trabajador en su puesto de trabajo en el plazo de tres días.

### *C. Opción por la indemnización.*

Cuando el despido sea declarado improcedente y el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, opta por el abono de una indemnización, esta debe calcularse, atendiendo a dos estadios temporales diferenciados. Antes del 12 de febrero de 2012, el cálculo indemnizatorio, aparece contemplado en la Disposición transitoria undécima ET, que recoge el régimen jurídico de la indemnización por despido calificado improcedente vigente hasta esa fecha, equivalente a 45 días por año de servicios y hasta un máximo de 42 mensualidades. A partir del 12 de febrero de 2012, rige el actual régimen jurídico de la indemnización, prevenida en el artículo 56.1 ET equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades, salvo que del cálculo de la indemnización por el periodo anterior al 12 de febrero de 2012 resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará este como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a cuarenta y dos mensualidades, en ningún caso.

La indemnización prevista legalmente (ET o normativa específica para las relaciones laborales especiales) cede en beneficio de aquella que se encuentra prevista convencionalmente o fruto del acuerdo de las partes en el contrato de trabajo, de ser estas últimas mayores en su cuantía<sup>383</sup>. Nada obsta a que a que el trabajador aumente la cantidad a percibir en concepto de indemnización por despido (llamados habitualmente “blindajes”). Ahora bien, siendo absolutamente posible dicho pacto de blindaje, la normativa tributaria y de Seguridad Social, sólo declaran exentas las cuantías abonadas hasta el límite legal. Es decir, todo lo que exceda de la cantidad calculada conforme dispone el artículo 56.1 ET, y lo que pase del límite dispuesto en el artículo 7 Ley Impuesto Personas Físicas (LIPF), no se consideran exentas. Lo que se sujete al límite previsto en el artículo 56.1. ET y no alcance la cantidad de 180.000 €, estará exenta de tributación al IRPF.

El cálculo de la cuantía a indemnizar utiliza el salario que correspondería al trabajador en el momento del despido<sup>384</sup>, incluyendo el salario base y los pluses, tanto personales como de puesto de trabajo, que conformen el salario habitual del trabajador. La cantidad comprende las percepciones fijas de naturaleza mensual, incluidas las pagas extraordinarias, como aquellas otras que son devengadas en períodos superiores al mes, con independencia de su forma de cobro. En este caso hay que incluir las cantidades así percibidas durante los 12 meses anteriores al despido<sup>385</sup>.

---

<sup>382</sup> Cuando así procede, lo habitual es que venga recogida en forma de clausula convencional. Nada se opone en que aparezca también reflejada en el propio contrato de trabajo como cláusula convencional.

<sup>383</sup> STS (u.d) 25 de mayo de 1999.

<sup>384</sup> La determinación de cual sea el salario puede ser objeto de controversia. La cuestión es tratada en el proceso, sin que se entienda que se desnaturalice la acción por ello. Lógicamente no debe entenderse que el debate sobre la determinación del salario, forma, cálculo y cuantía del mismo supone el ejercicio de una acción que se acumula a la de despido (STS 12 de julio de 2006).

<sup>385</sup> Entre otras: bonos anuales, pagas de beneficio, premios de cobranza...



Dos situaciones excepcionales para la determinación de la cantidad objeto de indemnización son:

Si el salario percibido por el trabajador era inferior a la cantidad que legalmente le correspondería, el salario para el cálculo de la cantidad objeto de indemnización deberá ser como mínimo el que legalmente le corresponde y no el realmente percibido.

Si el trabajador en el momento del despido se encuentra en situación de reducción de jornada y consiguiente reducción proporcional salarial por algunas de las causas contempladas en el artículo 37 ET, el salario a tener en cuenta para calcular la masa salarial y con ella calcular la indemnización será el salario que existiría de no haberse llevado la reducción por los motivos esgrimidos<sup>386</sup>.

No se imputan en el concepto salarios aquellas cantidades percibidas por el trabajador en concepto de compensaciones no salariales o gastos para el desarrollo del trabajo<sup>387</sup>. Las subidas salariales que se produzcan a continuación del despido, por disposición legal o convencional, no le serán de aplicación a los efectos de calcular la indemnización, aunque estas se hayan producido con anterioridad al acto del juicio y en cualquier caso después de haberse producido el despido<sup>388</sup>. Cosa distinta, es el derecho que asiste al trabajador despedido para que se consideren las cantidades afectas al convenio colectivo que ha sido aprobado con posterioridad a la fecha de despido, pero que retrotrae sus efectos a un momento anterior a producirse el despido<sup>389</sup>.

Las cantidades salariales con vencimiento superior al mes y que hayan sido devengadas en parte serán tenidas en cuenta no solo en el cálculo del finiquito, sino en el cálculo del salario, para calcular la indemnización procedente. En ambos casos, se imputarán en proporción al tiempo devengado. También se incluyen las cantidades percibidas por el trabajador como salario en especie.

El otro componente determinante para el cálculo de la indemnización es el tiempo de prestación de servicios en la empresa. Se considera tiempo de trabajo desde aquel en el que se ingresó en la empresa hasta el día del despido, y no hasta el de la sentencia. No se computan para su cálculo el tiempo que el trabajador ha permanecido en situación de excedencia voluntaria y el tiempo prestado en otras empresas, salvo que el desempeño actual del trabajo lo sea por sucesión de empresa o, en su caso, por haberlo pactado en su caso y se reconozca ello a todos los efectos.

No se considera tiempo de trabajo a los efectos del cálculo del período de referencia para determinar la indemnización por despido el tiempo de excedencia voluntaria y la suspensión del contrato por mutuo acuerdo. No obstante, cabe el pacto en contrario de lo prevenido anteriormente. En ese caso, dichos períodos computan para calcular el tiempo a los efectos del cálculo de la indemnización. Igual criterio se sigue en relación con la excedencia forzosa para ocupar cargo público<sup>390</sup>. Sin embargo, los

---

<sup>386</sup> STS 27 de junio de 2018; STSJUE de 8 de mayo de 2019.

<sup>387</sup> Entre otros: dietas, gastos de locomoción, pernoctaciones...

<sup>388</sup> STS 13 de octubre de 1995.

<sup>389</sup> STS (u.d) 30 de septiembre de 1992.

<sup>390</sup> Una cosa es el derecho al cómputo de la antigüedad en la excedencia forzosa y otra la determinación del tiempo de servicios en la empresa a efectos del artículo 56.1.a) ET. Por aplicación de los artículos 56.1.a)

pronunciamientos judiciales mantienen un sentir diferente al enunciado antes para la excedencia forzosa, cuando se trate de la excedencia para el cuidado de hijos<sup>391</sup>. El periodo transcurrido por excedencia por cuidados de hijos computa como período de trabajo para el cálculo de la indemnización por despido<sup>392</sup>.

En aquellos supuestos en los que existen concatenaciones contractuales de naturaleza temporal deberá realizarse en principio una revisión conjunta de todos los contratos, incluso sin mediar solución de continuidad importante entre ellos y considerando en el análisis de situación aquellos contratos de puesta a disposición. La jurisprudencia con carácter general ha llegado a las siguientes conclusiones ante la concurrencia de contratos temporales: “se computa la totalidad del tiempo de prestación de servicios a los efectos de determinar la antigüedad en la empresa, siempre que haya existido la unidad esencial del vínculo<sup>393</sup>, lo que viene a exigir despojar de valor como principio general a las interrupciones de menos de veinte días, pero también a

---

y 46.1 ET, la indemnización por despido se calcula a tenor de los períodos de prestación de servicios y no de la antigüedad en la empresa. Diferencia que también se hace en los artículos 51.8 y 53 ET (despidos colectivos y despidos objetivos). Los derechos inherentes a la excedencia forzosa, conforme al artículo 46.1 ET, son la conservación del puesto de trabajo y el computo de la antigüedad y no del tiempo de trabajo (STS 26 de septiembre de 2001).

<sup>391</sup> La Disposición Adicional 19 ET establece que “en los supuestos de reducción de jornada contemplados en el artículo 37.5, 6 y 8, el salario a tener en cuenta a efectos del cálculo de las indemnizaciones previstas en esta ley será el que hubiera correspondido al trabajador sin considerar la reducción de jornada efectuada, siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha reducción... Por tanto, el salario a tener en cuenta a efectos del cálculo de las indemnizaciones, será el que hubiera correspondido al trabajador sin considerar la reducción de jornada efectuada, siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha reducción”.

<sup>392</sup> STS (u.d) 28 de junio de 2002, y más recientemente la STSJ Madrid 3 de febrero de 2018: se reconoce el derecho a que se computen como tiempo de antigüedad a los efectos de la extinción acordada, el periodo en que la actora disfrutó de excedencia para el cuidado de hijos. Por tanto, como puede verse, el período transcurrido en situación de excedencia por cuidado de hijos debe ser computado como tiempo de antigüedad a efectos del despido.

<sup>393</sup> STS 23 de febrero de 2016. La teoría de la unidad esencial del vínculo laboral surge en interpretación del término “el tiempo de servicio al que se refiere **el sobre** la indemnización de despido improcedente”. En supuestos de sucesión de contratos temporales, si existe unidad esencial del vínculo laboral, se computa la totalidad de la contratación para el cálculo de la indemnización por despido improcedente. Es importante determinar, por tanto, la cuestión del efecto que puedan tener las interrupciones en la contratación de un mismo trabajador, para una misma empresa, a la hora de fijar el importe de la indemnización por el despido. El criterio general del que partimos es que la antigüedad computable a efectos del cálculo de la indemnización, esto es, el tiempo de servicios a que alude el art. 56.1 ET, se remonta a la fecha de la primera contratación, tanto si han mediado irregularidades en los sucesivos contratos temporales como si lo ocurrido es la mera sucesión regular de varios contratos de trabajo sin una solución de continuidad significativa, pues la antigüedad de un trabajador en una empresa determinada no es otra cosa que el tiempo que el mismo viene prestando servicios a esa empresa sin solución de continuidad, aunque tal prestación de actividad laboral se haya llevado a cabo bajo el amparo de diferentes contratos de clases distintas, temporales e indefinidos, toda vez que la relación laboral es la misma, pues en estos casos esa diversidad de contratos no provoca la existencia de relaciones laborales diferentes”, lo que ya venía corroborado en la STS 25 de julio de 2014. En la sentencia que nos sirve de guía (STS 23 de febrero de 2016), se ha declarado la unidad esencial del vínculo contractual, pese a la existencia de rupturas contractuales con interrupciones significativas en la prestación de servicios. Respecto de la duración de las interrupciones, las SSTS 8 marzo 2007, 17 diciembre 2007, 18 febrero y 17 marzo 2011, entre otras, han venido dejando consolidada la doctrina según la cual, “en supuestos de sucesión de contratos temporales, se computa la totalidad del tiempo de prestación de servicios a efectos de la antigüedad cuando ha existido la unidad esencial del vínculo, lo que comporta que se le haya quitado valor con carácter general a las interrupciones de menos de veinte días, pero, también, a interrupciones superiores a treinta días, cuando la misma no es significativa, dadas las circunstancias del caso, a efectos de romper la continuidad en la relación laboral existente”.

interrupciones superiores a treinta días, cuando la misma no sea significativa, dadas las circunstancias del caso, a los efectos de romper la continuidad en la relación laboral existente” (STS 17 de marzo de 2011). Supuestos en los que nos podremos encontrar:

- a) En la STS de 5 mayo de 2015 se ha estimado que existe encadenamiento de contratos si la empresa termina un contrato temporal y vuelve a contratar al trabajador tras 45 días, aunque durante dicho periodo haya estado cobrando el desempleo (también en STS 29 de marzo de 2017). Para ello la sentencia considera correcto el criterio mantenido por la STSJ Andalucía 5 diciembre de 2012, valorando el periodo de interrupción de 45 días respecto a su relevancia en comparación con el periodo de vinculación del trabajador con la empresa (más de 16 años con varios contratos).
- b) El vínculo contractual se mantiene si la interrupción entre dos contratos es superior a 20 días, coincidiendo no obstante con el periodo vacacional. (Auto TS 10 abril de 2002).
- c) No se rompe el vínculo si pasan 30 días entre el fin de un contrato temporal y la firma de un contrato indefinido si el afectado realiza las mismas funciones y tiene las mismas condiciones que tenía en el contrato anterior (STS 10 de abril de 1995).
- d) Los contratos temporales anteriores se extinguen por baja voluntaria del trabajador, opera la ruptura del vínculo laboral (STSJ Galicia 30 de diciembre de 2013).
- e) El hecho de pagar la indemnización de cada uno de los contratos temporales no es suficiente para romper el vínculo contractual y no se puede descontar la indemnización pagada por cada contrato temporal de una indemnización por despido improcedente a la que sea condenada la empresa, si esos contratos no se ajustan a la causa para que fueron formalizados.

La cuantía de la indemnización se corresponderá siempre con cantidades salariales brutas (no procederá descuento alguno sobre ellas por motivos de la cotización a la Seguridad Social o por el Impuesto de la Renta). Y ello es así, dado que la indemnización no tiene naturaleza salarial, sino indemnizatoria<sup>394</sup>.

En lo concerniente al cálculo indemnizatorio, hay que decir que, en aquellas relaciones laborales especiales con normativa específica a efectos indemnizatorios por finalización del vínculo laboral, habrá de estarse a lo prevenido en cada norma.

La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo.

---

<sup>394</sup> Artículo 26.2 ET.

Si el empresario optó por la indemnización, interpuesto el recurso, cualquier parte que sea (demandante o demandado), no procede durante su tramitación la readmisión del trabajador. Este, durante este plazo de tiempo, estará en situación legal de desempleo.

Si la sentencia que resuelve el recurso que hubiera interpuesto el trabajador eleva la cuantía de la indemnización, el empresario dentro de los cinco días siguientes al de su notificación podrá cambiar el sentido de su opción<sup>395</sup>. La readmisión retrotrae sus efectos económicos a la fecha en que tuvo lugar la primera elección. En este caso, si el trabajador percibió la prestación de desempleo, el empresario deducirá las cantidades abonadas en concepto de indemnización de las que el trabajador haya percibido en concepto de prestación de desempleo.

### ***9.5 Retrasos en la sentencia.***

Si, desde la fecha en que se tuvo por presentada la demanda por despido, hasta la sentencia del juzgado o tribunal que por primera vez declare su improcedencia, hubiesen transcurrido más de noventa días hábiles, el empresario, una vez firme la sentencia, podrá reclamar al Estado los salarios pagados al trabajador que excedan de dicho plazo. Siendo por cuenta del Estado los salarios de tramitación, serán con cargo al mismo las cuotas de la Seguridad Social correspondientes a dichos salarios. Continúa diciendo el artículo 116 LJS que, en el supuesto de insolvencia provisional del empresario, el trabajador podrá reclamar directamente al Estado los salarios a los que se refiere el apartado anterior, que no le hubieran sido abonados por aquél.

### ***9.6 Los salarios de tramitación.***

Alude el artículo 56.2 y 4 ET a los salarios de tramitación. Se deben, tanto si opta el empresario por la readmisión, como cuando el despido es representante legal o sindical de los trabajadores, en cuyo caso proceden, en cualquier caso, tanto si optan por la readmisión como si lo hacen por la indemnización.

En caso de que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación. Estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.

Si el despido fuera un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, la opción corresponderá siempre a este.

Si bien, y con carácter general, proceden los salarios de tramitación en una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la primera sentencia que declarase la improcedencia. Dicha afirmación está llena de matices a los que la jurisprudencia ha ido interpretando paulatinamente con el transcurso del tiempo:

---

<sup>395</sup> Artículo 111.1.b) LJS.

- a) Los salarios de tramitación deben ser extendidos en cuanto al tiempo de su percibo hasta la fecha de notificación del auto aclaratorio de la sentencia<sup>396</sup>. Ocurre así, aun siendo la aclaración denegada, con la excepción del planteamiento de la cuestión<sup>397</sup>, con exclusiva finalidad dilatoria.
- b) La duración de los salarios de tramitación estará limitada a la duración máxima del contrato de temporal. De tal forma que llegado a término el contrato, esa fecha limita el cobro del salario de tramitación<sup>398</sup>.
- c) Si la sentencia de la instancia que declara la improcedencia del despido es anulada en suplicación, la nueva sentencia que declara improcedente el despido modifica el sistema de plazo para el percibo del salario de tramitación. De tal forma que el día de comienzo de su percibo coincide con el de la notificación de la tercera sentencia.
- d) Despedido el trabajador, este pasa a estar en situación de IT, al empresario no le corresponde abonar salarios de tramitación durante el periodo que dure la situación. Es la Entidad gestora la obligada al pago durante ese período de la prestación, sustitutiva del salario<sup>399</sup>.
- e) Si el empresario opta por la readmisión, sí se abonarán los salarios de tramitación. El pago se hará desde la fecha del despido hasta la reincorporación a su puesto de trabajo, aunque tendrá que devolver al SEPE las prestaciones de desempleo percibidas durante ese periodo.
- f) Cuando la sentencia que reconozca el despido como improcedente sea dictada transcurridos 90 días desde la interposición de la demanda por el despido, y el empresario opte por la readmisión del trabajador y, por ende, se condene al pago de salarios de tramitación, los que excedan de los 90 días se podrán reclamar al Estado<sup>400</sup> por parte del empresario, con diversos matices, como el siguiente: para el cómputo de ese período es necesario descontar aquellos en que el proceso estuvo paralizado debido a la conducta de las partes (tiempo invertido en la subsanación de la demanda y periodos de suspensión de los autos a petición de parte), casos en que el Estado no debe responder por no serle imputable aquella conducta dilatoria, salvo que en parte le sea imputable por concurrir también un anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, y por eso, la norma deja al arbitrio del juez determinar a cargo de quién ha de correr el pago de los salarios de tramitación, si del Estado o del empresario, sin que puedan afectar a la percepción del propio trabajador, salvo los supuestos excepcionales de haber incurrido éste en manifiesto abuso de derecho en su actuación procesal.

---

<sup>396</sup> STS 6 de abril de 2016.

<sup>397</sup> La aclaración de sentencias, también llamado "recurso de aclaración", constituye un remedio procesal excepcional que posibilita que los órganos judiciales aclaren algún concepto oscuro o suplan cualquier omisión que contengan sus sentencias y autos definitivos, o bien rectifiquen los errores materiales manifiestos y los aritméticos en que los mismos hayan podido incurrir.

<sup>398</sup> STS 19 de septiembre de 2000.

<sup>399</sup> STS (u.d) 17 de enero 2002. Existen pronunciamientos contrarios: STS 7 de julio de 1994.

<sup>400</sup> Tramitación que se encuentra regulada en los artículos 116 siguientes LJS.

- g) Puede reclamar el pago de las cantidades satisfechas en concepto de salario de tramitación que excedan de 90 días, desde a la interposición de la demanda hasta la notificación de la sentencia, el empresario que readmita al trabajador y haya pagado los salarios de tramitación.
- h) El trabajador también podrá reclamar directamente el pago de los salarios en caso de insolvencia provisional del empresario.

## **10. El despido nulo.**

El despido nulo por vulneración de derecho fundamentales es de creación jurisprudencial (STC 38/1981). En un principio, y desde esta sentencia, se utilizó el término “nulidad radical”. Tenía como efectos caracterizadores de la figura la readmisión incondicional y la reparación de los perjuicios causados. Todo ello conectado con la lesión de un derecho o libertad fundamental. Curiosamente, en la normativa sustantiva reguladora de la institución objeto de análisis no se recogió esta “especial” modalidad de despido nulo reforzado, cuyo efecto era la nulidad “radical”. Con el tiempo, la declaración de nulidad radical fue dejada de utilizar por la jurisprudencia constitucional. El motivo no fue otro que la producción de un incremento de supuestos de nulidad no derivados de vulneración de un derecho fundamental, sino que se buscaba reforzar y garantizar la acción positiva antidiscriminatoria, con carácter objetivo y sin necesidad de prueba directa o indirecta de la discriminación, amén de añadirse el resarcimiento adicional por daños morales derivados de la infracción de un derecho fundamental. La protección del derecho fundamental quedaba reforzada con la inversión de la carga de la prueba, que había sido promovida desde el principio por la jurisprudencia constitucional cuando se construía el despido nulo por contravención de derechos fundamentales y libertades públicas.

### ***10.1 Supuestos de nulidad del despido.***

Los artículos 55.5 ET y 108.2 LJS establecen los supuestos en los que un despido debe calificarse como nulo. Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

Será también nulo el despido en los siguientes supuestos:

- a) El de las personas trabajadoras durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural a que se refiere el artículo 45.1.d) y e), o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, o la notificada en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos.
- b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a); el de las personas trabajadoras que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los artículos 37.4, 5 y 6, o estén disfrutando de ellos, o hayan

solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el artículo 46.3; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva o de los derechos reconocidos en esta ley para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral.

- c) El de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, a que se refiere el artículo 45.1.d) ET, siempre que no hubieran transcurrido más de doce meses desde la fecha del nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción o el acogimiento.

Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados.

#### *A. Despidos nulos por infracción de derechos fundamentales.*

Comprende este supuesto todos aquellos que tengan por móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la CE o en la Ley, o bien, aquellos casos en los que el despido se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas<sup>401</sup> del trabajador.

Los derechos fundamentales de contenido procesal, han sido proyectados como en los demás ámbitos de la jurisdicción en el proceso social. Me refiero a aquellos derechos fundamentales de naturaleza procesal relacionados con el artículo 24 CE<sup>402</sup>. Todos ellos tienen una importante trascendencia en el ámbito del proceso laboral.

Disponen los artículos 55.5 ET y 108.2 LJS que será nulo el despido que tenga como móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la CE o en la Ley, o en su caso se produzcan con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

##### *A.1) Prueba.*

No basta la simple alegación por el demandante del carácter discriminatorio del despido. Se exige que el trabajador despedido realice una actividad probatoria con base a la prueba de indicios. Ésta deberá llevar al juez a la convicción de la existencia de la supuesta discriminación.

La prueba de indicios podrá ser destruida por el demandado. Precisamente probando que el despido obedece a motivos objetivos, razonables y que sin lugar a dudas

---

<sup>401</sup> Artículos 14 a 29 CE. Hay que añadir a este elenco no solo los expresamente recogidos en la CE, sino también todos aquellos que resulten de Tratado internacionales en materia de derechos fundamentales (artículo 10.2 CE).

<sup>402</sup> Sobre la tutela judicial efectiva, el juez ordinario predeterminado por la Ley, medios de prueba y las garantías penales que han tenido una gran proyección en el ámbito del Derecho del trabajo y por supuesto, aquellas cuestiones relacionadas con la presunción de inocencia.

son ajenos al propósito discriminatorio. Lo que supone el deber del empresario de acreditar los hechos que motivaron el despido<sup>403</sup>.

#### A.2) Pronunciamiento sobre el fondo.

Si se acreditara que el móvil del despido obedeciera a alguna de las causas por las que se calificará el despido como nulo, el juez se pronunciará sobre ella, con independencia de cuál haya sido la forma del despido.

Ante una situación de posible discriminación, el juez no puede limitarse en su resolución a afirmar que no son suficientes las pruebas aportadas por el demandante, sino que necesariamente deberá expresar los motivos que le llevan a afirmar que no existe discriminación<sup>404</sup>. De igual modo, y con independencia de la forma del despido, los casos de despidos con supuesta infracción de procedimiento, llevan aparejado en principio la calificación del despido improcedente. Cuando el despido sea manifiestamente discriminatorio, el juez deberá pronunciarse siempre sobre la existencia o no de la discriminación, cuando haya sido alegado por el trabajador demandante. Procederá la calificación del despido como nulo cuando los móviles discriminatorios denunciados por el trabajador resultasen probados.

#### A.3) Posible determinación de una indemnización.

Previene el legislador que, además de los efectos generales del despido nulo y dado que están en juego derechos fundamentales, es posible acordar una indemnización complementaria en favor del trabajador, en los términos previstos en el artículo 182.1.d) LJS<sup>405</sup>. Acreditada la vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados. Lo que quiere decir, es que además de los efectos generales del despido nulo, que son la readmisión y el abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido, hasta la de la readmisión, se le adicionará el importe de la indemnización a la que hemos hecho referencia por vulneración de derechos fundamentales.

Si bien con carácter general está prohibida la acumulación de acciones en caso de despido, tal y como previene el artículo 26.1 LJS, el apartado 2 del citado precepto exceptúa esa prohibición, ya que admite la posibilidad de reclamar en el juicio por despido, la indemnización derivada de discriminación o lesión de derechos fundamentales

---

<sup>403</sup> Caso de despidos pluricausales: además de la lesión de derecho fundamental o libertad pública, el demandado deberá probar que el despido se debió también a incumplimientos contractuales por el trabajador. Además de ello, permanece la exigencia de probar por el empresario, que el despido está desconectado de cualquier lesión de derechos fundamentales del trabajador. Incluso, no acreditando que el despido también se justificó en un incumplimiento contractual, deberá no obstante el empresario probar que los hechos que motivaron su decisión de dar por finalizada la relación laboral, son del todo ajenos a un móvil que vulnera uno o más derechos fundamentales o libertades públicas.

<sup>404</sup> STC 21 de marzo de 1986.

<sup>405</sup> La reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera en los términos señalados en el artículo 183 LJS.



y libertades públicas, conforme a los artículos 182, 183 y 184 de la LJS. Dando así cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 184 LJS, que exige seguir la modalidad procesal de despido, a pesar de la contravención de un derecho fundamental o libertad pública.

*B. Despido en situaciones de conciliación de la vida familiar y laboral (nulidad objetiva).*

El legislador ha asignado al despido nulo unas consecuencias más onerosas para el empresario que otros despidos o modalidades extintivas del contrato de trabajo. Lo que ha hecho el legislador es ofrecer la infraestructura legal ordenadora del despido nulo para garantizar mejor determinados derechos especialmente dignos de protección. Así, deberán reconducirse a esa especial protección que supone la calificación del despido nulo las siguientes situaciones previstas en el artículo 55.5 ET:

- a) Trabajadores durante el período de suspensión del contrato por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural a que se refiere el artículo 45.1.d) ET, enfermedades causadas por el embarazo, parto, lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad, a lo que hay que incluir el despido con preaviso, que finalice dentro de dicho período de suspensión.
- b) Trabajadoras embarazadas, desde el inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión, recogido en el párrafo anterior. El de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refiere el artículo 37.4.5 y 6 ET, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando de la excedencia prevista en el artículo 46.3 ET. Los trabajadores que tengan la consideración de víctimas de violencia de género o de víctimas del terrorismo tendrán derecho, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral.
- c) Trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, a que se refiere el artículo 45.1.d) ET, siempre que no hubieran transcurrido más de doce meses desde la fecha del nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción o el acogimiento.

En los casos enumerados, comprensivos de la nulidad objetiva, no son exigibles la concurrencia de la causa de discriminación o vulneración de derecho fundamental. De ahí que la nulidad objetiva se construye sobre la base de una presunta nulidad, que admite prueba en contrario. Sólo se destruye esa presunción cuando queda acreditada la causa justificativa de un despido procedente por motivos ajenos a cualesquiera de las causas enumeradas anteriormente, recogidas en el artículo 55.5 ET. Por lo tanto, se llega a la siguiente situación: en estos casos el despido sólo puede ser procedente o nulo, pero nunca improcedente.

Algunas cuestiones que pueden ser de interés en este tipo de despido:

- a) Los tres supuestos de despidos que integran el despido en situaciones de conciliación de la vida familiar y laboral (nulidad objetiva), sólo pueden finalizar, declarando la nulidad del despido o que en su caso, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencias señalados<sup>406</sup>. En ningún caso así planeado, cabe la calificación de la improcedencia del despido, con lo cual, queda eliminada la opción para el empresario, entre readmisión o indemnización.
- b) En los despidos discriminatorios o producidos con infracción de derechos fundamentales, sí no queda acreditada la causa alegada, y en consecuencia no permite su calificación como despido nulo, sí permite, sin embargo, la calificación del despido como procedente o improcedente. En este último supuesto, cabe para el empresario el derecho de opción entre readmisión o indemnización.
- c) El despido declarado nulo de un trabajador contratado temporalmente, si el término del contrato se produce con carácter previo al de la reincorporación, concede sólo el derecho al percibo de los salarios de tramitación.
- d) En todos aquellos casos en los que la readmisión no es posible, ésta será sustituida por la indemnización con el abono de los salarios de tramitación.
- e) La facultad que asiste al empresario en el artículo 56.5 ET, cuando la sentencia que declare la improcedencia del despido se dicte transcurridos más de noventa días hábiles desde la fecha en que se presentó la demanda, el empresario podrá reclamar del Estado el abono de la percepción económica (salarios de trámites y cuotas de Seguridad Social), correspondiente al tiempo que exceda de dichos noventa días hábiles, no resultaran aplicables a los casos de nulidad, ya que el supuesto contemplado en el artículo referido, posibilita solo el resarcimiento de las cantidades anticipadas en concepto de salario de tramitación y cuotas de Seguridad Social, a los casos de despidos improcedentes, cuando se opte por la readmisión.
- f) El artículo 26.2 LJS permite la opción de ejercer de forma acumulada la acción por despido, junto con la de indemnización por infracción de derechos fundamentales recogida en el artículo 183 LJS.
- g) El despido nulo tiene como efecto, la inmediata readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir (artículo 55.6 ET y artículo 113LJS).
- h) Si la declaración de nulidad tiene lugar encontrándose suspendido el contrato, el derecho al percibo de salarios desde la fecha del despido se genera desde que finalice la situación de suspensión y el reingreso deba producirse.
- i) La readmisión deberá ser inmediata desde la fecha de notificación de la sentencia. Serán de cuenta del empresario los salarios devengados desde la fecha de la notificación de la sentencia, hasta la efectiva reincorporación. Se

---

<sup>406</sup> Artículos 55.5.in fine ET y 108.2 in fine LJS.

exceptúa lo dicho, cuando no se lleva a cabo la reincorporación por causas imputables al trabajador. Estos salarios así adeudados no conllevan las subidas salariales producidas con posterioridad al despido, que no sean los efectos retroactivos de la subida salarial por salarios devengados antes de la fecha del despido.

- j) Procede descontar del montante salarial adeudado, las cantidades en conceptos de salarios obtenidos trabajando por cuenta ajena o de emolumentos por el trabajo desarrollado por cuenta propia. Tampoco procede el percibo de salarios por el período que percibió prestaciones por IT<sup>407</sup>.
- k) Despido basado en las ausencias justificadas por enfermedad no pueden calificarse como procedente en el contexto de las causas del despido objetivo, por haber sido derogado esa posibilidad. La enfermedad no está incluida expresamente como causa de discriminación<sup>408</sup>, no siendo asimilable a la discapacidad, que sí es causa de discriminación<sup>409</sup>. Ahora bien, ciertas enfermedades pueden considerarse causas de discapacidad, exigiéndose para ello que la enfermedad suponga una limitación, derivada de padecimiento físico o mental. Así, el despido de un trabajador por causa de su enfermedad no se ha considerado nulo, ya que se entendió que no supuso una infracción contra el derecho a la vida, no contra la integridad física. En todos esos casos, se pretendía argumentar el despido nulo por el demandante, al entender que lo fue por supuestas presiones recibidas para que no se acogiese a una baja médica. Quedando probado en juicio, que dichas presiones no existieron. El tribunal calificó el despido de improcedente, pero no de nulo<sup>410</sup>. Sin embargo, en otros casos examinados, al presionar el empresario al trabajador para solicitar el alta médica y así reincorporarse al trabajo, el tribunal entendió la conducta empresarial, como infractora del derecho fundamental a la integridad física, en cuanto ha pretendido poner en peligro la salud del trabajador<sup>411</sup>.
- l) La vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva recogida en el artículo 24, comprensivo del derecho a la garantía de indemnidad (típico supuesto de despido conectado con la defensa por el trabajador de sus derechos<sup>412</sup>), califica el despido como nulo<sup>413</sup>.
- m) Si la declaración de nulidad se produce mediante recurso de amparo, el TC puede excluir del abono de los salarios dejados de percibir el tiempo transcurrido durante la tramitación del mismo<sup>414</sup>.

---

<sup>407</sup> STS 28 de febrero de 2000.

<sup>408</sup> Ni en el Derecho UE (Directiva 2000/78/CE, artículos 1 y siguientes y TFUE artículo 151 y 153), ni en el Derecho español, artículo 14 CE y artículo 17 ET.

<sup>409</sup> STS 29 de enero de 2001.

<sup>410</sup> STS 22 de noviembre de 2007.

<sup>411</sup> STS 31 de enero de 2011.

<sup>412</sup> Supuestos típicos de realizar el trabajador actos preparatorios para el ejercicio de la acción o mediando una denuncia ante la Inspección Trabajo y Seguridad Social (ITSS).

<sup>413</sup> STS (u.d) 5 de julio de 2013.

<sup>414</sup> STC 99/1994.

# Índice

<b>EL “DESPIDO”</b> .....	<b>1</b>
<b>DESPIDO DISCIPLINARIO</b> .....	<b>1</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	1
2. CUESTIONES SUSTANTIVAS ATINENTES AL DESPIDO .....	2
2.1 <i>Decisión del empresario por incumplimiento grave y culpable del trabajador</i> .....	2
2.2 <i>Causas del despido</i> .....	4
2.2.1 Faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo (artículo 54.2.a) ET) .....	5
2.2.2 Indisciplina o desobediencia en el trabajo (artículo 45.2.b) ET) .....	9
2.2.3 Ofensas verbales o físicas (artículo 54.2.c) ET) .....	14
2.2.4 Transgresión de la buena fe contractual (artículo 54.2.d) ET) .....	19
2.2.5 Disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado (artículo 54.2.e) ET) .....	27
2.2.6 La embriaguez habitual o toxicomanía sí repercuten negativamente en el trabajo (artículo 54.2.f) ET) .....	31
2.2.7 El acoso al empresario o a las personas que trabajan en la empresa (artículo 54.2.g) ET) .....	33
3. LA ACCIÓN DE DESPIDO Y LA MEDIDA EXTINTIVA .....	35
4. LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE DESPIDO .....	36
4.1 <i>Dies a quo</i> .....	36
4.2 <i>Días hábiles</i> .....	39
4.3 <i>Plazo para el ejercicio de la acción</i> .....	39
4.4 <i>Suspensión del plazo de caducidad: supuestos</i> .....	40
A. La conciliación o mediación extrajudicial .....	40
B. Suscripción de compromiso arbitral .....	41
C. Falta de jurisdicción o de competencia del órgano jurisdiccional .....	42
D. Designación de Abogado de oficio .....	42
E. Supuestos en los que no procede la suspensión del plazo de caducidad .....	42
4.5 <i>Especialidades en el cómputo del plazo de caducidad</i> .....	42
A. Sucesión de contratos temporales .....	43
B. Grupo de empresas .....	43
C. Error en la identificación del empresario .....	44
5. LA DEMANDA .....	44
5.1 <i>Requisitos de la demanda</i> .....	44
5.2 <i>Acumulación de acciones</i> .....	47
1. Reclamación de una indemnización adicional de daños y perjuicios .....	47
2. Reclamación de cantidades debidas al trabajador en la fecha de extinción del contrato .....	47
3. Despido y extinción voluntaria del contrato conforme al artículo 50 ET .....	48
5.3 <i>Acumulación de procesos relacionados con la extinción del contrato de trabajo</i> .....	48
6. EL JUICIO .....	49
6.1 <i>Alteración del orden de intervención de las partes</i> .....	49
6.2 <i>Oposición a la demanda</i> .....	50
6.3 <i>La prueba</i> .....	50
7. LA SENTENCIA .....	51
7.1 <i>El contenido necesario de los hechos probados</i> .....	51
7.2 <i>La calificación del despido</i> .....	52
8. DESPIDO PROCEDENTE .....	52
8.1 <i>Efectos</i> .....	53
9. DESPIDO IMPROCEDENTE .....	53
9.2 <i>Especiales formas del despido del representante legal de los trabajadores</i> .....	57
9.3 <i>Despido de trabajadores afiliados a un sindicato</i> .....	58
9.4 <i>Efectos del despido</i> .....	60
A. Derecho de elección por el representante legal, ante la improcedencia del despido .....	62
B. Opción por la readmisión .....	62
C. Opción por la indemnización .....	64
9.5 <i>Retrasos en la sentencia</i> .....	68
9.6 <i>Los salarios de tramitación</i> .....	68
10. EL DESPIDO NULO .....	70
10.1 <i>Supuestos de nulidad del despido</i> .....	70
A. Despidos nulos por infracción de derechos fundamentales .....	71
A.1) Prueba .....	71

B. Despido en situaciones de conciliación de la vida familiar y laboral (nulidad objetiva). ..... 73

